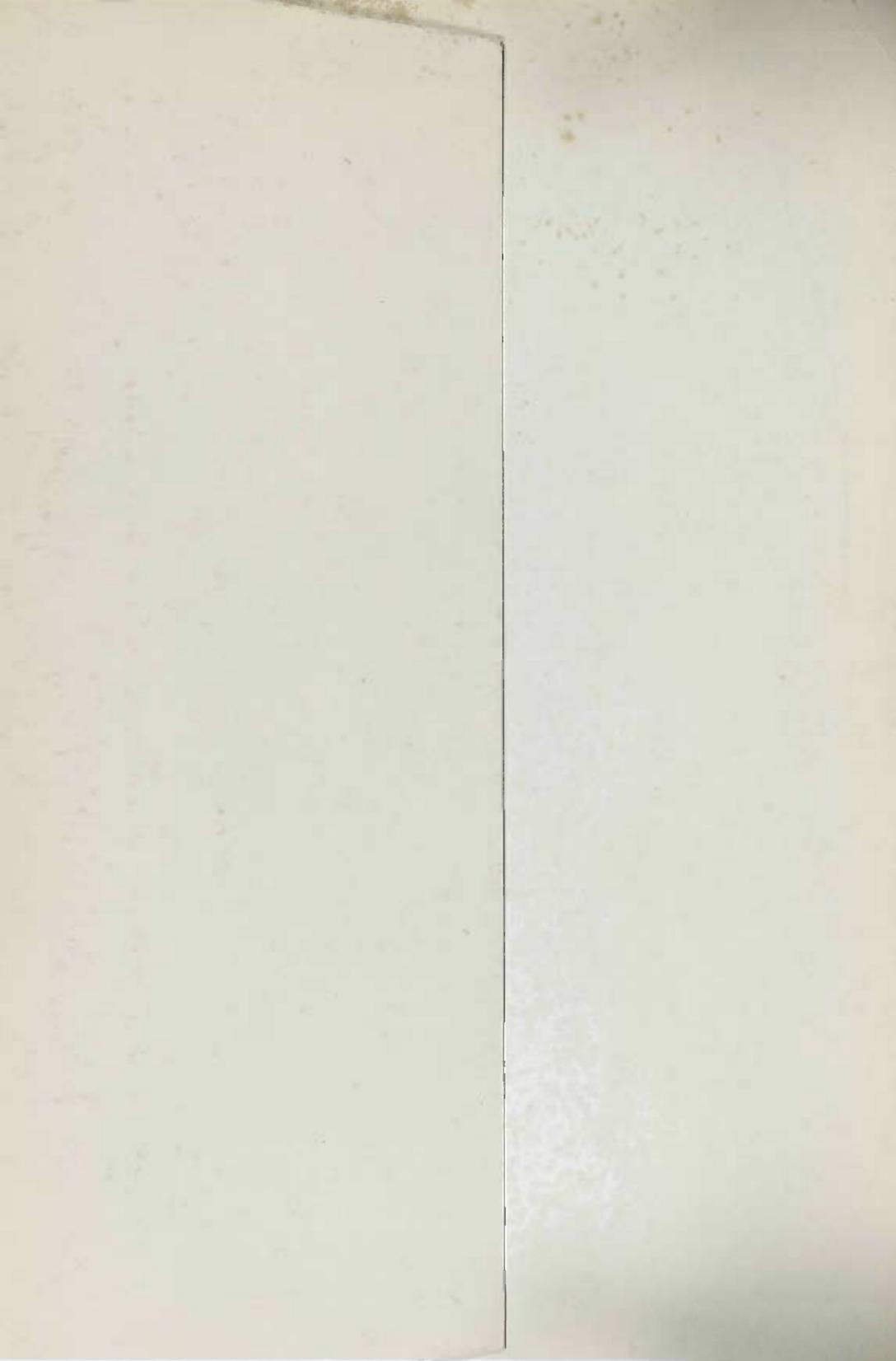


UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**



~~Y-13-8~~

~~N3-42~~

N3-42

RECEIVED
GENERAL INVESTIGATIVE
DIVISION

RECEIVED
GENERAL INVESTIGATIVE
DIVISION

DATE
TIME

FROM
TO
SUBJECT

RE
BY
APPROVED



**«REVISTA DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE
DE SÃO PAULO»**

Largo São Francisco, 95
Térreo - CEP 01005
01000 - São Paulo, SP

NOTAS:

1. As expedições futuras dependem da devolução deste cartão.

Les expéditions ultérieures dépendent du renvoi de cette carte.

Further mailings depend on the return of this card.

2. Solicitamos permuta com publicação congênere.

Nous demandons l'échange avec publication congénère.

Please exchange with similar publication.

* (Modelo do Redator Antonio Augusto Machado de Campos)

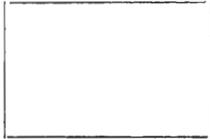
**REVISTA
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE SÃO PAULO**

Recebemos e agradecemos: Il nous manque:
Nous avons reçu et vous remercions: Falta-nos:
We have received and thanks: We are in want of:

NOME _____
ENDEREÇO _____
CÓDIGO POSTAL _____
DATA _____
ASSINATURA _____

Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
01005 - Largo São Francisco, 95. Térreo. 01000 - São Paulo, SP - BRASIL

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO



01005 — Largo São Francisco, 95, Térreo
01000 — São Paulo, Brasil

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

26-10 86



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

PROFESSOR DR. VICENTE MAROTTA RANGEL

VICE-DIRETOR

PROFESSOR DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORRÊA

CONSELHO INTERDEPARTAMENTAL

Presidente:

DR. VICENTE MAROTTA RANGEL

PROFESSORES MEMBROS

DR. MIGUEL REALE
DR. ANTÔNIO CHAVES
DR. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL
DR. JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA
DR. MAURO BRANDÃO LOPES
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR
DR. AMAURI MASCARO NASCIMENTO
DR. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR
DRA. ADA PELLEGRINI GRINOVER

PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1949 - 1923)
CLÓVIS BEVILACQUA (1859 - 1944)
FRANCISCO MENDES PIMENTEL (1869 - 1957)
JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (1861 - 1930)
FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA
MIGUEL SEABRA FAGUNDES

PROFESSORES EMÉRITOS

FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868 - 1948)
JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUZA (1869 - 1957)
REINALDO PORCHAT (1868 - 1957)
JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861 - 1942)
CÂNDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1970 - 1942)
JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES (1864 - 1945)
ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA (1883 - 1964)
JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELLO NETO (1883 - 1965)
WALDEMAR MARTINS FERREIRA (1885 - 1965)
ALEXANDRE CORREIA (1890 - 1984)
LINO DE MORAES LEME (1888 - 1969)
ALVINO FERREIRA LIMA (1888 - 1975)
VICENTE RÃO (1892 - 1978)
JORGE AMERICANO (1891 - 1969)
ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR (1892 - 1971)
HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO (1894 - 1969)
NICOLAU NAZO (1895 - 1974)
ERNESTO LEME
MÁRIO MASAGÃO
CÂNDIDO MOTTA FILHO (1897 - 1977)
NOÉ AZEVEDO (1896 - 1972)
JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA
LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL
MOACYR AMARAL SANTOS

BASILEU GARCIA
ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR
SYLVIO MARCONDES MACHADO (1906 - 1980)
JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA
PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA
WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO
JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA e COSTA JÚNIOR

PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

DR. ALFREDO BUZAID, de Direito Processual Civil
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR, de Introdução ao Estudo do Direito
DR. SILVIO RODRIGUES, de Direito Civil
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA, de Direito Romano
DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA, de Direito Tributário
DR. ANTÔNIO CHAVES, de Direito Civil
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL, de Direito Internacional Público
DR. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, de Direito Civil
DR. MANOEL PEDRO PIMENTEL, de Direito Penal
DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, de Direito Constitucional
DR. OSCAR BARRETO FILHO, de Direito Comercial
DR. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, de Direito Administrativo
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, de Direito Penal
DR. CELSO NEVES, de Direito Processual Civil
DR. IRINEU STRENGER, de Direito Internacional Privado
DR. ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, de Direito Financeiro
DR. DALMO DE ABREU DALLARI, de Teoria do Estado
DR. JOSÉ AFONSO DA SILVA, de Legislação Tributária
DR. JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, de Direito Processual Civil
DR. FABIO KONDER COMPARATO, de Direito Comercial
DR. JOÃO BERNARDINO GONZAGA, de Direito Penal
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL, de Direito Econômico
DR. MAURO BRANDÃO LOPES, de Direito Comercial
DR. AMAURI MASCARO NASCIMENTO, de Direito do Trabalho
DR. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, de Introdução ao Estudo do Direito
DRA. ADA PELLEGRINI GRINOVER, de Direito Processual Penal
DR. ODON RAMOS MARANHÃO, de Medicina Forense
DR. GERALDO ATALIBA, de Direito Financeiro
DR. YUSSEF SAID CAHALI, de Direito Civil

PROFESSORES-ADJUNTOS

DR. RENATO CIRELL CZERNA, de Filosofia do Direito
DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA, de Direito Civil
DR. TOMÁS FRANCISCO DE MADUREIRA PARA FILHO, de Direito Processual Civil
DR. CARLOS SCHMIDT DE BARROS JÚNIOR, de Direito Administrativo
DR. MOACYR LOBO DA COSTA, de Direito Processual Civil
DR. JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA, de Direito Internacional
DR. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO, de Direito Civil
DR. JOSÉ LUIS DE ANHAIA MELLO, de Direito do Estado
DR. ROGÉRIO LAURIA TUCCI, de Direito Processual Penal
DR. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, de Direito Processual Civil
DR. OCTAVIO BUENO MAGANO, de Direito do Trabalho
DR. WALTER BARBOSA CORREIA, de Direito Tributário
DR. MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA, de Direito Comercial
DR. LUÍS GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, de Direito Comercial
DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, de Direito Penal
DR. WALDIRIO BULGARELLI, de Direito Comercial
DR. WAGNER D. GIGLIO, de Direito do Trabalho
DR. EROS ROBERTO GRAU, de Direito Econômico
DR. CELSO LAFER, de Filosofia do Direito

DR. ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, de Direito Processual Civil
DRA. HENNY GOULART, de Direito Penal
DR. WALTER MORAES, de Direito Civil
DR. MIGUEL REALE JÚNIOR, de Direito Penal
DR. RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, de Direito Penal
DR. ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, de Direito Civil
DR. NELSON ABRÃO, de Direito Comercial
DR. ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO, de Direito Civil
DR. FÁBIO MARIA DE MATTIA, de Direito Civil
DR. JOÃO GRANDINO RODAS, de Direito Internacional Privado
DR. ALCIDES JORGE COSTA, de Direito Tributário
DR. FÁBIO NUSDEO, de Direito Econômico
DR. CASSIO DE MESQUITA BARROS JÚNIOR, de Direito do Trabalho
DR. ALOYSIO FERRAZ PEREIRA, de Filosofia do Direito
DR. GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, de Direito Internacional

PROFESSORES LIVRES-DOCENTES

DR. PEDRO PAES FILHO, de Direito Civil
DRA. ODETE MEDAUAR, de Direito Administrativo
DR. CARLOS ALBERTO BITTAR, de Direito Civil

Assistente Técnico para Assuntos Acadêmicos

BEL. ODILA REGINA INDOLFO

Assistente Técnico para Assuntos Administrativos

BEL. HENRIQUE SCALFI

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME LXXIX

(Janeiro - Dezembro)

1984

Comissão de Redação:

Professor Dr. José Cretella Júnior

Professor Dr. Ruy Barbosa Nogueira

Professor Dr. Irineu Strenger

Redator Secretário:

Bel. em Direito e Jornalismo: Antonio Augusto Machado de Campos

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

A “REVISTA” EM NOVA FASE

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

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

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

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

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

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

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

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

A Comissão

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

Em seu septuagésimo nono volume.

Fundada em 1893, é publicada em um ou mais fascículos anuais e distribuída em permuta com REVISTAS DE DIREITO, internacionais, do mesmo nível científico e editorial, em português, francês, inglês, alemão, castelhano e italiano. Preço de cada Volume: Cz\$ 10,00. A venda na Secretaria da Revista da Faculdade.

«Revista da Faculdade de Direito»

Endereço correto para permuta:

01005 — Largo de São Francisco, nº 95, térreo — Tel.: 239-3083

01000 — São Paulo — Brasil

IN MEMORIAN

Professor Emérito Alexandre Correia*

Ruy Barbosa Nogueira

Catedrático de Direito Econômico-Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo

No tempo e no templo desta Casa do humanismo, onde se ensinam direito, justiça e civismo, o Professor que nela os soube pontificar como Mestre Alexandre Correia, emérito por todos os títulos, jamais desaparece, ainda quando a morte o arrebatou. Aqui permanecerá inscrito na memória das gerações e nas suas obras.

Aquele que viveu à procura e afirmação dos valores — como ensina Goethe — não importa não tenha podido eternizar o momento-vida, porque a vida é aspiração, mas também inquietação, paralisação e morte. Meta e sentido da vida não podem residir na vida, mas somente além, ultrapassando a vida, para deixar aos pósteros o exemplo dignificante da busca e afirmação dos valores que também os sejam perante Deus.

Após o culto religioso na igreja do Convento em que, sem dúvida, o nosso patrono São Francisco, em suas vestes talaras intercede perante o Senhor pela boa causa espiritual do Mestre e Humanista Prof. Alexandre Correia, passemos ao registro de sua memória, de que nos incumbiu o eminente Diretor, em nome da Congregação dos Professores e Alunos, como dos dedicados funcionários desta Faculdade.

Para mim constitui momento de carinhosa saudade poder fazer este registro.

Fui seu aluno e tive ainda a ventura de vir a ser seu colega durante os 14 anos que lecionei na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Ficamos íntimos amigos, descobrindo até que meu saudoso pai fora seu colega no famoso Ginásio Nogueira da Gama em Jacareí.

A vida do Prof. Alexandre Correia é exemplo notável de inteira consagração ao estudo e ao ensino. Nascido em 1890, bacharelou-se em 1912 na turma, entre outros, de Vicente Rao, Guilherme de Almeida, Waldemar Ferreira e Henrique Bayma. Completou, ao mesmo

(*) Homenagem em nome da Congregação, prestada à memória do Mestre, em 17-9-84, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

tempo, o curso de Filosofia na primeira faculdade brasileira dedicada a esses estudos e fundada em São Paulo por D. Miguel Kruse, abade de São Bento, isto é, na Faculdade de São Bento.

Por influência de seu mestre belga, Monsenhor Carlos Sentroul, professor na São Bento e já famoso na Europa como autor de tese sobre «Kant e Aristóteles», premiada por academia protestante alemã, dirigiu-se o Prof. Alexandre a Louvain, em cuja universidade católica florescia o neotomismo sob os auspícios do Cardeal Mercier. Este, com grande clarividência aplicava ao ensino filosófico as diretrizes de Leão XIII contidas na encíclica «Aeterni Patris», assimilando as conquistas da ciência e do pensamento modernos com ela compatíveis. Como se sabe, foi com essa notável contribuição do Cardeal Mercier que a filosofia de São Tomás passou a constituir a base do ensino católico.

Interessando-se pela filosofia política o Prof. Alexandre Correia defendeu em Louvain a sua primeira tese intitulada «Política de Joseph de Maistre», obtendo com ela o doutorado no «Institut Supérieur de Philosophie Saint Thomas d'Aquin», da Universidade de Louvain.

Regressando ao Brasil em 1914, conquista a cadeira de grego no Ginásio do Estado de Ribeirão Preto, onde permaneceu até 1924. Pode, então, aprofundar-se na leitura de Homero dando a conhecer a seus alunos a «Íliada» e a «Odisséia», estudadas no original. Este ensino especial e tão erudito era sempre lembrado pelo nosso igualmente saudoso Prof. Teotônio Monteiro de Barros Filho.

Em 1917 concorreu o Prof. Alexandre a concurso nesta Faculdade, inscrevendo-se em Filosofia do Direito associada, na época, ao Direito Romano. Escreveu, então, duas dissertações sobre temas previamente sorteados. A primeira intitulava-se «Há um direito natural? Qual o seu conceito?». Nesse trabalho o Prof. Alexandre defendeu o neotomismo contra o positivismo de Pedro Lessa, então dominante. A segunda dissertação de Direito Romano respondia afirmativamente à pergunta proposta em latim: «An dolus dans causam contractui bonae fidei reddat ipso jure nullum?». Nesse concurso ainda não conquistaria a cátedra, mas foi ensejo para essas produções.

Em 1926, porém, conquista por concurso, a cadeira de Literatura no Ginásio do Estado de São Paulo, tendo na ocasião publicado dois trabalhos. Um sobre «A Estética Literária de Taine» e outro sobre «O Sentimento Nativista na Poesia Brasileira».

A partir desta data, já em São Paulo, desenvolveu intensa atividade intelectual, associando-se ao Prof. Leonardo van Acker no ensino da filosofia tomista. Primeiro na Faculdade de Filosofia de São Bento e depois no Instituto Superior de Filosofia «Sedes Sapientiae». A amizade entre os dois colegas foi sempre permanente e foi pelo constante estímulo do Prof. Van Acker que empreendeu e concluiu tarefa verdadeiramente hercúlea: a tradução portuguesa da «Suma

Teológica». Treze anos de constante labor custou ao Prof. Alexandre este empreendimento também relevante para o direito, pelas partes da obra que tratam de Moral Social e de Filosofia do Direito e do Estado. A concepção tomista do direito natural, analisada pelo Prof. Alexandre em estudos publicados na Revista de nossa Faculdade tem inspirado, como se sabe, toda uma importante corrente do pensamento contemporâneo.

Como jurista, o grande Mestre se distinguiu durante um quarto de século de seu ensino nesta casa onde por concurso ingressou em 1936 com duas teses, segundo o velho estilo: uma de Direito Romano, sobre «O conceito de jus naturale, gentium, et civile no Direito Romano» e outra de filosofia do Direito sobre a «A concepção histórica do Direito».

Na primeira o Prof. Alexandre discute a questão de saber em que medida os conceitos de direito natural e das gentes se identificam; e se distinguem no pensamento dos juristas romanos, divididos neste ponto, conforme se depreende dos textos de Gaio e de Ulpiano. Para avaliarmos o interesse do assunto basta lembrar a vasta literatura que procura, modernamente, fundar no direito natural as instituições principais, por exemplo do Direito Internacional. A segunda tese, sobre «A Concepção Histórica do Direito», mostra as origens da corrente intelectual que se opôs, no século passado, à visão apriorística do direito, inspirada em Rousseau: De Maistre, na França; Burke, na Inglaterra; Adam Müller, Fichte e Savigny na Alemanha corrigem, com grande modernidade as abstrações do Iluminismo e da Revolução Francesa, mostrando as relações profundas entre sociedade e direito e realçando a influência das tradições religiosas e políticas sobre a gênese e o destino das nações.

No plano do direito positivo o ensino do Mestre nesta Faculdade foi sempre o de salientar e esclarecer as instituições do direito romano privado enquanto fontes de nosso direito civil. Dão testemunho eloquente desta fecunda orientação prática os dois volumes de seu «Curso de Direito Romano» publicado em colaboração com o professor italiano Gaetano Sciascia, contratado por esta Faculdade e que aqui durante quase dez anos assistiu ao Catedrático.

Ainda no terreno da ação pedagógica sua atuação foi marcante, tendo sido um dos pioneiros diretores da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da então recém-fundada Universidade de São Paulo.

Quando, por outro lado, o então cardeal arcebispo de São Paulo, D. Carlos Carmelo Vasconcellos Motta houve por bem criar a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, agregando-lhe uma Faculdade de Direito, o Prof. Alexandre foi chamado para orientar os primeiros passos da nova escola, organizando-lhe o corpo docente e assumindo a cátedra de Direito Romano.

Em momentos graves da vida nacional o Prof. Alexandre, embora distante, por convicção, das competições partidárias, não deixou de

fazer ouvir sua voz, na esperança de contribuir para a melhor orientação. Nesse sentido publicou no período crítico de 1964 o oportuno trabalho sobre «São Tomás e o Direito de Revolução», no qual mostrou como o Doutor Angélico reconhece em certas condições o direito de os cidadãos se insurgirem contra abusos notórios e insuportáveis de seus governantes.

Mais recentemente, em 1976, em notável conferência proferida no Colégio Pedro II, intitulada «O Tomismo é incompatível com o Marxismo», inspirando-se, ainda, no pensamento autêntico de São Tomás de Aquino, tomou o Prof. Alexandre posição decidida e fundamentada contra a pretendida marxização da teologia e da filosofia.

Também a história da medicina brasileira mereceu a atenção do falecido professor nas seguintes circunstâncias: para comemorar o primeiro cinquentenário do Museu Paulista quis o insigne historiador das bandeiras paulistas Affonso Taunay, à época diretor daquela entidade, publicar em vernáculo a obra «História Naturalis Brasiliae», escrita em latim por Guilherme Piso, médico holandês pertencente à missão cultural trazida à nossa terra por Mauricio de Nassau.

Diz, no Prefácio, o ilustre historiador Affonso Taunay:

«A tradução do texto do arquiatra de Nassau confiei-a a um dos maiores humanistas brasileiros, o Sr. Professor Alexandre Correia, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Sem receio de exagerar ousou dizer que, certamente, figura na primeira plana dos latinistas e helenistas nossos contemporâneos. Professor de grego no Ginásio do Estado de São Paulo e de Direito Romano na Faculdade de Direito de São Paulo, demonstrou, em públicas provas de concurso, a extensão e profundidade de conhecimentos das duas línguas clássicas.

À reputação trouxe-lhe o maior realce, nos últimos anos, a publicação da «Summa Theologica» onde o confronto constante oferecido ao leitor, dos textos do Doutor Angélico e dos do tradutor é a mais frisante e cabal demonstração de probidade e desafio à crítica.

Fez o Professor Correia questão que nesta presente tiragem se estabelecesse este mesmo confronto, exigência a que gostosamente obtemperei tanto mais quanto a presença do texto latino será de grande utilidade a muitos cientistas e eruditos não familiarizados com o nosso português.

Traduzindo o original entusiasmou-se o professor Corrêa. Achou-o interessantíssimo e propôs-me lhe confiasse a redação do comentário a ele atinente.

Com redobrado júbilo aceitei valiosa cooperação de que resultaram as volumosas páginas dos «Comentários e Notas sobre os quatro livros de Guilherme Piso». São quase cem páginas «in foliares» que exigiram imenso trabalho pelas incursões realizadas no campo da medicina antiga e da velha história natural, ainda aldrovandina e gessne-

riana, da zoologia e da botânica fantásticas dos descobridores e dos conquistadores da farmacopéia e da alquimia seiscentistas, da mais vasta brasileira dos cronistas e tratadistas dos dois primeiros séculos, etc.

Não há elogio que possa fielmente retratar o serviço prestado à adição da obra de Piso pela edição de tão extensa quanto sábia análise.»

O volume «História Natural do Brasil Ilustrada» é, pois, tradução do Prof. Alexandre Correia, seguida do texto original, da biografia do autor holandês e de comentários sobre sua obra. Edição comemorativa do primeiro cinquentenário do Museu Paulista, publicada pela Companhia Editora Nacional em 1948.

Finalmente e com especial agrado, por ter não só durante o nosso mandato de Diretor desta Faculdade obtido que o então já aposentado Mestre fizesse, como o fez, conferência sobre os pré-socráticos nesta Faculdade, e ter com ele falado algumas vezes sobre este tema, queremos registrar o seguinte:

A história da filosofia grega deve ao Prof. Alexandre contribuição valiosíssima, infelizmente ainda inédita. Trata-se de trabalho sobre os Pré-socráticos até Demócrito, inclusive.

Tomando como fonte a obra de Hermann Diels intitulada «Fragmente der Vorsokratiker», o Prof. Alexandre ordenou os fragmentos em ordem sistemática, oferecendo aos estudiosos a exposição completa das idéias dos autores gregos de modo a se chegar aos pensamentos dos mesmos, conforme se trate, de cosmologia, ética e religião, lógica e epistemologia. A ordem de Diels não é sistemática nesse sentido e de difícil consulta.

Além de traduzir do original grego, fragmento por fragmento, o Prof. Alexandre acrescentou comentários seus explicativos, baseados em amplíssima bibliografia especializada. A dificuldade encontrada para a publicação de trabalho dessa ordem consistiu na falta de caracteres gregos por parte de nossas editoras; é uma deficiência técnica lamentável em nosso meio.

E como o autor não aceitava a chamada transliteração, aconteceu que até o trabalho não veio a público.

Eis, em rápido apanhado, a figura intelectual e moral do eminente Professor de Direito e de Filosofia que, à sua profunda fé cristã, aliou o ideal humanitário, dedicando-se ao mesmo tempo às letras clássicas, às literaturas modernas, à erudição e às ações pedagógica e cívica.

Alexandre Correia: Reminiscências

Manoel de Figueiredo Ferraz

Livre-Docente de Direito Romano, da Fac. de
Direito da Universidade de São Paulo

A Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em reunião solene prestou comovida homenagem à memória de um dos seus mais ilustres Mestres: ALEXANDRE CORREIA.

Na oportunidade, pelo sodalício falou o eminente Professor Ruy Barbosa Nogueira, que traçou o Perfil de Humanista do homenageado; ademais, o Governo Federal outorgou «post-mortem» a mais alta condecoração do Mérito Educacional, àquele que em vida não só simbolizou o amor à cultura humanística, como engrandeceu com o seu saber, as mais altas tradições jurídicas do país.

Referiu-se o conferencista ao pródromo de sua carreira, quando interessando-se pela filosofia política o Prof. Alexandre Correia, defendeu em Louvain a sua primeira tese intitulada «Política de Joseph de Maistre», obtendo com ele o doutorado no «Institut Supérieur de Philosophie Saint Thomas», da Universidade.

O Mestre-Conferencista, marca e traz à colação sentimental aquele cuja vida e obra bem se poderia sintetizar como «lumina et lucerna iuris» dos tempos presentes.

Mas, tenho para mim que algumas passagens das atividades extracurriculares passariam ao olvido, senão registradas pelos que de perto o conheceram.

De Ribeirão Preto, onde conquistara a cadeira de grego, passou o Professor Alexandre a residir em São Paulo, na Avenida Rodrigues Alves, uma das principais artérias do bairro de Vila Mariana.

Os moradores, já que a maioria era de estrangeiros, se conheciam e eram conhecidos por nós que, vindos de Mococa, lá residíamos.

Algumas figuras marcaram, indelevelmente, a minha juventude: Marrey Júnior, popular político, eleito Prefeito da Capital e que não tomara posse em razão do movimento revolucionário de 30; Arthur Aguiar Whitaker, espírito claro, culto e de fino trato, ocupara a Presidência da Assembléia Legislativa do Estado, no governo Júlio Pres-

tes: o Professor Eduardo Monteiro — uma das glórias da medicina paulista, e numa quadra abaixo o Professor Alexandre Correia.

O pequeno movimento da artéria, apenas abalada pela passagem do famoso «Bonde Santo Amaro», permitia aos moradores individualizar os seus personagens mais destacados.

O Professor Alexandre Correia, vindo de Ribeirão Preto, onde conquistara a cadeira de grego, no Ginásio Estadual, chegara a capital com fama de homem sábio e sisudo no seu relacionamento. Fez-se amigo dos meus familiares e suas visitas eram marcadas pelo respeito que a todos infundia. Limitávamo-nos a ouvi-lo apenas, e procurávamos adivinhar na nossa ingenuidade infantil, o porquê da fama e talento; é que a sua conversação se destacava para as coisas terrenas — árvores, passarinhos, etc. Falava-se na sua austeridade de comportamento e seriedade no trato com os alunos. Numa cidade que ainda esquentava os seus músculos para o futuro deslocamento como grande Metrópole, a sua figura era singular. Em passadas largas, comedido no comprimento, a de corpo esguio, de feições avermelhadas. de porte saxônico, era notado e respeitado.

Notícias de suas atividades, no serão íntimo de nossa família, a todos surpreendia e agitava.

Uma delas, grande surpresa, e que a todos angustiou: a do anúncio de sua morte em um dos jornais. Sim!!! Alunos de determinado estabelecimento de ensino resolveram pregar a assustadora «peça». Vingavam-se da sua rigidez no critério de notas, com a publicação do seu falecimento. Desusado movimento na pacata artéria; carros se aproximando de sua residência, pessoas na calçada consternadas com o «passamento» do Mestre. Aos poucos desanuviou-se o ambiente. Sorridente, na porta, D. Filhinha sua esposa, explicava aos atônitos visitantes dos tradicionais «meus pêsames» que tropeçavam em coroas de flores, o episódio debitado aos alunos que não tendo alcançado as «notas» que entendiam injustas valeram-se do inusitado expediente.

O Professor Alexandre resolveu pessoalmente desfazer o equívoco e dirigiu-se ao jornal que noticiara o evento. Conta-se que um dos «repórteres», o Prof. Basileu Garcia, mais tarde Mestre desta Casa, ao vê-lo subir as escadarias do prédio, sentiu um calafrio na espinha: presenciava espavorido o «ressurgimento» do morto.

Assim, conhecemos Alexandre Correia e mal sabíamos que o teríamos de enfrentar na carreira que abraçaríamos — do Ginásio do Estado ao concurso para a cátedra de Direito Romano da Academia, um passo apenas. Mas, foi lá que, precisamente, iríamos reconhecer o «Mestre Temido», cuja fama de irritável e pouco amigo dos estudantes, marcaria época nos anais do Largo São Francisco.

Em plena guerra, tentávamos o exame de ingresso; o latim era simplesmente o terror do noviciado. A banca, vejam só: seus integrantes, Alexandre Correia, Lino Leme e Mário Masagão. Pior impossível! Alguns pais, compadecidos, escoltavam os filhos à queie

autêntico templo onde fatalmente, sucumbiriam. Os pré-calouros, quietos, tentando soletrar alguma passagem de Cícero e partes da gramática, aninhavam-se nos cantos como ovelhas à espera dos lobos.

Das provas, exauridos, cabisbaixos, trêmulos magotes de candidatas deixavam o recinto: «Deu para passar?»

— Acho que as minhas silabadas me prejudicaram... — Bem, se não passar, tentarei em outra Faculdade, mas enfrentar essa banca, nunca mais!... Prefiro ser convocado para brigar contra os alemães!

E assim, os contínuos queixumes da inevitável desdita!

Anunciados os resultados, os aprovados submetiam-se ao trote tradicional. E os jornais não só anunciavam os aprovados, mas ainda com laudatórias insinuações — «O trote dos sábios».

Mas, ledo engano. Havia que se enfrentar a mais difícil etapa da Academia; assistir, tentar compreender, e fato inédito, passar na cadeira diabólica: Direito Romano. Seu titular: Alexandre Correia. Desnecessário maiores explicações. Compêndio não havia; os mais afortunados, filhos de advogados e magistrados, surgiam sobraçando o «Foignet» — consequência, edição esgotada, nenhuma importação!

A figura do titular de Romano, na aula, infundia respeito, medo ou melhor, pavor. E já de pronto, os textos do Corpus Iuris Civilis, citados em latim, que o Mestre com o sorriso sarcástico — «não há por que traduzir, já que os senhores conhecem perfeitamente, o latim...»

Marcados os exames, os grupos se manifestavam: bem, com o Ca-zuza, o Vampré, nenhum problema. Mas, não adianta: o Direito Romano, como dizia Santo Agostinho «me terruit...»

Aos poucos, exibiam-se em sonoras citações dos textos, os alunos da primeira fila: Ruy Barbosa Nogueira, Cícero Dantas Lopes, Aloysio Ferraz Pereira, Jaime Silva Telles, Alexandre Thiollier, Pedro Conde, Camilo Ascar que galgariam justa fama na profissão. Os outros, bem, os outros, quedavam-se mudos. Presença sim, esta obrigatória. É verdade que os movimentos grevistas se sucediam — O Ditador, por isso e por aquilo, pelos seus atos de arbítrio, levava os estudantes para o pátio e para as ruas. Para Alexandre Correia, derrota da França, atos do Ditador, política dos estudantes, pouco se lhe dava.

A sua aula estava dada e a matéria considerada devidamente explanada. Mas, o ano corria e os exames com as notas anunciadas eram como bombardas a aumentar o pânico — de zero a cinco, as maiores; para cima poucas. O felizardo aquinhoado com cinco ou seis já desfilava com ares de Papiniano. E infundia respeito, uma quase veneração — obteve seis em Romano? Cumprimentos para o «sábio»; desalento, para os demais!

Praticamente, poucos conseguiam atingir a grande meta: escapar do exame oral — estes, os quase «morituri te salunt». Era como espe-

rada sentença de morte. Os mais tímidos eram confortados pelos amigos próximos, que julgando assistir as provas por «osmose» transfeririam para o colega os seus ensinamentos.

No «purgatório», a espera da convocação, já com o ponto escolhido — a surpresa pelo seu ineditismo.

— O seu ponto é... o nº 198: «conditio triticaria».

— O senhor pode começar.

E o aluno lívido, quase que em alucinação — «conditio triticaria» — Mestre é... é... é... O tempo escoava e rápido. A «equipe de apoio» mais surpresa ainda... «conditio triticaria», que raio de pergunta é essa? — É um atentado, uma violência... ferindo até direitos individuais, acrescentavam os mais ousados.

Bem, mais um zero no lúgubre quadro do primeiro ano!

Assim, rígido, presente e justo porque realmente o ponto fora dado e nesse dia talvez a estudantada estaria enfrentando os «esbirros da Ditadura» a tétrica convocação para a segunda época.

Assim, a passagem do Professor Correia pela Academia.

Mas, o pavor não se infundia apenas no corpo discente. Concurso para a Congregação; o Alexandre está na banca? Pois, olhe dizia o candidato, embora com tese pronta, é de se pensar... E muitos desistiam — o medo, fenômeno psíquico se alastrava. Muitos e muitos deixavam de enfrentar banca de concurso. O Alexandre vai examinar? Os mais ousados compareciam e os alunos também. Era a grande oportunidade. O Alexandre na banca, plenário cheio... E lá vinha o Mestre com a Tese nas mãos para o primeiro entrevero: «A sua tese está imperfeita, a partir do título... e a saraivada de observações!

— Já que o senhor citou Platão e Aristóteles, por que não o fez no original? Mas, dou-lhe a oportunidade: aqui está o texto; leia-o e traduza-o. E o candidato de beca ou de casaca, esbaforido:

— Mas, Mestre não domino o latim e o grego suficientemente para... e não terminava a justificativa.

Findo o concurso, aflitos e inconsoláveis os familiares...

— Mas, isto é um absurdo... Querer que se leia em grego; se fosse em latim, vá lá...

E a estudantada regozijava e se permitia comentar: é, concluíram, com o Alexandre na banca é melhor escolher outra escola, para aluno e professor...

Afinal, o Mestre Alexandre não distinguia, aluno e candidato a professor com termos de absoluta igualdade. E um ou outro gaiato acrescentava: mas, não é isto que chamam de «equidade»?

Há um provérbio chinês que diz ser Bom Professor é melhor do que várias bibliotecas.

Quando da sua aposentadoria, o Professor Alexandre já residia à Rua Martiniano de Carvalho, ou melhor a sua casa era um apêndice de sua valiosa biblioteca.

Lá surgiriam os famosos serões, quando professor, amigos e colegas reuniam-se, para estudos e diálogos sob a batuta do Mestre.

Cursos de Filosofia, Humanística, Línguas e até de Direito Romano; incansável, o Professor preparava a sua 2ª edição completa da Summa Teológica; ademais, continuava suas pesquisas sobre os Pré-socráticos.

Foi a grande oportunidade que Alexandre Correia teve de se aproximar dos seus antigos alunos; cada um deles trazia algumas reminiscências da Academia, jocosas muitas, reais ou irreais, que motivava sorrisos e saudades do passado. Afinal, a vida acadêmica não se encerrava e a intelectual prosseguia.

A última aula realizou-se com grande pompa; alunos, ex-alunos e amigos lotavam o Salão Nobre — uma consagração! A intelectualidade brasileira presente! Era a sua última aparição em público.

Fui testemunha do extremo carinho dispensado aos que o procuravam; em meio à conversa, citações de Homero, no original. Não entendíamos o grego, mas louvávamos a prodigiosa memória.

Em poucas linhas, o perfil do professor — glória da intelectualidade brasileira.

* * * * *

Quando das homenagens que a nossa Academia prestou à memória do Prof. Emérito Alexandre Correia, coube ao eminente Prof. Ruy Barbosa Nogueira, traçar-lhe o perfil de Humanista.

Nos decênios dos anos 40, ainda aluno, participei de concurso instituído pela Associação dos Antigos Alunos da Faculdade, sob o tema: A vida do Professor Crispiniano Soares.

O objetivo dos promotores do Concurso era trazer do olvido, uma das figuras mais singulares dos primeiros anos de vida da Academia do Largo São Francisco. Para um simples acadêmico a empresa não se apresentava fácil; dados, informes incompletos, aliados às dificuldades de se fixar na vida da pacata cidade de após independência, a personalidade do primeiro lente de Direito Romano da nossa sempre velha e nova Academia — que marcou época em seus anais, a partir de sua exótica vestimenta; calças brancas, paletó preto e o uso contínuo do chinó a cobrir-lhe a calva.

* * * * *



Professor Doutor Alexandre Correia

Notas Sobre a Existência Dum Jurista Filólogo

Alexandre Augusto de Castro Corrêa

Catedrático de Direito Romano da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo *

Escrevo sobre o meu pai sob o aspecto das relações intellectuais que me uniram a ele, deixando à margem o relato das relações oriundas de vida familiar a qual, aliás, transcorreu sempre em invariável atmosfera de paz, harmonia e intensa afeição recíproca.

Minha formação jurídica e filosófica se fez tanto nas Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e de Filosofia da São Bento quanto no lar, pois os ensinamentos paternos eu os hauria nos dois centros de vida e estudo.

Desde a mais tenra infância minhas irmãs e eu nos habituamos ao ambiente ao mesmo tempo austero e acolhedor da vasta biblioteca formada pelo pai durante toda a sua existência e abrangendo todos os assuntos da cultura geral, histórica, literatura antiga e moderna e filosofia.

A parte jurídica embora menor era selecionada. Aprendi com meu pai a admirar e freqüentar «O Direito nas Coisas» de Lafayete Rodrigues Pereira e as obras de Teixeira de Freitas; quanto ao Direito Romano desde o início do curso jurídico familiarizei-me com as obras de Savigny, Jhering, Windscheid e Mommsen, em edições tanto alemãs quanto francesas bem como com os trabalhos dos grandes italianos — Ferrine, Bonfante, Arangro-Ruiz, De Francisci, etc.

Quanto a Ruy Barbosa, meu pai o tinha em altíssima conta enquanto conhecedor nímio da língua e dos clássicos portugueses. Aprendi com ele a respeitar o grande orador e escritor.

Das literaturas modernas, a francesa depois da portuguesa e brasileira parecia predominar na formação mental de meu pai, apesar de seu gosto por Goethe e Schiller e da admiração por Shakespeare e Dickens. Nesse ponto meu pai não fez exceção à regra da infância cultural predominantemente francesa no Brasil até à Segunda Guerra Mundial.

Conhecia perfeitamente Molière, Corneille e Racine e não escondia seu entusiasmo por Bossuet. Em geral o século de Luis XIV representava para ele o apogeu da literatura francesa.

A filosofia, entretanto, sob todas as suas formas, foi a preocupação dominante da vida intelectual de meu pai: conhecia perfeitamente os gregos, especialmente Aristóteles estudando mais de perto por causa de sua influência sobre São Tomás na Idade Média, mas, também os modernos, desde Descartes até Kant, ele os expunha com admirável clareza em suas aulas.

Em tal ambiente e inclusive devido a meu curso de filosofia em São Bento fiquei marcado pela vida especulativa e pretendi, a princípio, especializar-me em Kant e no idealismo alemão, sobretudo de Hegel sem abandonar entretanto o confronto com a Neo-escolástica. A influência, porém, de minha mãe orientou-me para a advocacia e para o Direito: suceder um dia a meu pai na cátedra de Direito Romano pareceu-me, afinal, mais atraente, embora eu não estivesse, por temperamento, destinado a triunfar na profissão preferindo o ensino do direito, como de fato preferi.

Decisivo, também, nesse rumo, foi meu longo contato de recém-formado com o Professor Gaetano Sciascia, então jovem romanista da Universidade de Roma, convidado por meu pai para colaborar com ele na cátedra da fundação da Faculdade de Direito da PUC.

Sciascia induziu-me a traduzir os **Comentários de Gaio**, trabalho que durante dois anos constituiu para mim a grande iniciação no estudo das fontes do Direito Romano e que desde aquela época nunca abandonei: a clareza lapidar dos textos e a sabedoria essencialmente humana dos jurisconsultos de Roma são valores imperecíveis que aprendi a apreciar num processo educativo incessante.

A formação do verdadeiro espírito jurídico e não apenas a produção de leguleios só se pode obter pela escola do Direito Romano: é uma convicção minha, herança do espírito paterno e frutificada por minha própria experiência.

Eis, em suma, o que posso dizer de Alexandre Correia como professor e estudioso: praticou acima de tudo a cultura geral, incluindo o Direito, dentro de sua visão de vida amplamente humanística e cristã. Assim o vejo e orgulho-me da ventura de ter convivido com ele durante sua longa e fecunda existência de noventa e quatro anos.

Acredito sinceramente que imitar-lhe o exemplo é o melhor modo de contribuir para a educação intelectual e moral de nossa juventude, abrindo-lhe o caminho para a verdadeira grandeza da pátria.

In Memoriam Alexandre Correia

Michel Schooyans

Le Professeur Alexandre Correia s'est éteint à São Paulo le 14 août 1984. Né en 1890 à Porto (Portugal), de parents brésiliens, Alexandre Correia mena de front, à São Paulo, des études de droit et de philosophie. Il termina les premières en 1912, se spécialisa en droit romain et devint **catedrático** de cette discipline à la prestigieuse Faculté de Droit de l'Université de São Paulo. Il occupa cette chaire avec éclat jusqu'à son éméritat. Plusieurs publications spécialisées, fruit de patientes recherches, ponctuèrent la carrière du romaniste. Bornons-nous à signaler ici son étude sur **O conceito de ius naturale, gentium, et civile no Direito Romano** (1934); et son **Manual do Direito Romano**, qui connut de nombreuses éditions et fait toujours autorité.

Parallèlement à cette activité de romaniste, le Dr. Correia mena une importante carrière philosophique, qui nous concerne tout particulièrement. Alexandre Correia était sans doute de doyen des docteurs de l'Institut Supérieur de Philosophie. A São Paulo, il avait été l'élève de Mgr Sentroul, qui avait défendu à Louvain une brillante thèse de maîtrise consacrée à Kant et Aristote. Sentroul fut, avec Dom Miguel Kruse, O.S.B., l'un des fondateurs de la Faculté São Bento, et c'est là que Correia fut initié à la philosophie. C'est Sentroul qui envoya son jeune étudiant à l'Institut fondé par Mercier pour y compléter et terminer ses études de philosophie. Correia fut chez nous un des témoins privilégiés de la vie universitaire louvaniste, et il aimait raconter les chahuts, guindailles et autres bagarres linguistiques qui, déjà à l'époque, égayaient les brumes du plat pays. Alexandre Correia présenta une thèse de doctorat consacrée à **La politique de Joseph de Maistre** et la défendit en 1914, juste avant la déclaration de guerre. Rentré aussitôt au Brésil, Correia enseigna le droit et la philosophie. Il publia plusieurs études sur des thèmes-frontières, en particulier sur le droit naturel.

La carrière philosophique d'Alexandre Correia fut avant tout consacrée à l'enseignement de l'histoire de la philosophie. Selon l'usage de l'époque, il devait couvrir **toute** l'histoire de la philosophie. Il le fit avec une compétence exemplaire. Sa connaissance approfondie du grec avait fait de lui un familier des présocratiques, de Platon, d'Aristote. Il laisse d'ailleurs dans ce domaine une importante histoire, inédite, de la philosophie grecque. C'est un travail de première main, dont le Maître n'a pu voir la publication, mais qu'il faudra tôt ou tard mettre à la disposition des spécialistes. Correia excellait également dans l'ex-

posé de la philosophie moderne. Il discutait avec Descartes, conversait avec Malebranche, argumentait avec Leibniz, polémiqueait avec Spinoza. Marqué par l'École de Louvain, façon du début du siècle. Correia était un familier de Kant, et nous nous souvenons avec émotion de tel exposé étincelant qu'il fit sur périlleux problème du schématisme

Mais Alexandre Correia était surtout un thomiste convaincu, et certainement un des meilleurs connaisseurs du Docteur Angélique que sa génération ait connus. Cet intérêt apparaissait dans son enseignement, ses conférences, ses nombreuses publications. Mais il éclate dans cette oeuvre monumentale qu'est la traduction intégrale, en portugais, de la **Somme Théologique** de l'Aquinat. Pour mener cette tâche à bien, Correia s'est imposé une discipline de fer : il traduisait un article par jour ; la traduction, précise, est le fruit de plus de 10 ans de labeur. La **Somme** est rendue dans une langue portugaise d'une rare et pure beauté classique. La première édition fut publiée par la Faculté Sedes Sapientiae, fondée, avec la collaboration éclairée d'Alexandre Correia, par les Chanoinesses de Saint-Augustin à São Paulo. En son extrême vieillesse, Alexandre Correia eut la joie de voir la seconde édition de ce qu'il considérait à juste titre comme l'oeuvre de sa vie. Cette édition, magnifiquement présentée, a été procurée conjointement par l'Escola Superior de Teologia de São Lourenço de Brindes, Universidade Caxias do Sul, Livraria Sulina Editora, en collaboration avec l'Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Par son immense érudition, A. Correia était une sorte d'humaniste de la Renaissance. Il avait tout lu et tout retenu. Sa curiosité intellectuelle était sans limite. Il dominait à la perfection les grandes langues de la culture occidentale. Philosophe et juriste, il était aussi familier des grands classiques de la littérature, qu'il lisait toujours dans leur langue originale et dans les meilleures éditions. Il avait aussi exploré les trésors de la littérature portugaise, si injustement méconnue. Sa bibliothèque, riche de quelque trente mille volumes, est, à elle seule, un monument de culture. Correia n'en était pas moins attentif aux problèmes du Brésil de son temps. Polémiste redoutable, il s'est engagé, avec discernement et courage, dans tous les débats de fond qui ont agité l'«intelligentzia» brésilienne au cours des soixante dernières années. Lui qui eût pu faire, comme certains de ses pairs, une brillante carrière d'avocat ou d'homme politique, a cependant toujours refusé de se laisser fasciner par la richesse ou griser par le succès.

Il a opté délibérément, et dès le principe, pour le service intellectuel de ses compatriotes, et ne s'est pas départi un seul instant du dessein qu'il s'était assigné. Epoux attentionné, père de famille à la fois exigeant et libéral, Alexandre Correia suivait de près les débats théologiques de son temps, et il a souffert de quelques excès post-conciliaires. Cela n'a jamais suffi à entamer sa foi, qu'il avait bâtie sur le roc, et qu'à l'instar de Frère Thomas il alimentait quotidiennement au **sacrum convivium**. Avec lui, le monde universitaire a perdu un grand seigneur de l'esprit.

Michel Schooyans.

Um mestre, amigo do Dr. Alexandre Correia.

A formação intelectual de Alexandre Correia*

Ubiratan Macedo

Alexandre Correia representa, na cultura brasileira, a geração dos nascidos ao fim do Império (1891-1984) e que, por reação ao laicismo da República, tentaram recuperar os valores religiosos tradicionais, fazendo-se apologistas do catolicismo, nele vendo, além de fórmula religiosa, uma norma para a cultura, procurando criar uma cultura impregnada de tomismo, sua expressão oficial a nível filosófico. Ao lado de Jackson de Figueiredo, Alceu Amoroso Lima, Leonel Franca e de L. Van Aker, representou, o erudito especialista em Filosofia, o iniciador de centenas de jovens católicos nos meandros do tomismo. "Foi dos leigos católicos que mais contribuiu para o pensamento filosófico nesta terra, dedicando toda a vida aos estudos metafísicos e jurídicos". (D. Odilão Moura - *Idéias Católicas no Brasil*, Editora Convívio, SP, 1980, p. 166).

Oriundo de tradicional família paulista, orientou-se para a Faculdade de Direito de São Paulo, viveiro das classes dirigentes da primeira República. Resolve cedo complementar os estudos jurídicos com o curso de filosofia que faz na Faculdade de Filosofia de S. Bento, criada no mosteiro beneditino e anexa à Universidade de Louvain. Alexandre Correia prosseguiu seus estudos de filosofia indo até o doutorado feito em Louvain, sob a orientação de Simon Deploige, em 1914. Deploige ocupa, na escola de Louvain, uma posição singular: não cultiva a história do pensamento medieval, ou a criteriologia, tentando conciliar o tomismo com Descartes ou com Kant, nem sequer cultiva a psicologia experimental, tentando integrá-la na síntese tomista. Deploige é um filósofo social interessado em Durkheim e na escola histórica alemã.

O seu livro principal, *Le Conflit de la Morale et la Sociologie* (1912), é testemunho disso e viria tornar-se referência obrigatória para A. Correia, condicionando seus futuros interesses.

Ainda em Louvain, Alexandre Correia colabora em 1913 com um grupo de exilados monarquistas portugueses na revista "Alma Portuguesa", escrevendo um artigo sobre a "Origem da Autoridade".

(*) O Professor Alexandre Correia faleceu no dia 14 de agosto de 1984, na cidade de São Paulo.

A revista, de cunho literário-político, está na origem do Integralismo Lusitano, e refletia a pregação da Action Française, de Maurras e Barrès, bem como as idéias tradicionalistas dos últimos livros de Eça de Queiroz (*A Ilustre Casa de Ramires* e *A Cidade e as Serras*) e, através deste, a ação de Eduardo Prado.

Voltando ao Brasil dedica-se Alexandre Correia ao magistério, e sua vida confunde-se com sua atividade docente, exata, precisa e de uma ironia suave.

Após estada no magistério secundário tenta ingressar na Faculdade de Direito de São Paulo, em 1917, como substituto na cadeira de Filosofia do Direito e Direito Romano, apresentando a tese "Há um Direito Natural? Qual o seu conceito?". O positivismo reinante o venceu.

Participa do Centro Dom Vital e apóia a revista «A Ordem», do mesmo. No plano das idéias procura combater a influência positivista, acentuando a necessidade e o valor da metafísica, do direito natural, o livre arbítrio e a importância do transcendente, combatendo o naturalismo e o laicismo pedagógico.

Em 1934 entra para a Faculdade de Direito com as monografias: "O Conceito de *Ius Naturale, Gentium et Civile* no Direito Romano" e a "Concepção Histórica do Direito e do Estado". Acumulava seu ensino de Direito Romano nas Arcadas com o de História da Filosofia na Faculdade de Filosofia São Bento e Sedes Sapientiae, hoje integradas na PUC SP. De sua docência de Direito Romano deixou um exemplar tratado, com uma tradução das *Institutas* em colaboração com Gaetano Sciascia, e um rico anedotário, testemunho de seu rigor como professor, e do inequívoco de se colocar no primeiro ano jurídico uma disciplina como Direito Romano. Essa sua docência romanística é hoje continuada por seu filho Alexandre Augusto de C. Correia. Ainda na década de trinta exerceu Alexandre Correia a direção da Faculdade de Filosofia da USP, quando do advento do Estado Novo, sendo sua intervenção num local onde imperava Fernando de Azevedo — pioneiro da escola nova e convicto adepto de Durkheim, valorizado como o foi por Paulo Emílio Salles Gomes, quando da oração de formatura da primeira turma — de modo muito crítico. Nem poderia ser de outro modo, para o ex-aluno de Deploige, o crítico acérrimo de Durkheim, as idéias imperantes na instituição só lhe mereciam os mais candentes reparos¹.

Esse sentido de fidelidade às suas idéias filosóficas revela-se, também, na oposição de Alexandre Correia durante o concurso de Miguel Reale em 1940. Nem católico militante e neokantiano Reale não lhe mereceu os sufrágios, que foram para o tomista José Pedro Galvão de Souza.

(1) No seu livro de memórias, Fernando de Azevedo, todavia, faz justiça à isenção partidária com que se houve Alexandre Correia em sua missão.

Ainda durante a década de trinta empreendeu Alexandre Correia a obra que o consagrou em nossa cultura. Traduziu, sozinho, a *Suma Teológica* de Tomás de Aquino, tarefa normalmente confiada a uma equipe de tradutores em outras línguas. Dela se houve com galhardia o nosso romanista, levando-a a bom termo, num português claro e clássico, e sobretudo fiel ao espírito do traduzido. Sua reputação de latinista ficaria ainda mais consagrada quando, em 1951, recebe o Cardeal Spellman em visita a São Paulo, com magnífica saudação latina.

No campo da história da filosofia, traduziu do alemão para seus alunos a útil obra de Johannes Hirschberger, e elaborou, como grecista, uma história dos pré-socráticos, com tradução de todos seus textos, obra de monumental erudição, infelizmente ainda inédita, pelas dificuldades de edição do texto grego. Traduziu e apostilou com eruditas notas a rara *Historiae Naturalis Brasiliae*, de Guilherme Piso.

A imagem que se formou de Alexandre Correia foi a do infatigável erudito em letras clássicas, o mestre do tomismo nacional, a figura de gabinete alheia aos tumultos e paixões da hora, voltado à pesquisa da verdade da filosofia perene.

Sentido de sua Obra

Paradoxalmente a reunião de seus escritos nos revela não o tomista erudito, frio, teórico desapassionado. Pouco há neles de filosofia teórica, seus ensaios pertencem, na sua maioria, à filosofia política e, mesmo os de filosofia do direito a ela não são alheios. Sua tese de doutoramento, documento sempre revelador de tendências futuras, é dedicado à “Política de José de Maistre”, e seu melhor trabalho é a análise da escola histórica alemã do direito, uma manifestação óbvia de tradicionalismo político.

Curiosamente, numa conferência juvenil de 1907 sobre “O Governo Divino do Mundo”, pronunciada na Congregação Mariana de S. Paulo, encontramos, não o tomista Alexandre Correia, mas o católico convicto da tese da providência e o governo divino do mundo, baseado em Chateaubriand e Lamennais, dois tradicionalistas. A origem do seu tradicionalismo, anterior à sua passagem por Louvain, deve-se provavelmente a Eduardo Prado, Brasília Machado e João Mendes de Almeida Júnior, que prolongavam o ensino tradicionalista de Sá e Benevides nas Arcadas.

A surpresa encontrada explica-se pela tardia publicação de sua tese de doutorado, pelo êxito de seu ensino, o oral e de sua tradução da *Suma*.

Pode-se dizer de A. Correia o que Castro Nery escrevia de um obscuro tradicionalista italiano de influência no Brasil: “Ventura de Raulica tinha sempre na boca uma boa quantidade de citações de S. Tomás, embora no pensamento mais íntimo trouxesse as idéias de

De Maistre e De Bonald” (“Teria Havido um Tradicionalismo no Brasil?”, rev. *Verbum*, 1944, R.J., p.137).

O seu trabalho mais teórico, aqui incluído, os artigos sobre o intuicionismo bergsoniano, mostram sua abordagem típica, mais do que “razões” tomistas contra o bergsonismo, e nele encontramos a confrontação entre os “dogmas” do tomismo e da filosofia perene e os “erros” do pensamento moderno, um estilo de denúncias típico do tradicionalismo e de um enfoque ideológico da filosofia, antes do que característicos do neotomismo lovainense.

Um melhor conhecimento da história do século XIX nos mostrou que a Revolução Francesa provocou a sua própria contra-revolução (consultar Arno Mayer, *Dinâmica da Contra-Revolução na Europa*, Rio, Paz e Terra, 1977) e dentro desta contra-revolução uma ideologia para suportá-la. Esta ideologia foi construída no modelo do iluminismo e do liberalismo, com sinal contrário e antitético, como convinha a um movimento reacionário. Edmond Burke, nas suas famosas *Reflexões sobre a Revolução Francesa* (1790), inaugura esta construção teórica, logo seguido por A. Chateaubriand, De Maistre, De Bonald, Lamennais, Louis Veuillot, Adam Müller, Savigny, Ventura de Raulica e Gama e Castro, entre nós.

Para suportar a ideologia da tradição, e da oposição ao liberalismo da Revolução Francesa, criou-se logo uma filosofia, o tradicionalismo, desenvolvido sobretudo na França, com De Bonald, De Maistre e Lamennais. O tópico central foi, em oposição direta ao iluminismo, valorizar a tradição como critério de verdade, e procurar demonstrar que a razão individual não tem, como tentou Descartes, capacidade, nem deve demonstrar as verdades fundamentais da ordem social. Deus, a liberdade, a imortalidade, etc., são conhecidos pelo sufrágio universal dos vivos e mortos: a tradição. Mostram os tradicionalistas, num enfoque surpreendente atual, que não inventamos a linguagem, nascemos no meio dela, recebemô-la por tradição, quase fomos criados por ela. A este pequeno núcleo de idéias, mais a valorização do sentimento do irracional e do histórico frente ao desnudo e árido racionalismo dos teóricos da Revolução Francesa, juntou-se uma filosofia providencialista da história. Nesta, “Deus dirige os destinos dos povos” e um princípio do mal é o responsável pela Revolução, e uma Contra-Revolução, anti-abstrata, histórica, nacional e cristã, procurar cortar os passos do mal — ou Revolução.

Os católicos, face à violenta agressão sofrida no decurso da Revolução, em França, colocaram-se desde o começo ao lado da ideologia e filosofia tradicionalista².

Todavia, cedo perceberam os teólogos que o racionalismo não poderia ser afastado com a débil teoria do conhecimento tradiciona-

(2) Para distinção do Tradicionalismo como filosofia e ideologia política, v. *A Liberdade no Império*, do A., ed. Convívio, S.P., 1977, e a recente *História das Idéias Filosóficas no Brasil*, de Antonio Paim, ed. Convívio, 3ª ed., S.P., 1984.

lista. E que, além do mais, ao exagerar o papel da fé no conhecimento divino, ameaçavam as bases racionais da religião católica. Em 1870 o Concílio Vaticano I condena o tradicionalismo, como teoria do conhecimento, preocupado com a racionalidade das provas da existência de Deus. E, em 1879, continuando esta evolução, o tomismo, filosofia intelectualista medieval, é ressuscitada como filosofia oficial da Igreja Católica. Até aquele momento os tomistas, então existentes no século XIX, eram, no campo político, tradicionalistas, embora não fossem no campo filosófico. E só muito lentamente, após a encíclica "Libertas" (1888), num ciclo que vai até a encíclica "Pacem in Terris" (1963), há uma cautelosa aceitação de uma outra atitude política que não a conservadora.

No início do século XX há o episódio do *Sillon*, de Marc Sangnier, rapidamente reprimido pela hierarquia, ao tentar criar um movimento liberal e democrático dentro do catolicismo. Neste contexto é fácil compreender serem quase todos os neotomistas politicamente tradicionalistas e os tradicionalistas políticos se crerem neotomistas. A separação das águas iria esperar o segundo pós-guerra, com a renovação da teologia por Lubac e outros, a obra pioneira de Maritain, e o crescente engajamento social dos tomistas em função das idéias pré-capitalistas do sistema de Tomás de Aquino.

A posição de Alexandre Correia é clara neste contexto. De uma posição política-tradicionista, adere ao tomismo. Adesão à filosofia oficial da tradição, à filosofia de sua Igreja, não adesão ao tomismo como uma solução racional para um problema racional, depois de haver analisado outras possíveis alternativas filosóficas para o problema ³.

Isto explica porque nunca se preocupou em distinguir sua posição das de outras filosofias adotadas pelos católicos como a de Blondel, o escotismo, mais tarde o espiritualismo crítico de Lavelle e Sciacca, etc. Não lhe interessava a discussão das razões do teísmo, suposto que este discutia conseqüências éticas e sociais condicionadas por sua prévia posição ideológica.

Vejamos como aborda Alexandre Correia o problema clássico do Direito Natural. Em sua tese de 1917 indaga-se sobre a existência do mesmo e, após distinguir um direito natural racionalista de um outro, empirista, rejeita-os ambos, e aceita a existência de um direito natural ao mesmo tempo racional, na intuitividade de seus princípios, e experimental, no desenvolvimento de suas teses, por dependerem da experiência.

Por que se aceita este direito natural? Porque «Tem por si a sanção dos séculos; o que, se não é critério absoluto de veracidade, é pelo menos uma presunção não despida de valor e como tal merece-

(3) Para uma visão do problema em nosso país, v. do A. O tradicionalismo no Brasil, pgs. 227/249 de *As idéias políticas no Brasil*, vol. II, ed. Convívio, S.P., 1979.

dora de respeito. Quando a Contra-Revolução combateu a *orgia* racionalista, não atingiu essa doutrina, que permanece ileso nos seus inabaláveis alicerces. À questão: existe um Direito Natural? ela responde categoricamente e apodicticamente: existe». (p. 28).

Aceita-se o direito natural porque a Contra-Revolução o aceita? E esta o faz porque tem por si o testemunho dos séculos e da Igreja. Aparecem depois algumas razões, mas não são as usuais nos tratados tomistas.

E para que não parem dúvidas sobre sua posição tradicionalista, estabelece, na sua tese nº 11: “A razão por si só é incapaz de estabelecer um Direito Natural” E na de nº 8 afirma: “As idéias da escola histórica, sobretudo com a forma que lhe deu Joseph de Maistre, são admissíveis como complementar à verdadeira teoria do Direito Natural” (p. 38/9).

São claras as posições tradicionalistas, aceitação do consenso dos povos, crítica da razão individual. Estamos longe da fundamentação tomista a partir da lei natural, da natureza humana, comuns nos tratados tomistas, e conhecidas de A. Correia, num magnífico trabalho posterior, de exegese de S. Tomás, “Concepção Tomista do Direito Natural” Com o tempo Alexandre Correia passou a limitar-se à exegese tomista. Mas dentro de S. Tomás punha em relevo sempre o que favorecia uma posição conservadora, como são testemunhos seus últimos trabalhos aqui publicados.

Isto não significa que tenha evoluído do tradicionalismo ao tomismo. Não, pois, na sua tese de doutorado sobre a “Política de de Maistre”, de 1914, publicada em 1963/4 sem alterações, já se lia: “Tanto é exato que de Maistre e Tomás de Aquino são pensadores da mesma linhagem” (p. 33). E a doutrina de de Maistre é “Oposta *per diametrum* à desbragada democracia de Rousseau, a política maistriana é a verdade sempre imutável da tradição” (p. 29). “A substância de sua doutrina política é verdadeira e definitiva; como tal é de uma atualidade perene” (p. 86).

A seu modo teórico, Alexandre Correia foi um pensador engajado. Em 1963 escreve, no auge da crise política, um ensaio sobre “S. Tomás e o Direito de Revolução”, que, na sua própria exegese, se destinava a autorizar os católicos a se rebelarem contra a autoridade injusta. Em conferência pronunciada no Colégio Pedro II, a convite de Vandick da Nóbrega, sob o título “O Tomismo é incompatível com o Marxismo”, dedica-se com paciência a refutar uma conferência de D. Helder Câmara, dentro do espírito do título, e aponta a “desigualdade social” como resultante da natureza humana. E a negação da propriedade privada aparece como um “desvario mental”.

Ficou claro, pelo exame da primeira à derradeira obra, o conteúdo tradicionalista da obra de Alexandre Correia, ainda que se vaze esse conteúdo em trabalhos de exegese tomista e em linguagem escolástica.

Breve Apanhado Sobre a História da Advocacia em Roma

Alexandre Augusto de Castro Correia

Titular de Direito Romano da Faculdade
de Direito da USP

Como arte e profissão a advocacia tem longa e interessante história e suas origens ocidentais devem buscar-se em Atenas sob Péricles e sobretudo em Roma, berço da ciência do Direito.

A bibliografia sobre o assunto é abundantíssima sendo, por outro lado, impossível atingir todos os aspectos da matéria no curto espaço dum artigo. Desejamos, por isso, mencionar, desde logo, duas monografias históricas, uma atual «*Advocatus Romanus*», de autoria do Prof. argentino, Kornem Zoltan Méhesz, professor titular de D. Romano na Universidade Nacional do Nordeste (1º vol. Buenos Aires, Zarahá, editor — 1971) e outra, já mais antiga, porém mais completa em certo sentido e escrita por Grellet-Dumazeau «*Le Barreau Romain — Recherches et études sur le Barreau de Rome, depuis son origine jusqu'à Justinien et particulièrement au temps de Ciceron*» (1º vol. Paris, 1858). Ambos os trabalhos, de agradável leitura, possuem, entre outros, o mérito de se basearem nas fontes de modo a se ter ótimo perfil histórico da advocacia romana, cujas vicissitudes são ainda as de nossos dias.

Abordaremos, tão só, os aspectos mais interessantes da instituição em Roma, a saber:

1. Origens da advocacia romana
2. Denominações diversas dos advogados
3. Os advogados como ordem ou corporação
4. O advogado em audiência
5. Moralidade profissional dos advogados
6. Seus honorários
7. Principais figuras de advogados romanos

1. ORIGENS DA ADVOCACIA ROMANA

O grande acontecimento, como se sabe, marcando o início da separação entre Religião e Direito foi entre os romanos a promulgação da Lei das XII Tábuas em 450 mais ou menos A.C. Este monumento legislativo torna também possível o nascimento da advocacia e dos juristas, propriamente ditos, enquanto simples cidadãos, podendo opinar sobre o «Jus» sem pertencerem mais ao Colégio Sacerdotal dos Pontífices, corporação religiosa detentora até às XII T. do monopólio do Direito chamado «Fas» por confundir-se com a religião. A promulgação da lei, vitória política da plebe, em sua luta secular com o patriciado, originou o aparecimento dos primeiros juristas leigos autorizados não só a opinar sobre o sentido exato dos preceitos codificados como também a pleitear causas. Tito Lívio relata-nos o célebre processo de Virgínia, injustamente acusada, por um dos decênsvos, de ser escrava. Ela comparece a juízo acompanhada pelo tio, Numitor, e pelo noivo Icílio.

O primeiro pede dois dias de prazo para poder prevenir do processo ao pai da acusada e reclama a guarda provisória desta, mediante caução. Fundamenta o pedido em texto expresso das XII Tábuas o qual afirma: durante o processo e até sentença definitiva o réu tem direito à liberdade, «vindiciae sunt decundum libertatem», e dessa forma o patrício Apio, autor da prisão ilegal da acusada, viu-se punido pela aplicação da lei de sua própria autoria.

Trata-se no caso do que poderíamos qualificar sem erro de «habeas corpus» contra prisão ilegal.

Numitor, por outro lado, aparece como autêntico advogado.

Aliás, o emprego do termo advogado, feito agora, leva-nos ao tópico seguinte sobre as:

2. DENOMINAÇÕES DIVERSAS DOS ADVOGADOS

Os romanos muito cedo distinguiram entre o jurisconsulto e o advogado, mais ou menos como os ingleses distinguem entre o «barrister» e o «attorney-at-law». Em conhecido texto do Digesto sobre «A Origem do Direito, de todos os magistrados e da sucessão dos jurisconsultos» — («prudentes»).

Pompônio informa: D. 1,2,2,35) «Vários grandes homens dedicaram-se ao estudo da jurisprudência; «não se conhece ninguém professando esta ciência publicamente antes de Tibério Coruncânio», cônsul 474 a.C., primeiro plebeu elevado ao cargo de grande pontífice e o primeiro também a «publice profiteri» (D. 1,2,2,35.38), isto é, a dar pareceres em público, perante ouvintes que podiam tomar notas, adquirindo, assim, progressivamente, conhecimento geral da «jurisprudencia» ou ciência do direito.

O jurista romano dá, pois, opiniões motivadas mas não patrocina obrigatoriamente em Juízo, embora possa fazê-lo. Esta última tarefa, inclusive pelos dons oratórios exigidos, era confiada ao «advocatus». Cícero, em texto conhecido, afirma que todo bom jurista deva ser «ad agendum, ad cavendum et ad respondendum peritus». A primeira função, «agere», consiste não propriamente em patrocinar mas em orientar o causídico no tocante às formas dos atos processuais. Assim, o jurista seria o homem d'estudo, de gabinete, diríamos, enquanto o homem da prática seria o advogado, embora distinção não deva ser tomada ao pé da letra pois jamais houve em Roma a separação rigorosa, observada entre teoria e prática do direito, tal como se nota hoje na Inglaterra, na Alemanha ou na França.

«Patronus» é designação mais antiga que «advocatus» e remonta ao período aristocrático da profissão quando só o patrício, membro de alguma «gens» tinha acesso ao direito. Já, porém, no processo de Virgínia seus parentes e amigos são chamados em defesa («vocati ad», «ad — vocati») da acusada a qual tem «advocati» e não mais «patroni» (Tito Lívio, III, 5 e 44).

No tempo de Cícero o «patronus» comparecia a Juízo, defendendo a causa, enquanto o «advocatus» se encarregava de reunir para o primeiro os meios de prova, adiantando provisão das despesas. Vemos, assim, o jovem Messala zeloso advogado de Roscio de America, cujo, «patronus» foi Cícero. Chamavam-se também «advocati» as pessoas influentes comparecendo a uma audiência a fim de, pela sua presença, demonstrarem o interesse ou a simpatia por um dos litigantes; constituíam, assim, o público.

Já sob Augusto «advocatus» torna-se sinônimo de «patronus» e vemos o primeiro termo perder o primitivo sentido: «postulare advocacionem» é, então, pedir licença para defender um acusado. A função do advogado chamou-se «officium», «munus advocacionis».

Usava-se, também, o termo em sentido pejorativo quando se dizia «litem instruere advocacione» para significar as manobras fraudulentas junto a um advogado a fim de obter a condenação dum inocente ou a absolvição dum culpado.

Quintiliano, entusiasta da linguagem de Cícero, prefere ainda «patronus» embora «advocatus» fosse termo mais usado em seu tempo.

Plínio, o Moço, distingue entre «advocatio» e «consilium» para designar o advogado por assim dizer militante pelo primeiro vocábulo e o orientador e autor de pareceres pelo segundo: «Multos advocacione, plures consilio juvat».

A palavra «causidicus», usada apenas duas vezes por Cícero, começa a ser empregada a partir de Domiciano, significando como é óbvio quem pleiteia uma causa. Quintiliano informa-nos que se tratava por «causidicus» ao advogado mediocre, capaz, no entanto, de defender os interesses do litigante. Poetas como Juvenal e Marcial empregam quase sempre o termo em sentido pejorativo.

A partir dos séculos II e III d.C. as antigas distinções de sentido entre «patronus», «advocatus» e «causidicus» se pagam e Ulpiano define os «advocati» (D. 50,13,1,11) como «todos quantos se dão ao estudo das leis e pleiteiam as causas nas quais elas se aplicam». Os imperadores Valentiniano e Valente reúnem como sinônimos as três designações: «Quem quer ser causídico não seja advogado e juiz na mesma causa, pois deve haver alguma diferença entre árbitros e patronos» (C. 2,6,6).

Os advogados não podendo pleitear sem toga chamaram-se «togati» e nas constituições dos séculos V e VI d.C. lê-se freqüentemente: «togati», «consortium», «ordo», «collegium togatorum».

Outros nomes eram usados para denegrir certa classe de advogados: «rabulae» (Cícero) de «rabies», raiva ou de «radere aures», raspar os ouvidos do ouvinte, ou ainda, de «ravis», voz rouca: «latratores» («latidores»), «clamatores», «proclamatores», (gritadores).

Tais nomes aplicavam-se indistintamente aos advogados assinalando-se pela ignorância, descaramento e voracidade.

Outras denominações identificaram menos os advogados, propriamente ditos, do que certos indivíduos desempenhando funções especiais em uso no tribunal. Referimo-nos aos «leguleii», «formularii», «monitores», «moratores» e «cognitores».

«Leguleii» e «formularii» eram jurisconsultos de segunda ordem, ajudando os litigantes e mesmo os advogados jejunos em direito: apegavam-se ao estudo da letra da lei e das formas do processo. Define-os Cícero assim: «cautos e agudos, pregoeiros das ações, cantores de fórmulas, zoilos».

Estes «minores advocati» recrutavam-se igualmente dentre os advogados vencidos no Tribunal ou tendo recuado diante dos trabalhos exigidos pela oratória; eram os práticos, chamados «pragmatikói» pelos gregos.

O «monitor» era leguleio assistindo aos advogados nas audiências, sugerindo-lhes de improviso meios jurídicos ou respostas às questões apresentadas pelo adversário. Atuava sobretudo na altercação, espécie de defesa dialogada no tocante à discussão das provas e no decorrer da qual o advogado, pouco versado em direito, se expunha aos riscos mais graves.

No exercício dessas funções o «monitor» chamava-se, também, «ministrador» pois «ministrava armas aos litigantes» (Quintiliano). Às vezes o monitor figurava sozinho na altercação quando o advogado temesse comprometer-se nos debates; então, o primeiro podia ser mais útil à parte do que o segundo.

O «monitor» desempenhava, também, função análoga ao do ponto no teatro: colocava-se atrás do advogado com um caderno na mão e socorria aquele em seus lapsos de memória.

«Morator» (o que «retarda») era advogado de última categoria, tomando a palavra enquanto o advogado principal descansava e às vezes, também, para protelar a causa.

«Cognitor», finalmente, era espécie de mandatário substituindo a parte como autora ou ré: era o «dominus litis» praticando em seu próprio nome os atos processuais.

Diferia do «procurator», sobretudo enquanto este podia ser constituído sem formalidade especial e mesmo à revelia do adversário.

3. OS ADVOGADOS COMO ORDEM OU CORPORAÇÃO

Durante o período da República a profissão do advogado foi submetida a condições d'exercício, a impedimentos, a medidas disciplinares mostrando a existência senão já de ordem propriamente dita pelo menos a de alguma coisa com individualidade no seio do Estado. No tempo de Catão, o Antigo, a lei Cincia proíbe a cobrança de honorários; no tempo de Cícero a defesa por advogado é obrigatória mediante nomeação feita de ofício pelo magistrado: Augusto, Cláudio, Nero e Trajano confirmam, sucessivamente, ou modificam a lei Cincia. O tribunal dos centumviros admite que pleiteie perante ele, pela primeira vez, só o apresentado por pessoa ilustre. O caráter, todavia indicativo da existência de pessoa jurídica, só se torna evidente a partir de Alexandre Severo e seus sucessores.

Ulpiano informa-nos que ninguém pode postular sem autorização do magistrado, proibição implicando a existência de organização. Sob os imperadores Teodósio e Valentiniano, Marciano, Leão, Justino e Justiniano a corporação dos advogados é minuciosamente regulamentada. Chama-se «collegium», «ordo», «consortium», «corpus», «toga», «advocatio», «matricula».

Autorizados por permissão expressa ao exercício de seu ministério, os advogados eram inscritos num quadro por ordem de antiguidade; seu número era limitado; eram submetidos a exames e a período de estágio; gozavam de privilégio especial; podiam ser suspensos e interditados; junto a certas jurisdições superiores, finalmente, a profissão de advogado constituía verdadeiro monopólio.

● MULHERES ADVOGADAS

Nunca foi proibido às mulheres advogarem em causa própria, embora, segundo Plutarco, uma lei de Numa vedasse-lhes falar, mesmo das coisas mais graves, sem a presença dos maridos.

A história conserva a lembrança de Amésia Sentira, dama romana defendendo-se de acusação dirigida contra ela durante a República; sua defesa foi notável pelo método, nitidez e força, resultando em absolvição quase unânime; e como escondesse coração de homem sob traços femininos apelidaram-na, diz Valéria Máximo, de Andrógina.

Caia Afrania ou Carfania, mulher do senador Bucco adquiriu horrível fama, devido à sua paixão pela chicana. Demandista, Carfania defendia-se pessoalmente escandalizando o público, tanto pela injustiça das pretensões, quanto pela impudência das palavras. Seu nome ficou na linguagem corrente dos romanos para significar mulher despuorada e rabujenta. Morreu ela em 48 a.C., durante o consulado de César e Valério Máximo, cronista do tempo, acha preferível consignar a data do desaparecimento de semelhante monstro do que a de seu nascimento. Carfania, devido ao comportamento escandaloso, foi a causa ocasional da disposição do edito do pretor proibindo as mulheres de advogarem. O texto de Ulpiano, conservado no Digesto, é expressivo (D. 3,1,1,5): «A proibição provém do caso de Carfania, mulher muito descarada, a qual atuando sem pudor como advogada e importunando o magistrado deu causa ao edito».

Hortênsia, pelo contrário, filha do grande orador e advogado Hortênsio, deixou fama digna do pai: cinco anos depois da morte de Carfania apresentou-se ela em defesa das damas romanas atingidas por imposto excessivo. Seu discurso obteve retumbante êxito e a taxa foi consideravelmente reduzida. A proibição do edito já existia, mas Hortênsia falava em causa própria e o pretor só vedara às mulheres «postulare pro aliis».

Sob Domiciano mostra-nos Juvenal as mulheres suscitando processos, compondo memórias para os advogados e inscrevendo-se como acusadoras, embora sem pleitearem pessoalmente.

«Quase todos os processos se instauram a seus pedidos. Quando não esteja defendendo, Manilia acusa; o memorial é escrito por sua mão; seus libelos podem fornecer exórdio e defesa a Celso». (VI, 238-241).

4. O ADVOGADO EM AUDIÊNCIA

Toda a retórica e teatralidade características da profissão manifestam-se tipicamente nas audiências, sobretudo criminais, tanto em Roma, quanto hoje. Mesmo, porém, em assuntos cíveis não deixa de haver drama favorecido pela predominante oralidade do processo romano. Acompanhemos, pois, guiados pelos autores, o «advocatus romanus» atuando como defensor.

Desde o nascer do sol os clientes se postam no vestibulo da casa do profissional, acompanhando-o em cortejo em direção ao «Forum», sendo que os mais solícitos carregam-lhe as pastas contendo os processos.

As audiências mais importantes eram à tarde e o público, muito antes do início, já lotava o auditório, disposto circularmente de modo a Juizes e advogados abrirem caminho com dificuldade. Havia tribunas espaçosas ocupadas por homens e mulheres e via-se melhor do que se ouvia.

Nas questões criminais a sede curul do pretor colocava-se sobre um estrado elevado («tribunal») diante de haste («hasta») e gládio, símbolos do «imperium» e da força. Mais abaixo ficavam os assentos dos Juizes («subsellia») dispostos em semicírculo.

O acusado e seus defensores sentavam-se à esquerda do magistrado; os acusadores ocupavam o lado oposto.

Os assentos dos advogados chamavam-se também «subsellia».

O orador tomava lugar na barra do tribunal acompanhado de secretário e do jurisconsulto o qual dera parecer sobre o caso. A seu lado, sentavam-se, também, parentes e amigos da parte.

Nas questões cíveis, o juiz dava a palavra ao advogado e nas questões criminais fazia-o o porteiro ou o pretor mesmo quando presente. O advogado falava de pé não lhe sendo, entretanto, vedado falar sentado o que fazia nas questões menores ou perante juizes de ordem inferior.

Precisando fazer-se ouvir dum público numeroso, atingindo multidão impaciente, o orador habituara-se praticamente a gritar. Dessa forma, mesmo quando as audiências passaram a se realizar nas basílicas o hábito se conservou e segundo Quintiliano, certo advogado, falando numa sala, era ouvido e aplaudido em três salas vizinhas. A voz, por conseguinte, empostada e amplificada graças a penosos exercícios do orador substitua, até certo ponto, os modernos microfones.

Alguns advogados, por precaução, falavam assistidos por um ponto dando por isso motivo às zombarias dos colegas. A maioria, porém, falava de modo semi-improvisado, tendo à mão notas mais ou menos extensas consultadas quando necessário.

Falando, o orador caminhava às vezes pelo espaço livre entre a barra do tribunal e o assento dos Juizes. Quintiliano autorizava esta espécie de passeio («ambulatio») somente o tempo necessário para o causídico receber os aplausos do auditório. Cícero, entretanto, louvava Crasso por este nunca se ter afastado do lugar.

Certos advogados avançavam até aos pés dos Juizes e, não devendo dar-lhes as costas, afastavam-se, recuando, de frente para eles. Outros avançavam até ao banco da parte contrária o que motivou o pedido humorístico de Severo, reclamando uma grade entre ele e seu opositor.

A gesticulação, naturalmente, enquanto meio de se fazer compreender pelo público, era objeto d'estudo especial por parte dos oradores. Como, porém, a mímica especial era difícil não era raro verem-se oradores, mesmo de categoria, elevando os braços verticalmente, estendendo-os horizontalmente, em todo o comprimento ou mesmo movendo-os em todos os sentidos, com violência inquietante para os vizinhos.

Outros, agitavam a mão de cima para baixo e de baixo para cima, com os dedos abertos e a palma de lado, como para cortar alguma coisa; ou então lançavam-na para trás, à maneira de quem atira uma pedra por cima da cabeça ou ainda serviam-se dela para enxugar o rosto, esfregando-a aberta do queixo até à testa. Alguns estalavam os dedos, batiam no peito ou mugiam, levantando os olhos para o céu.

Bater no rosto e na coxa era gesto muito usado; Crasso era mestre em bater o pé no chão, tirando, por outro lado, grande partido do indicador direito.

Curião, pai, balançava-se falando, da direita para a esquerda e vice-versa como se obedecesse ao jogo dum navio e por isso um de seus ouvintes perguntou quem era aquele orador falando como se estivesse numa barca.

Hortênsio foi o orador mais notado pela perfeição do gesto, sendo nesse sentido verdadeiro artista, a ponto, escreve Valério Máximo, de não se poder saber se todos quantos acorriam às suas defesas preferissem antes vê-lo que ouvi-lo. Esopo e Rócio, os dois maiores atores da época, sentavam-se a seu lado, a fim de lhe estudarem a mímica.

Tribunal tão célebre não escapou, entretanto, às pequenas misérias, infalíveis nas defesas: quando a memória ou as idéias lhes faltavam viam-se os advogados tossirem ou fazerem as contorsões de pessoas sufocadas pelo catarro; outros enfureciam-se contra si próprios ao gaguejarem na pronúncia duma palavra. Curião, ao qual aludimos há pouco, pleiteando contra Cícero, esqueceu completamente o discurso, incapaz de pronunciar uma só frase. .

Quando fatigado, bebia o orador um copo d'água; aliás, podia, também, interromper a audiência para comer, costume sobrevivendo, ainda, ao tempo de Quintiliano, que aliás o reprova.

Durante a defesa o adversário distraía-se com os vizinhos, dava de ombros ou balançava a cabeça em sinal de desaprovação, tomava notas, escrevia bilhetes e mandava emissários às pessoas cuja presença considerasse útil. Às vezes, interrompia para pedir explicações ou responder a objeções; nesses momentos tratava o orador com familiaridade.

Este interrompia-se a si próprio para fazer ler documentos ou para dar aos Juizes tempo d'examiná-los; às vezes quem interrompia era o próprio Juiz.

Querendo manifestar aprovação o povo exclamava: «Bene! praeclare! belle! festive! non potest melius!».

Às vezes os Juizes misturavam suas felicitações às do público. Quando, porém, o advogado era fastidioso os presentes bocejavam, conversavam com os vizinhos, pediam a hora, passeavam pelo recinto e solicitavam mesmo ao presidente a suspensão da audiência.

A divisão dos discursos era rigorosamente observada, sobretudo por influência da filosofia grega: exórdio, narração, confirmação, refutação e peroração. Nesta o recurso do orador a elementos dramáticos chegava ao auge e todos os artificios se empregavam para comover os Juizes.

Um tomava nos braços a criança, passeando-a pelo tribunal; outro exhibia as chagas purulentas do cliente; este, vendo o acusador brandir gládio ensangüentado fugia, simulando espanto, para voltar com o rosto semioculto pela tofa e perguntando se o homicida tinha desaparecido; aquele exhibia ossos e roupas manchadas de sangue. Alguns penduravam sobre a estátua de Júpiter quadro representando as principais circunstâncias do crime.

Certo advogado pleiteava os direitos duma jovem e a parte contrária recusava-se a reconhecê-la como sua irmã. Na peroração o orador aproxima a cliente do irmão desnaturado e simula jogá-la nos braços deste, o qual, porém, abandonara furtivamente a sala, forçando o advogado a segurar o desastrado fardo. Outro, defendendo certa viúva, colocara atrás de si agentes encarregados de exhibir o retrato do defunto. Ignorando o momento da peroração os comprades erguiam a tela, sempre que os olhares do orador se voltavam para eles e isto já excitava a hilariedade do auditório; outra foi, porém, a impressão quando o retrato, inteiramente descoberto, mostrou ao público velho caquético e disforme.

Até aqui, o grotesco e cômico das encenações. Há, porém o autenticamente dramático. Uma das perorações mais célebres do fóro romano foi a de Antônio, defensor de Manio Aquilio, acusado de concussão. O velho magistrado, antigo cônsul, estava para ser condenado quando Antônio fê-lo erguer-se do banco, rasgou-lhe a túnica e mostrou aos assistentes atônitos as várias cicatrizes testemunhando os ferimentos sofridos pelo digno cidadão a serviço da república. Os Juizes, emocionados até às lágrimas, como o próprio advogado, não puderam resistir à força do sentimento e o acusado foi absolvido.

Graças a artifício do mesmo gênero Galba conseguiu escapar à condenação iminente: fez comparecer ao tribunal os próprios filhos declarando solenemente que antes de deixá-los queria entregá-los à tutela do povo romano.

Terminada a defesa, clientes e amigos do advogado rodeavam-no para cumprimentá-lo. Caso entusiasmado, o público o aclamava, embora tal modo ruidoso de aprovar fosse considerado inconveniente, sobretudo quando os debates não se realizassem em praça pública. O abuso começa a partir de Nero quando apareceram verdadeiros empresários de «Claques», recrutando gente humilde que mediante retribuição módica se dispunha a aplausos dirigidos por um chefe o «mesíchoros», colocado no centro da falange: abertas as portas os mercenários invadiam os lugares e a um sinal do chefe, começavam os murmúrios de aprovação, os ruídos com os pés, as aprovações

laudatórias, os gritos de admiração. Plínio, o Moço, relata e lamenta este estado de coisas, próprio dum período no qual a eloquência forense começa a decair.

O advogado Domicio Afer, bom orador do tempo de Nero e Cláudio, defendia certa ocasião perante o tribunal dos Centumviros quando ouviu clamores imoderados vindos de sala vizinha; parou e o silêncio se restabeleceu; retomando a palavra ouve novos clamores; nova interrupção seguida de novo silêncio, permitindo a Domicio continuar o discurso. Interrompido pela terceira vez, ele pergunta qual é o advogado pleiteando na outra sala. Respondem-lhe: é Licínio «Centumviros», exclama então Domicio, «a oratória acabou!»

Omitindo por falta de tempo outros assuntos passo à questão da:

5. MORALIDADE PROFISSIONAL DOS ADVOGADOS

Catão definiu o orador como «Vir bonus dicendi peritus», o homem honesto versado na arte de falar bem. E Quintiliano considera impossível seja alguém orador sem ser, ao mesmo tempo, homem de bem, pois, a oratória visa persuadir e convencer o auditório a respeito da superioridade da virtude. Tal conceito applica-se, sobretudo, ao advogado no sentido da oratória perfeita ser impossível sem a virtude.

Pois, como poderia o homem desonesto tratar convenientemente da Justiça? Em igualdade de condições de saber e talento, o orador honesto, diz Quintiliano, suplanta o desonesto.

A este raciocínio se pode objectar com o exemplo de Demóstenes, o qual não teve reputação de homem virtuoso lembrando-se, também, as severas críticas dos contemporâneos aos costumes de Cícero. E, na prática, os imperativos da acusação ou da defesa colocavam mesmo os grandes advogados romanos bem abaixo do ideal preconizado pelos dois escritores citados.

Tradição proveniente do patronato mandava o advogado pôr sua palavra a serviço só dos acusados: Cícero justifica-se enquanto acusador de Verres alegando que na verdade defendia os Sicilianos, expoliados pelo acusado. Segundo Cícero o advogado só uma vez na vida ou muito raramente deve aceitar o papel de acusador. E, no entanto, pregava: «Acusadores multos esse in civitate utile est ut metu continetur audacia.»

Ele mesmo acusou só duas vezes, enquanto Catão, o Antigo, apresentou grande número de acusações sendo por sua vez acusado mais de cinqüenta vezes. E os homens mais notáveis não temiam inscrever-se como acusadores quando julgassem necessário fazê-lo em defesa do interesse público. A acusação tornou-se imoral em Roma (como sucede em toda parte) quando inspirada pela inveja, por ódios particulares ou pela avidez: o próprio Catão teria cedido a esses sentimentos inferiores ao acusar Cipião, o Africano, o herói vencedor de

Aníbal e o irmão daquele, Lúcio Cipião. Durante o Império o principal móvel das acusações foi a cupidez e os acusadores enriqueceram à custa da fortuna dos condenados de modo ao nome de acusador tornar-se sinônimo de assassino.

As acusações deram origem a abuso tão freqüente quanto escandaloso a partir de certa época: a prevaricação, consistente em apresentar acusações fraudulentas para ocultar o verdadeiro culpado ou então em se deixar subornar pelo acusado durante o processo. Cícero imputou a Cecílio, antigo questor de Verres, o querer acusar ao governador corrupto a fim de preparar melhor a impunidade deste.

Os «subscriptores» ou acusadores adjuntos fiscalizavam o acusador titular; mas, as pessoas estranhas ao processo não consideravam suficiente tal garantia, pois também, os «subscriptores» eram subornáveis. Colocaram-se por isso, junto ao acusador vigilantes especiais («custodes») incumbidos de espionar todos os atos do primeiro, seguindo-o nas províncias por onde andasse em busca de provas, contando e verificando os documentos para certeza de que nada fora sonegado.

Nenhuma dessas providências, entretanto, pouco honrosas para o Tribunal, puderam impedir a corrupção e não impediram Clódio de vender seu silêncio a Catilina a quem o primeiro acusara de peculato.

Durante o Império a prevaricação adquiriu aspecto novo, abalando profundamente a moral pública. A maioria, com efeito, das acusações era exigida pelo príncipe, ou apresentada, a fim de captar-lhe os favores ou de lhe lisonjear os ressentimentos ou caprichos. Desapareceram, então, os conluios do acusador como o acusado para, a peso de ouro, subtraírem este último a condenação certa. Em compensação surgiu a prática inaudita do defensor aceitar suborno para abandonar o acusado!

«O príncipe» escreve Tácito, «chamando a si todo o poder legislativo e todas as magistraturas abriu a porta a esse banditismo e de tudo quanto se vendia publicamente em Roma nada se vendia com tanta abundância quanto a perfídia dos advogados». A venalidade dos advogados, tornada em certo sentido proverbial, constituiu fonte inesgotável na qual se abeberou a sátira dos poetas como Juvenal e Marcial.

A legislação de Justiniano persegue, ainda, (D. 47,15, «Da prevaricação», 1, pr. Ulpiano, livro 6 sobre o Editor do pretor), a prevaricação «Prevaricador é quem, fingindo interessar-se por um, trai, entretanto, sua causa, ajudando o adversário. Segundo Labeão o nome provém duma variedade de combates: pois quem os provoca prevarica ao favorecer a um mais que a outro.

§ 1º — Prevaricador, propriamente dito, é aquele que acusa alguém em juízo público. Aliás, o advogado não é, propriamente, prevaricador. Que será dele se tiver prevaricado em juízo público

ou privado, isto é, se tiver traído a causa? Costuma ser punido em processo extraordinário.»

Afastemo-nos, porém, dessas ignomínias e remontemos a épocas mais distantes, quando o tribunal tinha pelo menos algumas virtudes: durante toda a República não se conhecem casos de prevaricação. Só nos últimos tempos desse longo período começou o advogado a procurar no exercício da profissão o meio de enriquecimento rápido permanecendo, porém, sempre fiel aos interesses do cliente.

Em teoria o devotamento era levado a extremos. Cícero escreve: «se prometeste defender alguém e durante o processo um teu filho vai gravemente enfermo não faltarás, ausentando-te, aos deveres de tua profissão». Caio Aurélio Cotta, disputando com Hortêncio os favores do público, não era tão rigorista, dizendo: «Aceitando-se só as boas causas não se enche a casa de clientes!»

Eis o móvel mais poderoso da fidelidade chamada «fides patroni», a fé do advogado. Tal sentimento originava os mais escandalosos abusos. Apesar de dizer que o homem de bem só deve, em princípio, aceitar as causas justas, Quintiliano permite ao advogado dissimular a verdade em certos casos: quando, por exemplo, é mais útil para a sociedade absolver em vez de condenar ou quando ação boa em si mesma deva ser reprimida pelo juiz, caso não se consiga persuadi-lo de que a ação não foi praticada: assim, Cícero mandou executar sumariamente os cúmplices de Catilina praticando ação justa, mas ilegal, que lhe valeu, aliás, o exílio em consequência de acusação apresentada contra ele por Clódio, político romano dos mais corruptos.

A verdade real, em tais casos, é substituída, por verdade processual ou formal se quisermos; em outras palavras a ilegalidade às vezes deve ser defendida como justa em vista de fim social relevante, merecendo defesa a qualquer preço. Semelhante concepção foi sempre aceita na antigüidade como representando moralidade verdadeira.

Defendendo a verossimilhança como a verdade do advogado Cícero invoca a autoridade do filósofo estóico Panécio («De off.», II, 14). Na prática, entretanto, os advogados foram mais longe caindo como os sofistas da Atenas de Péricles em autêntico cepticismo.

Haveria processos mais justos do que os dos Siciliano contra Verres? Este, entretanto, era poderoso, rico e audacioso e Hortêncio não se pejou de praticar toda a sorte de manobras a fim de furtar o culpado ao castigo merecido. Tentou corromper, a peso de ouro, os deputados sicilianos; usou da autoridade adquirida a fim de afastar Cícero cuja energia e talento lhe causavam temor. Frustrada a tentativa Hortêncio procurou intimidar os juizes e recorreu a todos os meios protelatórios a fim de retardar os debates até a posse do novo pretor, mais favorável a seu cliente. Cícero precisou de toda a coragem, energia e tenacidade para vencer tais obstáculos.

Hortêncio fez ainda mais noutro processo: comprou os votos da maioria, chegando ao ponto de distribuir aos juizes subornados tá-

buíñas de voto de cor especial a fim de, após o julgamento, certificar-se do cumprimento do ajuste.

Ninguém se envergonhava de defender causas opostas: durante as Verrinas, Cícero profligara certo julgamento proferido contra uma parte sob a presidência de Júnio. A decisão, assinalada como produto monstruoso de fraude e corrupção, foi reabilitada pelo mesmo Cícero quando defendeu Cluêncio, seu cliente, acusado d'envenenamento. O causídico se gabou de ter obscurecido o caso tão bem a ponto de confundir inteiramente os juizes! Esta situação falsa do advogado romano dependeu em grande parte das instituições e das circunstâncias.

Em todos os governos populares, nos quais as magistraturas são eletivas, a ambição é sempre dominante nos tribunais: quando, no fórum, ecoavam as acusações de cabala, concussão e peculato dirigidas contra as personalidades mais poderosas da República não havia advogado eminente cuja conduta profissional não fosse determinada por considerações de candidatura pessoal.

Quando Cícero disputou o consulado Cecílio, tio de Ático, amigo íntimo do orador, pediu a Cícero o patrocínio em processo civil no qual se tratava de anular certa venda feita em fraude de credores; Cícero preferiu romper com Cecílio, incorrendo no desagrado por parte de Ático, a aceitar a causa; Satrio, o autor da fraude, votaria por ele e além disso era ligado a Domicio, coluna mestra de sua eleição; finalmente, o candidato precisava fazer novos amigos!

A moralidade dos advogados, tão comprometida em Roma não podia ser melhor nas províncias, invadidas por eles, em busca de fortuna rápida.

Vários historiadores dão testemunho dos implacáveis ódios suscitados pelos causídicos da metrópole, devido à sua voracidade e espírito de chicana: depois do massacre das legiões de Varo, os Germanos foram impiedosos. Vazaram os olhos de certos profissionais, decaparam as mãos de outros. Um deles teve a língua cortada e a boca costurada.

O autor da mutilação exclamou, depois «víbora, para afinal de sibilar!» O aviltamento chegou ao auge sob Calígula e seus sucessores. Não conseguindo o príncipe tender às despesas de seus prazeres e aos gastos destinados a manter a subserviência dos cortesãos, bem como a fidelidade das legiões e as aclamações da população, precisou de acusadores hábeis e escolheu-os dentre os advogados.

Os profissionais mais notáveis, «lucrosae et sanguinantis eloquentiae» prestaram-se ao abominável tráfico e graças a seu ministério, horrivelmente desviado de sua finalidade gloriosa, pereceram sob Cláudio trinta senadores, trezentos e quinze cavaleiros e multidão de simples cidadãos. A ciência dos jurisconsultos ilustrou o reino de Adriano e de alguns de seus sucessores; mas, a darmos crédito a

Amiano Marcelino, o aviltamento do tribunal nunca ultrapassou o da segunda metade do IV século.

Marcelino divide em quatro espécies os advogados nômades, cercando as casas dos ricos, atrás de todos os processos, mais solertes em farejá-los a fim de levá-los para seus canis, do que os cães de Sparta e Creta. O quadro sinistro apresentado pelo autor é exagerado. Aliás, ele foi obrigado a abandonar a cidade de Antioquia devido a conflitos com advogados. Marcelino escreveu sob Valentiniano e Valente e se os regulamentos baixados por esses imperadores sobre a profissão de advogado provam que eles se viram diante de abusos a reprimir resulta, igualmente, das disposições sobre a matéria, que ao tribunal da época não faltaram nem glória nem virtudes.

6. HONORÁRIOS DOS ADVOGADOS

Afirma-se, há séculos, a gratuidade da advocacia entre os antigos romanos, de modo à prática dos honorários introduzir-se muito depois de caída a República, o que fez a assistência do defensor perder o lustro, deixando de ser desinteressada. A advocacia teria degenerado, tornando-se profissão assalariada.

A opinião é errônea em muitos pontos, merecendo retificação. O ministério do advogado não parece ter sido gratuito nas primeiras épocas de Roma: basta recordarmos o patronato, instituição essencialmente aristocrática. O patrono era senhor de terras e dos poderes públicos. A seu redor agrupava-se primeiro a família natural e depois espécie de família civil, composta de homens cuja fraqueza fazia necessária a existência de proteção. Tais pessoas tornaram-se servidores, cultivando as terras; foram os «colentes», «clientis», «clientes».

Talvez, também, o poder sobre a terra e o político só tivessem, quando da fundação de Roma, sido concedidos à aristocracia em troca de proteção eficaz exercida em favor da classe subordinada. Seja como for, da aliança entre as classes nasceu verdadeiro contrato, cujas leis lhe determinaram os efeitos.

Ora, o primeiro dentre os direitos reconhecidos ao cliente era o de ser defendido em juízo pelo patrono. Tal assistência, porém, estava longe de ser gratuita e em troca desses serviços o cliente se submetia a encargos não tardando em tornar insuportável sua situação.

Os progressos, entretanto, do luxo e a emancipação dos espíritos mudaram os costumes sob o Império dos quais se formara o patronato e os vínculos dessa instituição, baseada em reciprocidade aparente se aprouxaram em consequência da abolição progressiva dos privilégios do patriciado de modo ao patrono não tardar em considerar-se livre de suas obrigações.

A assistência, até então fornecida a título de execução de contrato, passou a ser concedida em vista da conservação de prestígio e de espécie de supremacia honorífica.

O processo, por outro lado, vulgarizou-se sobretudo, vimô-lo, depois das XII Tábuas. Apareceram jurisconsultos plebeus e os antigos encontraram, na defesa de seus interesses, pessoas mais hábeis que as dos patronos. Daí o ministério do advogado («advocatus») termo evocando a idéia d'escolha e de chamado voluntário.

Despojado, assim, do direito exclusivo à assistência judiciária, considerado com razão como um de seus privilégios mais importantes; obrigado a tornar-se advogado ele próprio, aceitando as novas condições de exercício do ministério, o patrono, a princípio, não ousou reclamar salário proibido pela antiga instituição e além do mais humilhante para seu orgulho.

Surgiu, entretanto, entre patrono e cliente a convenção tácita pela qual o último faria ao primeiro um dom a título de remuneração. O jurisconsulto dos primeiros tempos podia dirigir o processo apresentando-se com o título de patrono, em troca dos serviços prestados não exigia salário algum, incompatível com sua qualidade; estipulava, porém, em seu proveito, presente honorífico.

Tal dom ou presente chamou-se, segundo as épocas «honorarium» (sobre o sentido do termo v. D. 11,6,1). «O pretor estabeleceu ação expositiva do fato contra os agrimensores, pelo interesse existente no sentido deles não enganarem em seus relatórios, quando nomeados pelas partes litigantes em ação demarcatória ou por um comprador ou vendedor querendo conhecer a área do imóvel vendido. O pretor foi levado a instituir esta ação pelo fato dos antigos não considerarem a profissão do agrimensor semelhante a mister cujos serviços se alugassem reputando-a, antes, serviço prestado por dever d'amizade de modo a merecer retribuição a título de recompensa chamada por isso honorário. E a tal ponto é assim que se reputa nula a ação de locação proposta contra o agrimensor».

«D. 19,2» Da ação direta e contrária de locação», 38,1 — Paulo, no livro único das «Regras». «Também os advogados não são obrigados a restituir os honorários recebidos se a ação deixou de ser proposta sem culpa deles».

D. 50.13 «Das matérias extraordinárias cujo conhecimento pertence aos presidentes de províncias, bem como das sentenças dos que julgaram mal» 10 — Ulpiano, livro 8 «Sobre todos os Tribunais» — (Dos honorários dos advogados).

Fala-se também em «xenium», «solatium», «merces», expressões todas implicando a idéia de oferta livre e espontânea. Apareceu, mais tarde, o termo «palmarium» indicando um dom de natureza especial oferecido a título de palma ao advogado vencedor.

Embora desde o IIIº século a.C. o patronato houvesse passado por transformações radicais, as leis de sua instituição permaneceram, pelo menos «pro forma» tendo havido esforços no sentido de preservar na defesa judicial seu caráter aparente de assistência gratuita. Tais esforços permaneceram, porém, infrutíferos pois, dum lado, o patrono não recebia mais do cliente os antigos serviços e, doutro lado, as transformações ocorridas na administração da justiça tinham alterado profundamente a natureza e a extensão das obrigações do advogado perante a parte litigante.

Vem aqui a propósito o exame da lei Cíncia.

No ano 205 a.C. o tribuno da plebe Marco Cíncio Alimento propôs uma lei que foi aprovada e da qual só conhecemos a rubrica: «De donis et muneribus». As doações remuneratórias chamavam-se «munera», donde remuneratória; as demais diziam-se «dona». Proibiria a lei Cíncia os dons e presentes de modo absoluto? Aplicar-se-ia, exclusivamente, aos advogados ou pelo contrário incluí-los-ia em medida geral. Destinar-se-ia tão só a proteger as partes indigentes?

Todas essas questões foram discutidas mas a solução é impossível. Eis a hipótese mais plausível a respeito da lei em seu conjunto: quando, a partir do fim das guerras púnicas, as riquezas se difundiram em Roma o costume de trocar presentes generalizou-se.

Vaidade e cupidez levaram o uso a tais excessos a ponto dos homens sensatos se inquietarem, pois famílias inteiras se arruinavam e os nobres abusavam a ponto de criarem verdadeiro imposto para os plebeus. A lei Cíncia teve por fim especial tentar coibir o abuso. Quando Cíncio apresentou seu projeto certo senador perguntou-lhe ironicamente: «Que pedes, caro Cíncio? «Peço», respondeu o tribuno «que você compre as coisas as quais deseje usar!».

A proibição aplicava-se aos funcionários públicos. Certo Basso, acusado de concussão, defendeu-se sustentando que tivesse apenas recebido presentes. Mas, a lei, escreve Plínio, defensor daquele, proíbe também receber presentes, «Munera quo que accipi vetat».

É também fora de dúvida que a lei visasse os advogados: a lei Cíncia, escreve Tácito, deveu sua origem aos abusos dos advogados.

Parece resultar das fontes fosse intuito do legislador proibir de modo absoluto que funcionários públicos ou pessoas agindo em caráter público recebessem presentes ou honorários em tal qualidade; dizemos isto pois, Cícero, pretendendo observar a lei rigorosamente informamos que se julgou autorizado a receber de certo amigo o dom duma biblioteca depois de ter submetido suas dúvidas a Cíncio, descendente do tribuno. Quanto aos advogados a proibição, segundo certos autores, só existia a favor dos clientes pobres, não se aplicando aos honorários exigidos de clientes ricos.

A distinção, porém, deve ser rejeitada. Eis, aliás, os termos prováveis de disposição relativa aos advogados: «Ne quis ob causam

orandum donum munusve accipiat». Neste particular, entretanto, a lei era anacrônica. Dirigida, contra (*) a «licença» dos advogados, como diz Tácito, ela poderia ter produzido bons resultados.

Incondicional, porém, nas proibições ela só foi respeitada por exíguo número de oradores interessados em ostentar generosidade proveitosa para si próprios. A assistência em juízo se tornara verdadeira profissão exigindo estudos especiais, trabalhos de todos os instantes e a maioria dos advogados continuou a receber remuneração.

A lei não conseguiu nem mesmo reprimir os abusos e em época de esplendor do tribunal romano viu-se Clódio e Curião fixarem seu ministério em porcentagem excessiva. É conhecida a observação sarcástica de Cícero sobre a esfinge de alto preço dada por Verres a Hortênsio, seu defensor.

Marco Licínio Crasso, cuja fortuna segundo Plínio, o Velho se elevava a 76 milhões de francos impunha pactos vergonhosos aos clientes; o próprio Cícero, embora não perdesse ocasião de se vangloriar de respeitador da lei Cíncia e cujos admiradores entusiastas o apontavam como exemplo de desprendimento, o próprio Cícero nem sempre observou os princípios professados.

Não devemos aceitar as acusações atribuídas a Salústio e segundo as quais ele seria advogado penal de mãos ávidas e gula insaciável; mas, existem boas razões de crer que a importância dum milhão de sertércios (duzentos mil francos) recebia por Cícero do ditador Sylla, então acusado, e destinada à compra duma casa, fosse, no todo ou em parte, o preço da assistência do orador; conforme se praticava então, freqüentemente, tal pagamento se dissimulava sob a forma de empréstimo clandestino.

Censurarem-lhe o falso empréstimo, denunciando-se-lhe antecipadamente a destinação. Cícero negou: «se eu comprar essa coisa aceitarei como verdadeira a acusação de ter recebido dinheiro de Sylla». E, de fato, do grande orador acabou comprando a casa; quando seus inimigos em pleno senado o acusaram de mentiroso ele respondeu: «Vós sois singulares personagens; não sabeis deva um bom pai de família ocultar sua intenção de comprar, a fim de evitar a concorrência?»

Como «homo novus» apresentou-se Cícero ao tribunal sem o prestígio do nascimento; o talento, porém, elevou-o logo ao primeiro plano. Notado por Sylla, encarregado de defender os interesses dos maiores personagens de Roma, posto em evidência pelas candidaturas, a demonstração de absoluto desinteresse poderia ser para ele uma especulação lucrativa: excitando a admiração do povo e o reconhecimento da clientela Cícero ganhava sufrágios, pondo assim a juro altos fadigas e trabalhos. Se, entretanto, na posição excepcional da

(*) ... os abusos dos honorários exagerados, contra. etc.

qual desfrutava, nem sempre se absteve, como parece provável, de receber honorários, não será evidente que advogados menores, exercendo em comparação com Cícero uma profissão sem futuro, cobrassem salários permitindo-lhes viver?

Se, portanto, pelo fato mesmo de existir, a lei Cíncia mostra não fosse gratuito o ministério do advogado por volta da metade do II século a.C. tal situação perdura, no século seguinte.

Tratemos, agora, do meio mais freqüentemente empregado para contornar a lei proibitiva, a saber, as liberalidades testamentárias. A lei proibia ao advogado aceitar presentes da parte mesma, porém não anulava os legados feitos pelo cliente a seu advogado. Os legados dessa espécie foram mesmo considerados honrosos quando não provenientes de fraude ou captação.

Por isso Cícero se vangloriava de ter recebido mais de 20 milhões de sertércios (4 milhões de francos, em legados. É evidente, entretanto, que quando feitas em favor de advogado, como testemunho de apreço e reconhecimento, tais deixas, na maioria dos casos, não passavam da remuneração póstuma de serviços prestados. Tornaram-se, aliás, uma das principais fontes das imensas fortunas precipitando a ruína da República pelo desenvolvimento excessivo das ambições individuais e por sua conseqüência natural, a corrupção.

Dentre os fatos escandalosos causados por esses legados, mesmo antes da desmoralização imperial, existe um, comprometendo altamente dois célebres advogados, contemporâneos de Cícero. Certo Minúcio Basílio, homem riquíssimo, falecera na Grécia e um falsário lhe atribuiu testamento no qual teve a habilidade de instituir Crasso e Hortênsio como herdeiros, cujo prestígio era então imenso; esperava, assim, garantir a execução do ato fraudulento no qual figurava, naturalmente, como legatário de soma importante; teve êxito, pois os instituídos herdeiros, embora jamais tivessem conhecido o pretenso testador, consentiram em aceitar o fruto de crime evidente.

Nos fins da República as exigências dos advogados não conheceram limites e o patrocínio degenerou em verdadeiro comércio. Augusto tentou refrear o triste estado de coisas: revigorou a lei Cíncia, fazendo o Senado decretar que o advogado contra o qual houvesse prova de ter recebido qualquer retribuição do cliente fosse condenado à restituição do quádruplo.

A medida era detestável pois, se em 154 a.C. não se compreendia que a instituição do patronato deixara de existir na realidade, tendo-se a assistência judiciária já transformado em profissão, merecendo salário honesto, pelo menos as formas republicanas da época permitiam ainda ao orador encontrar, na eleição para os cargos, a recompensa de seus esforços.

Dois séculos mais tarde, porém, quando a autoridade soberana se concentrava nas mãos do príncipe, o advogado viu-se privado de

perspectiva de remuneração legítima e recorreu à delação para viver e, assim, reforma tentada sem critério tornou-se fonte de nova corrupção.

A avidez, porém, dos advogados, contida um momento, tornou-se ainda mais audaciosa. Sob o reino de Cláudio certo cavaleiro romano, chamado Sâmio pagara 400 mil sertércios (80 mil francos) ao advogado Suilio, seu defensor.

Este último, corrompido por importância maior, aliou-se ao acusador do cliente, o qual desesperado suicidiu-se na casa mesmo do advogado! Indignado diante de tão odiosa prevaricação o Senado exigiu a aplicação da lei Cíncia contra o culpado. Diante do imperador sustentou Suilio a revogação da lei pelo desuso negando pudesse ela aplicar-se-lhe sem retroatividade. Combateu-lhe em seguida as disposições procurando provar que toda profissão deve proporcionar meios de subsistência a quem a exerça. Ora, o advogado deve viver do próprio talento, como da guerra o soldado e da terra o agricultor. Se existiam homens ricos, dando exemplo de despreendimento, era mais freqüente o caso doutros, menos favorecidos pela fortuna, auferindo pingues honorários de suas defesas. Privar, finalmente, o trabalho e o talento de remuneração justa era desencorajá-los e aniquilá-los. Impressionado com essas considerações deixou Cláudio de aplicar a lei Cíncia, limitando-se a exigir que no futuro os advogados não pudessem receber, sob pena de concussão, mais de dez mil sertércios (2.000 francos).

Segundo Tácito esse abrandamento eqüitativo, sancionando pela primeira vez a legitimidade dos honorários, fixando-lhes o máximo em porcentagem moderada, foi rejeitado por Nero, o qual logo no início de seu reinado teria revigorado a lei Cíncia; o anacronismo seria, porém, tão grande que Suetônio parece mais digno de crédito, segundo o qual Nero proibira aos advogados exigirem dos clientes quantia superior à fixada em senatusconsulto o qual obedecia critério moderado.

Tal regimento deve ter tido longa duração, feito, como foi, em época durante a qual os espíritos mais esclarecidos reconheciam a legitimidade dos honorários.

Escreve sobre o assunto Quintiliano: «Seria, por certo, mais digno não vender assistência, parecendo aviltada pelo simples fato de se lhe dar um preço. Se, porém, o advogado não encontra em seu patrimônio meios de subsistência deve-lhe ser permitido tolerar que se lhe reconheça a solicitude. Nessas condições o salário é não só eqüitativo, como, também, necessário e toda a dificuldade se resume em determinar quanto deva o advogado receber».

Segundo Quintiliano os honorários não devem exceder nem os recursos do cliente nem as necessidades de quem os recebe; em suma, convém considerá-los expressão da troca de serviços.

Os editos de Cláudio e Nero bastavam para conciliar interesses honestos, mas não puderam extirpar os abusos.

Criando, cada dia, necessidades novas, o luxo dava tal atrativo às riquezas a ponto de se aceitarem todos os meios de obtê-las. O escândalo chegou ao auge sob Domiciano, Nerva e Trajano: nessa época dois advogados, Marcello Éprio e Vibio Crispo acumularam, no exercício da profissão, a fortuna de trezentos milhões de sertércios (60 milhões de francos)! Marcial abunda em sarcasmos deixando entrever o grau de desconsideração ao qual baixou em seu tempo a profissão de advogado.

«Queres enriquecer?» pergunta ele: «faz-te advogado!» («Epigramas», II,30). «Se eu quisesse vender minha palavra aos acusados suplices, minha toga ficaria logo suja de dinheiro vindo de todo lado!» (Ibid. V,16).

A certo advogado, antigo padeiro, o poeta censura por ter exigido ao cliente 200 mil sertércios (40 mil francos); a outro o querer absorver, junto com o juiz, quantia superior ao valor da causa (Ibid., II,30 e 30). Segundo o poeta se quisermos ouvir o tinido do dinheiro devemos ir ao «Forum» (Ibid. I,17). Marcial oferece curiosa nomenclatura dos presentes recebidos pelos advogados, chamando-os, «saturday», e «natalicia». Eram barras de metal precioso, pano, tapetes, frutas, vinho, pedras preciosas, vasos, estátuas, roupas caras, etc. (IV,46; VII,53; X,87).

Sob Vespasiano, os clientes homenageavam seus advogados oferecendo-lhes o retrato destes últimos. Sobre a venalidade dos advogados, ver Horácio, «Satiras», II,5; Sêneca, «De Ira», II,7; Juvenal, VIII,V,68; Pérsio, III,63 e ss.

Trata-se, é certo, de epigramas; Plínio, entretanto, comprova, mediante fatos, serem eles o retrato fiel do «forum» da época. Eis caso descrito por nosso autor. (in «Cartas», V,4 e 14). Os habitantes de certa localidade italiana (talvez a atual Vicenza) reclamavam no Senado contra o senador Solers (Solerte) o qual pretendia instalar feiras nas terras daqueles e tinham escolhido Nominato como advogado. No dia marcado para o debate Nominato faltou e os clientes se queixaram de terem sido enganados por ele, depois de lhe terem adiantado a importância de 10 mil sertércios (2.000 francos). O pretor Nepos exigiu o comparecimento de Nominato à barra do Senado. O acusado apresentou-se e foi absolvido, graças a explicações apresentadas com muita habilidade mas foi obrigado a restituir tudo quanto recebera.

Nessa ocasião, porém, Nigrino, tribuno da plebe, leu memorial eloqüente e substancioso queixando-se da venalidade dos advogados, conluídos a peso de ouro com os adversários dos clientes, dos acordos fraudulentos feitos pelos causídicos entre si, de seu ardor em conseguir rendimentos enormes à custa dos cidadãos. Relembrou as anti-

gas leis sobre o assunto, citou os senatusconsultos e terminou exprimindo a esperança de que o príncipe empregasse os meios destinados a reprimir tamanhos abusos. Dias depois o imperador escreveu ao Senado, em termos severos, porém, moderados, incumbindo-o de tomar as medidas adequadas.

O Senado deliberou e baixou senatusconsulta pelo qual, entre outras disposições, ordenava a todos os litigantes, fosse qual fosse a natureza da causa, que mediante juramento afirmassem nada terem dado, prometido ou feito prometer fosse a quem fosse em razão do processo e antes de iniciado o mesmo. O Senado, proibía também qualquer negócio relativo à defesa, autorizando, entretanto, o advogado a receber até 10 mil sertiícios depois do julgamento definitivo da questão. Nepos fez conhecer mediante edito a firme resolução na qual se achava de zelar pelo cumprimento rigoroso do senatusconsulta. Pois bem, coisa estranha! O fato do magistrado foi geralmente reprovado, como se a recomendação do Senado, entregue a si mesma fosse letra morta; censurou-se-lhe a pretensão de inovar, de mostrar excesso de zelo e de se apresentar sem necessidade como reformador dos costumes públicos!

A época de Alexandre Severo foi de florescimento da ciência do direito e o estudo parecia ter apurado os costumes dos advogados, tornados jurisconsultos; o despreendimento que eles então revelaram grangeou-lhes a benevolência do príncipe, o qual concedeu remuneração condigna àqueles patrocinando gratuitamente.

Admitia-se, entretanto, pudessem os advogados, legitimamente, receber honorários até o máximo de cem moedas de ouro por questão tratada. (D. 50,13,1,12.Ulp.). Decidiu-se, mesmo, expressamente e mediante rescrito, não pudesse a parte repetir aos herdeiros do causídico as quantias a este adiantadas antes da defesa, como dele não tivesse dependido a circunstância da demanda não ser proposta. (D. «Locati», 38,1).

Decretava-se a nulidade de qualquer contrato de honorários feito antes da defesa. Excetuava-se o caso da soma prometida, acrescentada à paga adiantado, não exceder o máximo da taxa permitida (D. 50,h.t.1,12). Na falta de convenção os honorários eram fixados pelo magistrado, considerando-se a importância da causa, o talento do advogado («advocati facundiae») os usos do foro e o grau da instância (D. 50,13,h.t.10).

Rescrito de Constantino (de 326) manda riscar da ordem o advogado que, a título de honorários, recebe ou estipula somas excessivas ou parte determinada da coisa litigiosa («quotalicio» C. «De postulando», 5; *ibid.* «Mandati», 20). Constituição de Valentiniano e Valente (de 368) proíbe, de modo absoluto, qualquer contrato de honorários (C. «De postulando», 6,2) ordenando aos advogados que nada exijam além da soma a eles espontaneamente oferecida.

Dispõe, ainda, tenham os causídicos a faculdade de falarem quanto quiserem sob a condição de não abusarem em vista do aumento de salário (Ibid. §§ 4 e 5). A promessa de honorários, dissimulada sob a forma de reconhecimento de empréstimo, podia ser anulada até dois anos depois pela «exceptio non numeratae pecuniae». (Ibid. § 5). Honório e Teodósio assimilaram os honorários ao pecúlio castrense. Justiniano, ordenou fossem eles tributáveis com fundamento em declaração do cliente que os tivesse adiantado (C. «De Judiciis», cost. 13).

Do sobredito podemos concluir: em nenhum tempo, ao contrário do admitido pela opinião comum, o ministério do advogado foi puramente gratuito, pois, nos primeiros tempos de Roma, a assistência do patrono representou compensação, aliás insuficiente, dos serviços prestados pelo cliente; a lei Cíncia, pretendendo exigir do advogado completa renúncia dos mais legítimos interesses, cortando-lhe, por assim dizer as mãos, fora promulgada por ignorância dos verdadeiros caracteres do antigo patronato, do qual restavam então exíguos vestígios; ela nunca foi, aliás, executada rigorosamente como também não o foram os atos legislativos posteriores, tentando revigorar a lei, sem adaptações.

Não se pretende, entretanto, negar a existência de oradores cujos serviços fossem completamente gratuitos. Plínio informa-nos que se absteve de receber qualquer espécie de presente, mesmo a título de estnéia. O escritor se achava, porém, em situação excepcional: de família ilustre, educado por Quintiliano em vista de brilhante futuro, herdeiro do grande nome e da fortuna do tio, chamado a ocupar os mais altos cargos, favorito de Trajano, a advocacia não podia para ele ser profissão. Defendendo gratuitamente postulava a própria causa, pois trabalhava para a própria glória e o salário lhe comprometeria os interesses, em lugar de servi-los. Note-se, aliás, seu cuidado em informar-nos de que, dentre todos os advogados do tempo, era ele o único a compreender assim a própria missão.

Resumindo: durante os três primeiros séculos, desde a fundação de Roma, a profissão de advogado não existiu nem podia existir pois a defesa perante tribunais era «munus» público, imposto pelas instituições a certa classe de pessoas; durante esse período não se podia falar em honorários.

A profissão de advogado resultou da dissolução do patronato, da vulgarização das fórmulas e do desenvolvimento da ciência do direito. Dentre os homens freqüentando o tribunal, a partir dessa época, uns fizeram da atividade forense meio de exercício oratório e meio de obter posição, degrau para subir às magistraturas; outros abraçaram-na como profissão.

Os primeiros patrocinaram, às vezes, gratuitamente, por ambição; os segundos receberam a remuneração do próprio trabalho, sacrificando muitas vezes a honestidade ao desejo de fazer fortuna rápida. Por

isso, encarando a situação de modo parcial e isolado pode-se dizer, ao mesmo tempo, que a profissão de advogado existiu e não existiu na antiga Roma, que a advocacia foi e não foi gratuita. Cada uma dessas afirmações, verdadeira relativamente, é falsa em sentido absoluto.

7. PRINCIPAIS FIGURAS DE ADVOGADOS ROMANOS

Cícero, naturalmente, é o príncipe dos oradores romanos figurando, com Demóstenes, na galeria dos maiores retores da Antigüidade e de todos os tempos. Deixamô-lo de lado, neste momento, pois a envergadura de sua personalidade como orador exigiria estudo especial. O autor da monografia que vimos seguindo, Grellet-Dumazeau não o inclui por isso mesmo na lista dos 54 nomes arrolados, representando em Roma, a oratória forense em diversas épocas. Aliás, a bibliografia atual sobre Cícero em todas as línguas é imensa. Da série apresentada pelo autor francês escolhemos, exemplificativamente, alguns nomes, todos ou quase todos, aliás, citados por Cícero e Quintiliano.

Ei-los: 1. — Marco Pórcio Catão, morto em 149 a.C., cognominado o «Censor» pelo fato de se ter celebrado pela austeridade no exercício do cargo. Suas defesas, em número superior a cento e cinquenta e nenhuma das quais chegou até nós, referiam-se a assuntos políticos ligados às suas funções.

2. — Públio Cornélio Cipião Emiliano, o segundo africano, morto em 129 a.C. «Havia nele», diz Cícero, «alta eloquência, grande integridade, muito sentimento de honra e autoridade igual à do povo romano que recebia dele a sua própria».

3. — Tibério Graco, assassinado em 130 a.C. Filho de Cornélia; sua ação política representa enigma ainda não resolvido. Segundo Cícero ele deveu mais à voz sonora da mãe do que às suas lições. Foi grande orador.

4. — Caio Graco, irmão mais moço do precedente, assassinado, também, como o irmão durante sedição que provocara. Caio Graco foi questor e duas vezes tribuno da plebe.

Segundo Cícero sua eloquência era rica e abundante, o estilo elevado e imponente, o pensamento nobre e sólido.

4. — Caio Sulpício Galba, genro de Crasso, foi bom orador e jurisconsulto. Acusado de ter recebido dinheiro de Jugurta, defendeu-se a si mesmo sendo condenado por meros indícios. A peroração da defesa ficou célebre e segundo Cícero era aprendida de cor pelos jovens destinando-se ao tribunal.

5. — Quinto Lutácio Catulo. Foi cônsul junto com Mário e pereceu, em 87 a.C., por ordem deste. Cícero faz dele um dos interlo-

cutores de seu diálogo sobre os oradores («De Oratore») e diz: ele discursava com tamanho encanto a ponto de parecer o único a saber falar a língua dos romanos.

6. — Marco Antônio. Morto em 87 a.C. por ordem de Mário, depois de ter ocupado os mais altos cargos. Na opinião de Cícero, Antônio e Crasso foram os dois mais ilustres oradores do tribunal romano, os primeiros a elevarem a eloquência latina ao nível do gênio grego.

7. — Públio Sulpício. Rufo, morto em 88 a.C. por ordem de Mário. Cícero considera-o o orador romano, o mais pomposo e o mais trágico de todos quantos ouvira na juventude.

8. — Pompeu, o Grande, morto em 48 a.C., depois de vencido por César. «Meu coetâneo» diz Cícero, «Pompeu nascera para todas as coisas grandes e teria adquirido brilhante glória no tribunal se a ambição não o tivesse impellido para a glória ainda maior dos campos de batalha». O discurso de Pompeu era amplo, a voz era vibrante e a atitude sempre nobre.

9. — Caio-Júlio César. Dentre todos os contemporâneos, César talvez fosse o mais profundo conhecedor da língua latina: falava-a com tanta elegância quanto correção. A voz era forte e sonora, o gesto nobre e todos os movimentos do corpo cheios de majestade. Os principais caracteres da dicção de César eram nitidez, vigor, resolução e sagacidade.

«Se ele se tivesse consagrado exclusivamente ao Tribunal», escreve Quintiliano «nenhum outro nome haveria capaz de ombrear com Cícero». Este último, entretanto, parece ter tido idéia menos elevada de César, advogado, pois diz: «Passemos a César o qual devido à grandeza de seus objetivos e multiplicidade de interesses fez menos pela eloquência do que seria de esperar de seu gênio divino.»

O Direito Moral Após a Morte do Autor

Prof. Antônio Chaves

Ex-diretor e professor de Direito Civil da
Faculdade de Direito da USP

S U M A R I O

- 1 — Proteção da integridade das obras caídas em domínio público. Adaptações.
- 2 — Direitos morais que se transmitem aos herdeiros do Autor. A quem compete o seu exercício. O executor testamentário.
- 3 — Herdeiros até o segundo grau, cônjuge, legatários e cessionários.
- 4 — Organismos profissionais. Defesa pelo Estado.
- 5 — Obras derivadas das que caíram no domínio público.
- 6 — Conflitos de interesses morais.
- 7 — Necessidade de sanções.
- 8 — Discussão da matéria no âmbito internacional. A contribuição da UNESCO.

1. Proteção da integridade das obras caídas em domínio público. Adaptações.

O estudo da matéria revela duas tendências opostas: de um lado, a preocupação de manter intacta a obra original, evitando manipulações, mutilações e alterações que lhe deturpem a essência que empresários inescrupulosos não hesitariam em introduzir, dificultando seu controle, e, de outro, as necessidades imperiosas decorrentes da evolução dos tempos.

Lembra V. DOZORTSEV que a forma primitiva, autêntica e original não é sempre a melhor para promover uma ampla difusão dos bens culturais. A elevação dos níveis de cultura desenvolveu o gosto das obras clássicas, muitas das quais são procuradas sob uma forma mais simplificada e moderna: o respeito absoluto e incondicional da integridade das obras pode sob esse aspecto resultar prejudicial à sociedade.

Cumpra distinguir entre os utilizadores cuja atividade orienta-se no sentido da difusão dos bens culturais, dos que recorrem a meios prejudiciais ao patrimônio cultural para realizar proveitos. Medidas visando proteger a integridade das obras sobre as quais o direito de autor extinguiu-se ajudarão mesmo os primeiros a se defenderem contra a concorrência dos segundos.

«Se a intenção e o sistema de representação da obra são respeitados, conviria considerar como lícitas certas formas de intrusão na versão autêntica e original da obra, o acréscimo, por exemplo, de um prefácio ou de um posfácio, notas, ilustrações, etc., a tradução da obra numa outra língua, a utilização da obra sob uma forma condensada ou sob forma de extratos. São igualmente lícitas certas modificações da obra — adaptação, simplificação, tradução numa outra língua, incluída de uma língua antiga na língua moderna, transposição da obra num outro gênero (o fato, por exemplo, de levar um romance ao écran)

Por outro lado, parece que a percepção da obra será alterada se for permitido proceder a acréscimos, e em particular a modificações, isto é, a substituição de determinados elementos da obra por outros. E é absolutamente ilícito criar, a partir de uma obra clássica, uma obra inteiramente diferente do original pela intenção, o sistema diferente do original pela intenção, o sistema de representação, etc.

É portanto lícito o arranjo de seu remanejamento, mas não sua transformação, quando ela vem a criar uma obra total ou parcialmente nova. Certo, é possível criar uma obra nova independente utilizando alguns elementos de uma obra que não é mais protegida no quadro do direito de autor (assim como de uma obra que o é). Mas a obra nova deve ser nitidamente destacada da fonte de onde ela retira sua inspiração.

Além disso, é necessário que o arranjo seja claramente reconhecido quando do aproveitamento da obra para que se possa fazer imediatamente a distinção entre a obra original autêntica em toda a sua integridade e a obra arranjada.»

Preocupado em preservar a autenticidade das obras caídas em domínio público, o então Ministro de Estado da Educação e Cultura, JARBAS G. PASSARINHO, encaminhou ao Congresso Nacional projeto de lei, que tomou o nº 716 de 1972, propondo normas destinadas a preservar-lhes a fidelidade do texto, quando reeditadas.

Na Exposição de Motivos que o acompanhou, datada de 26-4-1972 (Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 15-6-1972, pág. 1.787, e Seção II, 12-8-1972, págs. 2.170/1), encarece:

«... os arts. 763 e 672 do Código Civil, ao estabelecerem, respectivamente, o registro na Biblioteca Nacional dos trabalhos literários editados ou reproduzidos por qualquer sistema de apreensão dos exemplares de obras publicadas fraudulentamente, deixam bem claro o propósito de proteger a propriedade intelectual. Ora, se cabe ao Poder Público defender o direito do autor, e a autenticidade do texto da

obra ainda sob o domínio particular, terá forçosamente, e com muita razão, de resguardar aquelas que vencendo o tempo se consagram pela permanência do interesse de uma geração após outra.

O que tem verificado o Ministério nesse campo é que essas obras, após sucessivas e quase sempre descuidadas edições, apresentam grande desfiguração, quando confrontadas com o trabalho original. Foi o caso, para exemplificar, do romance **Senhora**, de JOSÉ DE ALENCAR, que, em recente reapresentação, além de frases truncadas pela supressão dos objetivos característicos do estilo do autor, sofrera, nas citações dos personagens, a conversão do «mil réis» em centavos do cruzeiro novo.

A medida ora proposta visa, pois, a coibir abusos semelhantes, de modo a assegurar a preservação de nosso patrimônio cultural».

O projeto foi convertido na Lei nº 5.805, de 3-10-1972, que estabelece normas destinadas a preservar a autenticidade das obras literárias caídas em domínio público, determinando:

«Art. 1º — As editoras sediadas no território nacional são obrigadas a adotar os textos fixados ou que tenham a fixação reconhecida pelo Instituto Nacional do Livro, quando editarem obras da literatura brasileira caídas em domínio público.

Parágrafo Único — A fixação de um texto consiste no estabelecimento do texto original, após o cotejo de várias edições de uma obra.

Art. 2º — A edição de condensação, adaptações ou outras quaisquer formas de popularização dessas obras dependerá de assentimento prévio do Instituto Nacional do Livro.

Art. 3 — O Instituto Nacional do Livro publicará, periodicamente, no Diário Oficial da União, a relação dos textos fixados ou reconhecidos, promovendo, ao mesmo tempo, sua mais ampla divulgação.

Art. 4º — O Instituto Nacional do Livro fará arquivar, de modo a permitir aos interessados a consulta no local, os relatórios que contenham as justificativas filológicas da fixação de cada texto, bem como os exemplares autênticos dos textos reconhecidos.

Art. 5º — A autoridade policial competente, por solicitação do Instituto Nacional do Livro, apreenderá os exemplares das obras de que trata esta Lei, editadas em desacordo com os textos fixados ou reconhecidos».

2. Direitos morais que se transmitem aos herdeiros do autor. A quem compete o seu exercício. O executor testamentário.

Por morte do autor, — dispõe o § 1º do art. 25 da Lei nº 5.988, — transmitem-se aos seus herdeiros os direitos a que se referem os incisos I a IV do mesmo dispositivo, isto é, dentre os seis direitos morais que enumera, exclui apenas o de modificar a obra e o de retirá-la da circulação ou de lhe suspender qualquer forma de utilização já autorizada.

Uma legislação ciosa do patrimônio intelectual de seus jurisdicionados — encarece HENRI DESBOIS — deve proteger o direito moral post-mortem, de maneira a garantir a proteção das obras sem a vontade ou mesmo contra a vontade dos herdeiros ou cessionários. «Porque a personalidade do autor sobrevive através da obra que é a sua emanção. Para realizar a sua proteção é portanto necessário manter o direito moral e adaptá-lo à sua missão «póstuma».

Os atributos do direito moral de comunicação ao público, de arrependimento ou de modificação não podem, evidentemente, — acrescenta — sobreviver intactos ao autor, uma vez que implicam numa mudança de vontade que, somente o criador teria podido manifestar. Os que sobrevivem a ele não agirão jamais a não ser no sentido das suas intenções, como servidores, não como donos; não poderão tomar iniciativa de um retoque que teria por efeito violar, não executar as decisões do defunto.

As prerrogativas do direito moral, de respeito e de paternidade subsistem, ao contrário, depois da morte, a fim de garantir a preservação da obra contra tentativas de alteração, de má utilização ou de supressão no nome do autor.

Da mesma forma constitui dever dos sucessores proibir a comunicação ao público de inéditos de que o escritor entendia conservar o segredo, em particular das cartas e missivas que ele queria subtrair à publicidade.

A lei francesa de 11-03-1957 reconhece, art. 19, cabe depois da morte do autor, o exercício do direito de divulgação das obras póstumas, aos seus herdeiros, durante a vida dos mesmos, pelo ou pelos executores testamentários designados pelo autor. Em sua falta, ou após a sua morte, e salvo disposição contrária do autor, este direito é exercido na ordem seguinte: pelos descendentes, pelo cônjuge contra o qual não existe julgamento com força de coisa julgada de separação de corpos ou que não tenha contraído um novo casamento, por herdeiros outros além dos descendentes, que recolhem toda ou parte da sucessão e pelos legatários universais ou donatários da universalidade dos bens futuros.

Este direito pode exercer-se mesmo depois da expiração do direito exclusivo de aproveitamento determinado pelo art. 21.

Em caso de abuso notório no uso ou no de não uso do direito de divulgação por parte dos representantes do autor falecido considerados no artigo anterior, o tribunal civil pode determinar qualquer medida apropriada. O mesmo ocorre se houver conflito entre os referidos representantes, se não há titular de direito conhecido ou em caso de vaga ou de deserdação.

O Tribunal pode ser provocado especialmente pelo Ministro encarregado das artes e das letras (art. 20).

Mas é em geral ao período posterior à queda da obra no domínio público e ao desaparecimento dos herdeiros que se pensa quando se fala de proteção das obras do domínio público, considerando as obras primas da literatura.

3. Herdeiros até o segundo grau, cônjuge, legatários e cessionários.

Limita-se nossa LDA a fazer referência aos herdeiros do autor. Quais sejam esses herdeiros, não são simplesmente, os indicados pelo CC: descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, colaterais, Estados, Distrito Federal, União (art. 1603), só deferida ao cônjuge se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal, à falta de ascendentes ou descendentes (1611 caput) e colaterais até o 4º grau.

Essas regras têm que sofrer as adaptações decorrentes dos arts. 42 e segs. LDA, importando lembrar que o art. 47 só considera sucessores do autor seus herdeiros até o segundo grau na linha reta ou colateral, bem como o cônjuge, os legatários e cessionários.

Trata-se, bem de ver, de regras especiais, derogatórias em parte do direito sucessório comum, e de caráter imperativo.

Embora não se refira a nossa lei expressamente ao executor testamentário não resta dúvida ser este a pessoa mais indicada para o cumprimento das determinações do autor falecido, que, em vida, tem inteira liberdade de escolha, motivadamente ou não.

A ele deve ser equiparada qualquer pessoa a quem, por escrito, independentemente de qualquer formalidade, tenha o criador da obra dado a incumbência de velar por ela.

Incumbir-lhe-á, seguindo rigorosamente as instruções que lhe tiverem sido ministradas, divulgar as obras póstumas, exercendo pois o direito de decidir se o momento é oportuno para fazê-lo, procurando sempre seguir as intenções do defunto, expressas ou a seu ver presumidas, e estabelecendo as cláusulas inerentes a cada contrato.

«É evidente — consigna JEAN MATTHYSSENS — «que o legislador almejou fazer exercer o direito pelos que estavam mais próximos do pensamento do autor, em primeiro lugar, pelo executor testamentário por ele designado. Se um autor considera que seus descen-

dentes ou não têm afinidade com o seu pensamento e conseguintemente não estão qualificados para serem guardas de seus interesses espirituais, ou estão aproximados de seu pensamento mas não estão suficientemente armados para defender sua obra, tem toda faculdade para nomear um executor testamentário».

Trata-se de uma missão de fidelidade à memória do autor falecido, um dever, mais do que um direito. Recomenda porém que não considerem a obra como um santuário, proibindo sistematicamente qualquer mudança, mas que recusem as modificações que trairiam o próprio espírito da mesma.

«Este dever está ligado ao autor desaparecido e não aos interesses próprios dos herdeiros. Devem estes fazer abstração de suas opiniões políticas, religiosas, sociais, porque eles têm um dever de fidelidade à memória do defunto. Qualquer abuso no uso do direito seria não somente condenável no plano moral, mas objeto de sanção pelos tribunais. Constituiria também um abuso o não uso, na medida em que um herdeiro, mais preocupado em receber direitos do que velar pelos interesses espirituais do autor, aceitasse uma desfiguração da obra que ele deve servir. Este dever é de interesse geral, porque o público tem o direito de conhecer a obra tal como o autor a concedeu, a quis».

Considera inalienáveis e irrenunciáveis os direitos morais do autor o art. 28 da lei pátria.

A lei francesa consagra a perpetuidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade desse direito moral, estabelecendo que os herdeiros podem exercê-lo mesmo após a expiração do direito exclusivo de aproveitamento.

Estabelece o Delegado Geral da Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques oportuna distinção entre a caída da obra no domínio público enquanto existem herdeiros e a que ocorre depois do desaparecimento dos mesmos.

Na primeira hipótese, durante esse período, o direito moral será exercido no «estado puro»: não existe com efeito coexistência de um direito de autorizar ligado ao direito pecuniário e de um direito moral; o que existe é somente o direito moral. Qualquer obra pode, sem autorização dos herdeiros, ser comunicada ao público. Caso, porém, essa comunicação desnature a obra, poderão os herdeiros recorrer aos tribunais.

Anota que se a obra não caiu ainda no domínio público, os herdeiros preferem apoiar-se em seu direito de autorizar ou de proibir antes que sobre o direito moral: deixar que acabem as representações em curso, ainda que desnaturem a obra, mas recusar, em seguida, qualquer nova autorização.

CHARLES AUSSY cita julgados franceses no sentido de que, em falta de executor testamentário ou de legatário, a viúva ou dos herdeiros do autor são qualificados para velar pela reprodução fiel das suas obras.

Adita em seguida estarem todos de acordo em reconhecer à viúva e aos herdeiros a missão de proteger a obra contra qualquer alteração, e de exigir o respeito de sua assinatura, acrescentando ser para eles um dever e um culto para com a memória do autor desaparecido.

Pondera, ainda:

«O problema torna-se mais delicado quando estas mesmas pessoas, não se contentando em manter a obra intangível, pretendem, além disso, arrogar-se o direito de modificá-la ou mesmo de suprimi-la, sob o pretexto de que ela lhes pertence ou que eles têm idéias morais, intelectuais, políticas ou religiosas diferentes das do autor.»

Demonstra estar mal fundamentado semelhante ponto de vista, porque, de um lado, o direito de autor não constitui uma propriedade ordinária e porque, por outro lado, a ficção da continuação da pessoa do autor por seus herdeiros, admitida correntemente, aliás, sem necessidade, para a transmissão do patrimônio, é absolutamente injustificável do ponto de vista dos direitos morais:

«Tais direitos não são transmitidos aos herdeiros a não ser na medida em que eles têm por finalidade manter intacta a reputação do autor. Ora, este, enquanto vivo, foi o único juiz das suas opiniões e do valor artístico da sua obra. Em virtude da sua morte, ela adquiriu uma forma definitiva e pode-se afirmar que haveria profanação, por parte dos herdeiros não somente cessar a publicação, mas também em mudar o caráter e nela inserir especialmente doutrinas que, aos seus últimos momentos, o autor teria sempre reprovado. Agir por esta forma seria violar seu pensamento e levar o mal grave atentado à sua personalidade».

Exemplo a respeito da matéria é a disposição expressa do art. 24 da lei italiana.

4. Organismos profissionais. Defesa pelo Estado.

JEAN MATTHYSSENS aponta duas escolas no que diz respeito à defesa dos interesses espirituais: uma entendendo que na ausência dos herdeiros, impõe-se a liberdade. Mesmo entre os partidários desse ponto de vista, alguns entendem que pelo menos nas representações realizadas nos teatros oficiais deveriam as obras ser mostradas tais como o autor as concebeu.

Mas a maioria entende que, não havendo mais herdeiros, devem intervir os organismos profissionais, antes que as entidades públicas

ou o Estado. Na França, o Centro das Letras tem sido designado para velar pelo respeito da integridade ou da substância das obras, mas, na prática, não se interessou por esta missão de guarda do patrimônio literário francês.

«Assim», — conclui — «o direito moral não existe a não ser em seu princípio. Tem mesmo a primazia sobre o direito pecuniário e é o elemento essencial do direito de autor, mas não existe em seu exercício. Direito moral a direito pecuniário é um todo e é o direito de autor. Mas quando o direito de autor não pode ser exercido em sua totalidade, o elemento moral permanece teórico, mesmo se o legislador afirma a sua perpetuidade. É necessário fazê-lo viver para proteger nosso patrimônio cultural, tão ameaçado como os nossos monumentos históricos».

Atribui o § 2º do art. 25 da lei pátria ao Estado, que a exercerá através do Conselho Nacional de Direito Autoral, a defesa da integridade e genuinidade da obra caída em domínio público.

Diante do repúdio a qualquer forma de «autorização» por parte do Estado para o aproveitamento das obras caídas em domínio público, visto que unicamente o titular do direito é que poderá fazer concessões dessa natureza, inclusive no que diz respeito a eventuais adaptações e modificações da sua obra, com o falecimento deste, quem zelará pela sua preservação — conveniência, do ponto de vista individual, mas verdadeira necessidade social de preservar os tesouros literários, artísticos e científicos que nos foram legados pelas gerações passadas?

Somente um regime de proteção administrativa «a posteriori» poderá ser considerado, mesmo no que diz respeito às modificações a que sejam submetidas essas obras.

Eliminada a concessão estatal, terão então os interessados ampla liberdade de ação, incorrendo porém nos riscos decorrentes de eventuais abusos, ao introduzirem modificações atentatórias ao «espírito» da obra caída no domínio comum.

O art. 120 da lei colombiana de 28-01-1982 inclui entre as atribuições das associações de autores, «velar pela salvaguarda da tradição intelectual e artística nacional.»

É uma belíssima frase — ressalta ARCADIO PLAZAS — de um conteúdo transcendente, que talvez possa responder como função essencial não só a essas associações, como a muitas outras instituições públicas e privadas, vinculadas a tão altos ideais.

«Mas, chegando um pouco mais à realidade da lei e dos direitos que nela se consagram, preferiria que nesse item se atribuísse às mencionadas associações ou sociedades a função essencial de salvaguardar os direitos morais dos autores e dos artistas intérpretes e executantes cujas obras tenham caído no domínio público ou que por descuido da-

queles se utilizam, com tanta freqüência, para fins comerciais e publicitários de pouca importância sem mencionar o nome de seus autores ou o título das obras modificando-as caprichosamente em forma que prejudica o prestígio dos autores.»

Entre nós, o produto domínio público remunerado era administrado pelo CNDA, através do Fundo de Direito Autoral-FDA.

Revogados, no entanto, o art. 93 e o item I do art. 120 LDA relativos à utilização das obras caídas no domínio público, a quem compete semelhante fiscalização, no caso do desinteresse ou da ausência de iniciativa dos herdeiros diretos? Ninguém melhor do que o próprio Estado, no caso através do CNDA poderia ter atribuições nesse sentido.

A Lei 5.805 deu ao Instituto Nacional do Livro competência para dar seu «assentimento prévio» à edição de condensação, adaptações ou outras quaisquer formas de popularização de obras da literatura brasileira caídas em domínio público.

Mas não há razão que justifique ficarem tais medidas de proteção limitadas às obras impressas, e, muito menos, exclusivamente às nacionais.

Ao atribuir ao próprio Estado, através do Conselho Nacional de Direito Autoral, competência para a defesa da integridade e genuidade da obra caída em domínio público (art. 25, § 2º), a Lei 5.988 deu um passo diante.

5. Obras derivadas das que caíram no domínio público.

Problema dos mais delicados é o das obras derivadas daquelas que caíram no domínio público.

Pretender que estas sejam conservadas sempre em sua forma originária, reeditando-as ou dando-lhes qualquer forma de comunicação tal qual forma concebidas decorridos às vezes muitos séculos, apresenta um interesse limitado ao estreito círculo de uma elite de estudiosos: seriam ininteligíveis ou indigestas para o público em geral, que tem até aversão pelo termo de obras «clássicas».

Não admitir que sofram qualquer forma de modernização, mediante adaptações ou condensações, às vezes com eliminação de largas descrições ou digressões, ou mesmo de fatos ou episódios que podem ser dispensados, seria privar a coletividade do conhecimento de elaborações que no entanto constituem a própria essência do patrimônio cultural da humanidade.

Como conciliar esse interesse na divulgação com o da preservação dos caracteres essenciais dessas obras-primas?

V. DOZORTSEV enumera os múltiplos fatores que contribuem para essa situação: elevação do nível de cultura da população, preparação insuficiente de amplas camadas a se apropriarem destas fontes em seu aspecto original: tendência a explorar esse interesse pelos clássicos a fim de promover obras ou produtos neles inspirados; inclinação dos empresários para utilizar esse interesse para fins comerciais e lucrativos, tanto mais que com menores despesas quando não protegidas pelo direito de autor; desenvolvimento dos diversos meios técnicos de reprodução, fenômeno particularmente manifestado nos casos de obras musicais.

«A difusão de obras que não são mais protegidas, sob uma forma não original, tomou tal amplitude que risca de fazer esquecer ao público a obra original autêntica. Ela coloca em perigo igualmente um patrimônio intelectual de mais alta importância que constitui a base da cultura nacional. Esta situação levantou sérias preocupações não somente no plano nacional, mas em escala internacional. O problema naturalmente chamou a atenção da UNESCO, cujos fins fundamentais, nos termos do art. 1º de seu Ato constitutivo, é de velar «pela conservação e pela proteção do patrimônio universal de livros, de obras de arte e de outros monumentos de interesse histórico ou científico».

Evoca as várias iniciativas que a UNESCO tomou objetivando estudos sobre o respeito à integridade das obras pertencentes ao domínio público e focaliza a matéria sob o ponto de vista do interesse dos **consumidores**, como tais entendidas as pessoas que se encarregam da reprodução e da difusão das obras — editores e produtores de fonogramas e de videogramas.

Sustenta — tese com a qual não concordamos — não haver razão para considerar essa proteção como parcela do direito de autor e propõe — tarefa que consideramos impossível de realizar satisfatoriamente — «selecionar as obras que façam parte do patrimônio cultural, do tesouro da cultura nacional, apresentando um interesse para a coletividade», a fim de submeter sua integridade a um controle especial.

A única solução possível, a nosso ver, é transigir com as exigências inicialmente indicadas, reconhecendo, com o professor do Instituto de Pesquisa da URSS sobre a legislação soviética, que a utilidade da proteção à integridade dessas obras pode ser avaliadas de diferentes pontos de vista.

O interesse do utilizador é satisfazer às exigências sociais, que depende de diversos fatores, mas sobre a formação da qual ele exerce uma influência certa. «Uma ampla difusão dos bens culturais reproduzidos pelo utilizador é uma condição indispensável da eficácia da empresa comercial, isto é, do interesse que é o motor da sua atividade. A esse respeito, os interesses da sociedade coincidem com os dos utili-

zadores igualmente interessados na conservação do patrimônio cultural, em sua difusão em sua assimilação pela consciência popular.»

O ponto fundamental da exposição do especialista é o que diz respeito ao conteúdo totalmente diferente que apresenta a integridade da obra que deixou de beneficiar da proteção do direito de autor daquela que a caracteriza nesse quadro.

«A proteção responde aqui a um outro cuidado, o de transmitir à coletividade a herança cultural das gerações anteriores.

Diferentemente da regra aplicável no quadro do direito de autor, conviria estabelecer o princípio da liceidade da exploração, sob uma forma modificada, das obras que não são mais protegidas pelo direito de autor. Todavia, estas modificações devem satisfazer a uma condição geral: a preservação da integridade da obra exige a da intenção, do sistema de representação e dos outros meios artísticos com a ajuda dos quais esta intenção deve e fazer sentir, porque é necessário, em princípio, que a obra modificada seja percebida exatamente como a obra original».

Realça, finalmente, a importância de formular com precisão os critérios aos quais devem satisfazer, para serem lícitos, os afastamentos com relação à obra autêntica.

Qual será, entre nós, a autoridade competente para pronunciar-se a respeito de tão delicada matéria?

Não se pode ser outra senão o CNDA, órgão não só de fiscalização, como de «consulta e assistência», art. 116 LDA.

Dentro dessas atribuições de consulta poderia mesmo — uma vez que já funciona como árbitro em questões que versem sobre direitos autorais nos casos especificados no item V do art. 117, ser consultado pelos interessados antes de procederem as dispendiosas formas de divulgação de obras adaptadas, não se confundindo, entretanto, a resposta a essas consultas com a execrada «autorização» revogada do art. 93.

Responderá cada qual pelos excessos e abusos que venha a cometer, violando o direito moral das obras caídas em domínio público.

Tanto Victor Lima Barreto como Carlos Alberto de Souza Barros, pretendendo adaptar para o cinema o romance **Inocência**, de Alfredo D'Escagnolle Taunay (Visconde de Taunay) solicitaram o devido registro à Embrafilme.

Esta encaminhou consulta ao CNDA para saber a quem caberiam os direitos autorais da adaptação para o cinema, e se poderia haver dois roteiros de autores diferentes para a mesma obra.

A decisão coube à 1ª Câmara do CNDA, que em agosto de 1980 firmou o ponto de vista de que:

«em se tratando de adaptação de obra caída em domínio público, a obra derivada (o roteiro cinematográfico) pode ser elaborada independentemente, de autorização de quem quer que seja. Contudo, a sua utilização dependerá de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral».

Assim, por se tratar de obra caída em domínio comum, sua adaptação pode ser feita livremente e os roteiros registrados na Embrafilme, mas a utilização de qualquer deles dependerá, sempre de autorização do CNDA, posto que, no Brasil, em face da Lei nº 5.988/73, o domínio público está sob o controle desse órgão. Quando não se tratar de adaptação o produto oriundo do Direito Autoral se destina ao Fundo de Direito Autoral. Na adaptação cinematográfica, porém, o direito de autor incide sobre o roteiro que for aproveitado. Aliás, no caso de «Inocência», além dos roteiros de Victor Lima Barreto e de Carlos Alberto de Souza Barros, há um terceiro que, entretanto, não foi objeto da consulta da Embrafilme.

6. Conflitos de Interesses Morais.

Nem sempre aquela presunção de que os herdeiros e sucessores do autor sejam as pessoas mais indicadas para velar pelo resguardo da integridade e genuidade da obra resulta verdadeiro.

São bastante numerosos os casos em que não manifestam a necessária isenção de ânimo, ou superioridade intelectual indispensável para dar fiel cumprimento às intenções do criador da obra, não faltando mesmo os que vejam aí uma oportunidade para dar vazão a sentimentos de hostilidade, de desrespeito, ou simplesmente concedam primazia às suas preferências, nem sempre em harmonia com a intenção do falecido.

Encarece a propósito HENRI DESBOIS; à pág. 646 de sua obra que uma legislação ciosa do patrimônio intelectual dos seus jurisdicionados deve proteger o direito moral **post-mortem**, de maneira a garantir a proteção das obras **sem a vontade ou mesmo contra a vontade dos herdeiros ou cessionários**. «Porque a personalidade de autor sobrevive através da obra que é a sua emanção. Para realizar a sua proteção é portanto necessário manter o direito moral e adaptá-lo à sua missão «póstuma».

Permite, por isso, o art. 20 da lei francesa chamar ao cumprimento de seus deveres os titulares infieis. O Tribunal pode tomar «qualquer medida apropriada», isto é, ordenar a publicação que o autor tinha determinado fosse efetuada após sua morte, por termo a que ele havia proibido, opor-se às iniciativas que desnaturam a obra e, nos casos desesperados, retirar dos maus guardas a missão que lhes havia sido confiada.

As dificuldades que tão freqüentemente ocorrem em matéria de partilha dos bens materiais são muito maiores e mais delicadas de resolver quando surgem conflitos relativos ao direito moral de autor.

Serão, por prioridade, — observa ROBERT PLAISANT — executores testamentários os que dispõem do direito de divulgar a obra sem poder se apropriar do respectivo produto. Caso o autor não tenha regulamentado, por meio de testamento, as relações entre o direito moral e o direito pecuniário, não parece indispensável que as decisões tomadas pelos executores testamentários, quanto a publicação da obra, sejam aprovadas pelos herdeiros, investidos dos direitos pecuniários, salvo, em hipótese de desacordo, decisão dos tribunais.

Os direitos pecuniários, simples elementos do patrimônio, são submetidos às regras do direito comum, nada impedindo que sendo vários os herdeiros, os partilhem como bem entenderem.

Entre nós, muita gente se incomoda com a letra, nada mais nada menos, do Hino Nacional. É o «deitado eternamente» que causa vexame.

Foi proposto substituí-lo por «firmado». Será que ficar firmado num berço, por esplêndido seja, — eternamente — será o ideal de um povo?

Mas o que interessa não é a solução lingüística ou métrica e sim a jurídica.

Analisando os dispositivos legais pertinentes sustenta **J. PEREIRA o HINO E O DIREITO DO AUTOR**, o Estado de São Paulo de 13-12-1981 que não pode ser feita a alteração dos versos de Osório Duque de Estrada sem o consentimento dos herdeiros, não só do autor dos versos, como da própria música, visto que também os de Francisco Manuel da Silva tem sobre a composição o direito moral que faz com que a obra permaneça ligada aos seus autores perpetuamente, e mantida a sua integridade.

Sem essa permissão, não poderia o Estado proceder a quaisquer modificações, inclusive a **redução** dos versos, como também já se propôs com alguma procedência.

Mas a verdade é que nem mesmo com a concordância de todos os herdeiros poderá ser legalmente modificada a letra do Hino Nacional.

A questão do consentimento dos herdeiros ou legatários em modificar a obra, — acentua ROBERT PLAISANT — é das mais delicadas. Se, de um lado, não existe uma disposição legal recusando-lhes esse direito, de outro lado, autorizá-los a modificar ou fazer modificar a obra é chocante, em razão da contradição evidente que opõe esta faculdade ao caráter pessoal da obra, sobre a qual se funda todo o direito de autor.

Considera necessário recusar aos herdeiros o direito de modificar, ou de permitir que se modifique a obra como ela se materializa num objeto corporal: pintura, escultura; o caráter estritamente pessoal da criação justifica esta solução. Quanto ao mais, julga necessário reconhecer aos herdeiros unânimes o direito de autorizar qualquer reprodução, representação, adaptação, comportando modificações da obra, por mais profundas que sejam.

MICHAËLIDES-NOUAROS, sustenta que, além de aos cônjuges e descendentes, deve-se reconhecer a proteção do direito moral do autor falecido às organizações profissionais, que poderiam agir para a salvaguarda do direito moral no caso de negligência daqueles: elas poderiam mesmo verificar a maneira pela qual os herdeiros exercem o direito moral e opor-se a atos que constituam um descumprimento grave dos seus deveres.

«Depois da queda da obra no domínio público, somente as organizações profissionais são as melhores qualificadas para se encarregarem da defesa da integridade das obras; mas para esta finalidade elas deveriam organizar um serviço especial, que, em vista de sua utilidade social, teria direito ao apoio financeiro do Estado para preencher com êxito a sua missão».

Com relação às obras caídas em domínio público atribui o § 2º ao Estado, através do CNDA a defesa da integridade e genuidade da obra.

Parece lógica a solução, visto que o art. 180 da Constituição Federal reconhece seu dever do Estado o amparo à cultura.

Uma vez que pelo seu parágrafo único ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas, nada mais razoável que tal proteção alcance as obras e documentos de valor histórico não apenas sob o seu aspecto material, físico, mas também no que diz respeito ao seu conteúdo, pondo-as a salvo de manipulações inescrupulosas, uma vez cessada a vigilância do autor ou de seus familiares mais próximos.

7. Necessidades de Sanções

Como encarece JEAN VILBOIS, o domínio público remunerado, estando exposto a perigos em razão do seu próprio princípio — a liberdade de utilização das obras —, é necessário colocá-lo em boa ordem, a fim de que o pagamento da retribuição não fique eludido.

«Durante o período de direito exclusivo, o direito de autor fica sujeito a numerosas violações que uma fiscalização vigilante nem sempre consegue evitar. Durante o período do domínio público remunerado esta verificação deverá ser

reforçada e as fraudes não serão previamente desencorajadas a não ser pelo estabelecimento de uma rede de sanções fáceis, enérgicas e eficazes. Deverão elas ser de duas ordens: preventivas e repressivas.

A proteção preventiva deve dispensar, se for bem organizada, recorrer à repressão, salvo em casos muito raros. Praticada na Itália, na Noruega, na Dinamarca e no Brasil, ela tem sido reclamada por agrupamentos de autores: sem ela, a proteção do direito de autor permanecerá sempre ilusória. Deveria ser admitida de uma maneira geral na lei: sua introdução na parte relativa ao domínio público remunerado prepararia talvez a adoção ulterior para todas as obras. É necessário, portanto, não hesitar em fazer a experiência se se apresentar a ocasião».

Lembrando que a proteção penal da paternidade intelectual, da identificação pelo título e da integridade das obras intelectuais do domínio privado não somente está prevista em atenção ao interesse privado e na instância privada, mas também em benefício dos valores coletivos, considera CARLOS MOUCHET que deveriam estender-se expressamente ao uso ilícito de obras em domínio público as sanções penais estabelecidas pelas hipóteses previstas na legislação comum.

8. Discussão da matéria no âmbito internacional. A contribuição da UNESCO.

No âmbito internacional a preocupação não é menor, como demonstra o fato de terem-se reunido, de 18 a 21-9-1979, os representantes de nove organizações internacionais não governamentais em Paris, na sede da UNESCO, num grupo de trabalho para examinar o direito ao respeito e à integridade das obras pertencentes ao domínio público.

«Reconhecendo que a noção de domínio público, eminentemente contingente e fluida», — consigna a *Revue Internationale du Droit d' Auteur* (nº 103, de janeiro de 1980, pág. 190) — implicava a possibilidade de utilizar uma obra do espírito sem autorização prévia e sem pagamento de retribuição, considerou o Grupo que não era menos indispensável garantir a salvaguarda dos interesses culturais do público e evitar que um prejuízo fosse causado à liberdade da obra original.

Considerando, nesse contexto, que a preservação das obras do espírito contra a destruição, bem como contra qualquer deformação que prejudicaria sua identidade como componente do patrimônio cultural das nações, deveria ser garantida, o Grupo de Trabalho foi unânime em considerar que duas categorias de medidas seriam de natureza a assegurar

a preservação das obras do espírito, a salvaguarda dos interesses do público e a prevenção dos usos abusivos, a saber:

- I — a adoção de disposições apropriadas, legislativas, regulamentadoras ou de qualquer natureza;
- II — a designação de uma autoridade qualificada (pessoa física ou moral de direito privado ou de direito público) para agir a respeito».

Dando continuidade ao seu trabalho, a seção de direito de autor da UNESCO dirigiu, em data de 23-09-1980 aos seus membros uma carta circular, que lhes submetia um questionário, solicitando informações. Obteve 46 respostas, que foram objeto de estudo por parte de um comitê de peritos não governamentais, que se reuniu em Genebra de 26 a 30-04-1982.

Com base nessas informações, foram formuladas, nos dias 9 a 15-12-1982 «Observações» pelos peritos governamentais que se reuniram novamente, em comitê, de 17 a 21-01-1983.

A representante do Brasil, Segundo-Secretário ALMERINDA AUGUSTA DE FREITAS CARVALHO apresentou minucioso relatório.

Dentre as opiniões expressas pela maioria dos membros do Comitê, destaca:

- a necessidade de que se estabeleça uma **legislação internacional** destinada à proteção das obras caídas em domínio público, o que foi contestado apenas pelas delegações do Reino Unido, da Áustria e dos países baixos;
- a **totalidade** das obras caídas em domínio público deveria ser protegida por normas nacionais e internacionais, uma vez que uma seleção de obras a serem protegidas — por um comitê nacional ou internacional — acarretaria dificuldades como:
 - a determinação de um critério para seleção;
 - a emissão de juízo de valor sobre obras consagradas;
 - . a necessidade que sejam levadas em consideração obras que são «redescobertas» pelo público;
 - . o desconhecimento de obras de importância local e/ou regional.

Em alguns países, tal como a Finlândia, o Poder Público pode selecionar obras que, por seu interesse e valor cultural, devem ser objeto de especial proteção.

«Uma **recomendação** aos Estados-Membros, e, portanto, de cunho apenas indicativo, seria o instrumento adequado à formalização das normas internacionais destinadas à proteção das obras em apreço.»

A este respeito foi aventada a hipótese de que se deveria ter como objetivo final dos trabalhos a assinatura de uma convenção. O Secretariado, consultado sobre a conveniência do instrumento, referiu-se à definição do Conselheiro Jurídico das Nações Unidas, pela «qual a Convenção é um instrumento formal e solene que se justifica em raras ocasiões, quando são enunciados princípios de grande importância e de valor durável», o que foi considerado demasiado formal, não correspondendo à flexibilidade requerida por matéria tão complexa.

«A expiração do prazo de proteção ao direito de autor e, portanto, o fato de que as obras do espírito caiam no domínio público, não deve ser considerado como licença para que as obras sejam **desfiguradas.**»

Nesse sentido analisa três aspectos da questão:

- 1 — com referência ao autor: preservação da paternidade da obra e de sua integridade, os «condensados», adaptações ou quaisquer outros tipos de modificação do original, deverão ser claramente indicados ao público;
- 2 — com relação ao público: preservação de seus direitos de livre acesso à informação e, sobretudo, à informação correta;
- 3 — sobre as futuras gerações: no sentido de que lhes seja resguardado o acesso a obras não deturpadas e que, através da mensagem cultural autêntica dos autores do passado, o patrimônio mundial seja protegido.

«A proteção dos bens de domínio público pode ser baseada na noção de «direito moral» dos autores, aos quais são geralmente atribuídas, pelo menos, duas prerrogativas: a paternidade da obra e o respeito à sua integridade. Esta postura foi considerada apropriada porque a noção de direito moral é reconhecida, nas legislações relativas a direitos autorais, na maioria dos Estados-Membros, sobretudo os que seguem a tradição do direito romano. A perpetuidade dos direitos morais do autor é outra característica desta corrente.

Já no contexto dos países que se baseiam no direito anglo-saxão, geralmente predomina a noção de que os direitos morais do autor têm a mesma duração da proteção pecuniária que é assegurada a seus herdeiros (de 25 a 50 anos após a morte do autor). Há, ainda, países em cuja

legislação não aparece a figura jurídica do «direito moral». Nestes países podem ser aplicadas regras com regras como se referem ao direito de responsabilidade civil, à teoria geral do abuso do direito, à «equity», ao direito dos consumidores, à da preservação dos monumentos etc.»

«Cabe aos legisladores nacionais instituir uma proteção adequada das obras de domínio público, a nível nacional, baseando-se nas leis, costumes e tradições de cada Estado. A Cooperação entre os Estados-Membros sobre a proteção das obras de domínio público foi também considerada importante e necessária pelos membros do Comitê.»

As delegações do Reino Unido, Áustria e Países baixos, apesar de terem compartilhado da preocupação geral quanto ao risco de deturpação da autenticidade das obras caídas em domínio público, consideraram que não seria necessária uma regulamentação internacional uma vez que estas obras já se encontram protegidas a nível nacional. Objetou-se ainda que normas internacionais poderiam entravar a livre circulação de idéias e instituir, assim, um tipo de censura. Foi também mencionado que muitas obras literárias são conhecidas sobretudo por suas versões resumidas ou pela publicação de extratos. Para a preservação da integridade de tais obras foi sugerido o depósito, em bibliotecas ou instituições congêneres, de exemplar da edição original. O depósito legal pode ser considerado como medida eficaz para preservar a autenticidade da obra, pois permite a comparação entre o original e as obras derivadas.

Analisa os resultados da reunião do Comitê no contexto de todo o programa relativo ao Direito do Autor, que aborda, entre outros, os seguintes temas:

- I — «aplicação e extensão do campo de aplicação geográfica dos instrumentos internacionais — sobre o Direito do Autor e sobre a proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão — adotados sob o patrocínio da UNESCO»;
- II — «promoção do acesso às obras protegidas e estímulo à formulação de políticas nacionais sobre a proteção dos direitos do autor»;
- III — «afirmação mais clara do papel e da função do direito de Autor como fator de promoção da educação da ciência e da cultura»;
- IV — «elaboração de normas destinadas a reger as modalidades de aplicação do direito do Autor face à evolução das técnicas de criação, de difusão e ao estabelecimento de uma nova ordem econômica internacional».

A partir deste último foi aceita a emenda proposta pelo Brasil ao Projeto de Programa e Orçamento durante a 21ª Conferência Geral (Belgrado, 1980).

Parece, portanto, coerente que o Brasil assuma uma postura favorável ao desenvolvimento do projeto, que visa «ao estudo das medidas que deverão ser adotadas para preparar o terreno e determinar o modo de evitar a deturpação das obras de domínio público».

É preciso, porém, considerar a diversidade de interesses envolvidos, especialmente os comerciais. Boa parte dos países ocidentais não se deverá mostrar favorável à adoção de quaisquer medidas que possam limitar a livre circulação das obras do espírito, já que nestes países a «indústria e o comércio da cultura» assumem proporções consideráveis. Assim sendo parece que a posição do Brasil deveria se basear nos objetivos do programa de apoio de Plano a Prazo Médio:

- I — proteger, conservar e valorizar a cultura nacional;
- II — buscar uma adaptação das normas tradicionais considerando as mudanças tecnológicas recentemente introduzidas;
- III — regulamentar as relações internacionais no que concerne à criação, produção, difusão e proteção das obras intelectuais.

O Brasil poderia, portanto, favorecer a adoção de regulamentação internacional sobre a proteção das obras caídas em domínio público, considerando tratar-se de texto a ser baseado nos direitos e deveres do cidadão e que possa ser incluído nas normas que regulam a propriedade intelectual. Da flexibilidade do texto dependerá a adesão de Estados como o Reino Unido, a Áustria e os Países Baixos que, durante os trabalhos do Comitê, se manifestaram em oposição a qualquer norma internacional sobre a matéria.

O “Contencioso Administrativo” Inexistente

J. Cretella Júnior

Professor Titular de Direito do Estado, da
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo

Contrapondo-se ao «sistema de jurisdição una», que é o brasileiro, tradicionalmente, importação do modelo norte-americano, no qual «cabe ao Poder Judiciário, decidir, soberanamente, **todas** as lesões ao direito do administrado», existe o «sistema de jurisdição dupla», ou do «contencioso administrativo», que é o francês, no qual, «cabe a Tribunais Especializados, independentes, autônomos, a decisão soberana de certas questões administrativas que, em última instância, são resolvidas pelo Conselho de Estado, órgão supremo, de natureza jurisdicional, desvinculado do Poder Judiciário e do Poder Executivo».

Isso é o **contencioso administrativo**, aparelhamento completo e independente (aspecto formal), encarregado de resolver litígios em matéria administrativa (aspecto material). Empregar a expressão técnica «contencioso administrativo», em outra acepção é, numa comparação grosseira, o mesmo que discutir as vantagens ou desvantagens de um «refrigerador», no Polo Norte, empregando, porém, a expressão «refrigerador» na acepção de «aquecedor», o que vai levar os contendedores a uma série de colocações incorretas, por causa da utilização de um termo ou expressão em sentido impróprio, o que, evidentemente, não está de acordo com a **teoria da comunicação**, que procura adequar os **termos à mensagem** transmitida.

O que mais aborrece o especialista é assistir a discussões estéreis sobre assuntos que lhe são familiares, empreendidas pelos não especialistas que empregam conceitos não técnicos e que, por isso, são levados a conclusões divorciadas da realidade.

Em primeiro lugar, devem ser afastadas do tema quaisquer animosidades ou colocações políticas, que perturbam o cientista na captação da realidade; em segundo lugar, a escolha precisa da nomenclatura impedirá que espíritos esclarecidos, que estão de acordo com o que se passa **no mundo**, objetivamente, discutam e discordem, em razão de terminologia, pois, como diz Descartes, «se entre os filósofos sempre houvesse concordância sobre o sentido das palavras, quase todas as controvérsias deles desapareceriam» (**Regulae**, sII, 5), ou,

como quer Gassendi, em 1630, quando elucida que «é sobre palavras, na maioria das vezes, que discutem os filósofos, porque quanto ao fundo das coisas reina, ao contrário, grande harmonia entre as teses mais importantes e mais célebres».

A proposta de Emenda Constitucional, enviada pelo Poder Executivo ao Congresso, precisa ser analisada objetivamente, em vários de seus aspectos, alguns positivos e bem elaborados, de acordo com a natureza das coisas, outros necessitando de maior meditação.

Lembre-se, antes de tudo, que ou as palavras e expressões são empregadas em sentido preciso, ou é melhor renunciar a todo esforço para entender o problema.

A finalidade deste artigo é mostrar que a expressão «contencioso administrativo» não é usada pelos doutrinadores, em sua acepção técnica, precisa, pontual, que passou a ter, na França, depois da Revolução Francesa, e que continua a ter, ainda hoje, entre os especialistas.

Grandes mestres da Academia de São Paulo, Manoel Pedro Vila-boim, Cardoso de Melo Neto e Mário Masagão, por exemplo, confundiram o verdadeiro instituto do «contencioso administrativo» fruto da Revolução Francesa, com o sistema superado, do Administrador-juiz, «chegado nosso antecessor, na Cátedra, a definir o instituto como «o sistema de jurisdição, mais ou menos extenso, atribuído à própria Administração, quando em litígio com o administrado» (**Em face da Constituição Federal, não existe, no Brasil, o contencioso administrativo**, São Paulo, 1927, pp. 14-15, Secção de Obras do «O Estado de S. Paulo», editor). Ora, sistema em que a Administração tem funções jurisdicionais não existe. Seria a maior das aberrações, porque o Estado, seria, ao mesmo tempo, juiz e parte.

Na mesma página 15, conclui o eminente professor: «Perante a **teoria da jurisdição una**, ao contrário, desaparece a questão do contencioso administrativo, pela negação formal desse instituto».

Nessas condições, o próprio autor da tese, partindo embora de definição deformada do instituto, no direito francês, acaba por concluir que é incompatível a coexistência do **sistema do contencioso administrativo** com o **sistema da jurisdição una**.

Não vamos analisar outra impropriedade de linguagem do saudoso mestre que critica a própria expressão «contencioso administrativo», entendendo haver aí verdadeira «contradição nos termos», porque, a seu ver, «administrativo» teria o sentido de «gracioso, voluntário, não-contencioso», quando, na verdade, «administrativo» tem o sentido de «relativo à Administração».

«Contencioso administrativo é o sistema de jurisdição em que toda uma justiça especializada, formada de juizes e tribunais, totalmente desvinculada do Executivo e do Judiciário, é encarregada de dizer o direito, em determinados litígios entre a Administração e o administrado».

Pois bem, essa definição, que se encontra em todas as obras da doutrina francesa, confirmada pessoalmente em reuniões que tivemos, em Paris, com o professor Georges Vedel e com o professor Jean Rivero, essa definição, que traduz a «natureza das coisas», está longe de ser a que se encontra na Emenda Constitucional de 1969 e na proposta de Emenda, agora remetida ao Congresso Nacional.

Como discutir, então, a conveniência ou inconveniência, a vantagem ou desvantagem do «contencioso administrativo», condenando-se a criação daquilo que não é e nunca foi «contencioso administrativo»? Como conviveriam dois sistemas que, por natureza, são incompatíveis? A «jurisdição una» repele o «contencioso administrativo». Este não pode coexistir com a «jurisdição una».

A Constituição de 1969, artigos 110 e 111, encerra o maior dos absurdos, ao pretender criar «contencioso administrativo», para julgar «litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União».

Isso nunca foi contencioso administrativo. Ou os juízes federais e, depois, o Tribunal Federal de Recursos, julgam litígios e estamos, nesse caso, dentro do sistema tradicional da jurisdição una, que é e sempre foi o nosso sistema, o que é confirmado pelo art. 125 da C.F. de 1969, ou seria criado, realmente, o contencioso administrativo, modelo francês, o que conflitaria com o art. 153, § 4º («A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual»). Nunca, jamais, estando em vigor este artigo, haverá «contencioso administrativo», pela simples razão que ele consagra a jurisdição UNA.

Para que não se diga que estruturamos a definição do instituto do contencioso administrativo, artificialmente, *ad hoc*, vamos transcrever, em tradução *ad litteram*, a posição de Rivero, que resume a doutrina e a prática francesa, há mais de cem anos: «A existência de uma organização jurisdicional especializada, para julgamento dos litígios administrativos, e separada das jurisdições judiciárias, é um dos traços essenciais do sistema francês. Contencioso administrativo é o conjunto de contestações nascidas da ação da Administração, quando ela se exerce segundo o direito administrativo. Trata-se de **verdadeiros tribunais**, que desempenham a função normal de todo juiz: dizer o direito por ocasião dos litígios que lhe são submetidos» (Jean Rivero, *Droit administratif*, 9ª ed., 1980, p. 137).

Desse modo, formalmente, o «contencioso administrativo» é toda uma estrutura, todo um aparelhamento, diferenciado, autônomo, desvinculado de qualquer outro Poder, que «diz o direito soberanamente», até seu mais alto grau, que é o Conselho de Estado, cuja decisão última faz «coisa julgada, em matéria administrativa».

O Brasil, neste ponto, regrediu agora cem anos, imitando o contencioso administrativo da primeira fase, posição abandonada, na

França, em 13 de dezembro de 1889, pois, antes, «pendant longtemps, on admit que le préalable à toute action devant le Conseil d'État était un recours au Ministre, qui faisait ainsi la figure de premier degré de juridiction, d'où l'expression Ministre-juge», ou, em vernáculo, «durante muito tempo, admite-se que a preliminar a toda ação diante do Conselho de Estado era um recurso ao Ministro, que desempenhava assim a figura de primeira grau de jurisdição, donde a expressão Ministro-juiz» (cf. Georges Vedel, **Droit administratif**, 5ª ed., 1973, p. 449).

Não pode haver «contencioso administrativo» jungido ao Poder Executivo, nem ao Poder Judiciário, a não ser que a expressão, universalmente, tivesse outro sentido.

Ora, pretender a criação de «contencioso administrativo», para designar algo que não é «contencioso administrativo», é empregar a expressão em sentido não técnico. Falso.

Quando se informa, na França, aos juristas franceses que, desde 1969, se pretende criar o «contencioso administrativo», entre nós, eles ficam perplexos, primeiro porque a França é país Unitário e o Brasil é Federação, o que implicaria na criação, em cada Estado, de um Tribunal Administrativo, ao mesmo tempo que os Municípios precisariam ter magistrados de primeiro grau para conhecimento das causas administrativas, depois, porque o conteúdo do nosso «contencioso» é matéria trabalhista ou fiscal. Finalmente, por último, porque o nosso «contencioso administrativo», subordinado ao Executivo, teria seus atos sujeitos à revisão do Judiciário.

Nem é necessário discutir o mérito, o reflexo da criação, no direito brasileiro, do instituto a que se deu nome impróprio, argumentando-se (a) que órgãos ligados ao Executivo não têm objetividade para julgar, (b) que está julgado, «a priori» e, previamente, condenado, quem for julgado por órgãos dependentes do Executivo federal ou estadual, em qualquer causa e, em especial, em questões trabalhistas ou fiscais, (c) que a medida está em desacordo com a realidade brasileira, (d) que isso aumenta o arbítrio governamental, ficando o cidadão menos protegido.

É necessário, antes, discutir a **preliminar** de que não está em jogo o instituto do «contencioso administrativo», o que somente traz confusões ao espírito do estudioso, pelo que se impõe a alteração do nome, da terminologia.

O que, na França, se faz com o «contencioso administrativo», é precisamente aquilo que, no Brasil, se faz em grande parte, com o mandado de segurança e com outras ações propostas perante as Varas da Justiça Federal, Estadual e Municipal. «Não devemos desmerecer a contribuição que o sistema brasileiro de proteção judicial tem oferecido à garantia das liberdades públicas e dos direitos individuais diante de ameaças ou lesões oriundas da Administração» (Caio Tácito, **Contencioso administrativo**, em RDA, 133, p. 64).

Aliás, o artigo 79 da Constituição de 1934 já possibilitava a criação de Tribunal Especial, com competência privativa e final, exceto em matéria constitucional, para o conhecimento e julgamento de recursos de matéria administrativa, regida pelo direito administrativo, bem como nos litígios entre a União e seus credores, oriundos de contratos públicos, mas a criação ficou no papel, não sendo concretizada, embora tivesse tido o mérito de inspirar a criação do Tribunal Federal de Recursos, previsto na Constituição de 1946.

Para que se entenda bem o problema do «contencioso administrativo», partindo-se da realidade brasileira, poderíamos dizer que o Tribunal Federal de Recursos seria um verdadeiro «contencioso administrativo federal», se suas decisões fizessem «coisa julgada» e não pudessem ser sujeitas ao nosso tribunal máximo, o Supremo Tribunal Federal. Todo o aparelhamento federal, julgando, em todo o Brasil, determinadas matérias, poderia receber o nome de «contencioso administrativo federal», caso a Corte Máxima fosse o Tribunal Federal de Recursos. Isto, entre nós, é o que mais se aproxima do «contencioso administrativo». O resto são discussões estéreis sobre assunto relevante, mas que nada tem a ver com o «contencioso administrativo».

A solução para o problema do desafogamento do nosso excelente Poder Judiciário é a aplicação de verbas, no setor, aumentando o número de Juizes e de Varas, ao mesmo tempo que prestigiando ao máximo as funções dos magistrados, outorgando-lhes vencimentos compatíveis com a alta função de julgar.

A Responsabilidade Civil no Código do Japão, comparado com o do Brasil *

R. Limongi França

Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.
Professor Honorário da Univ. de S. Marcos de Lima.
Professor de Direito Civil da USP.

I. Introdução:

1. Gênese histórica de ambos os Códigos.
1. Ubicação de ambos os códigos no conspecto geral do Direito Comparado.
3. Afinidades genéricas dos dois ordenamentos.
4. Reflexos dessa afinidade no campo da Responsabilidade Civil.

II. Posição Sistemática e divisão da matéria:

1. Posição Sistemática.
2. Sistema interno e divisão da matéria.

III. Princípio Geral da responsabilidade:

1. Princípio básico.
2. Extensão ao dano moral.

IV. Responsabilidade em razão de fato do sujeito:

1. Responsabilidade do menor.
2. Responsabilidade do alienado mental.
3. Responsabilidade por morte.
4. Outras responsabilidades por crime.

V. Responsabilidade em razão de fato de outrem:

1. Dano causado por incapaz.
2. Dano causado pelo empregado.
3. Dano causado pelo hóspede.
4. Dano causado por terceiro, em geral.

VI. Responsabilidade em razão de fato de coisa:

1. Dano causado por coisa animada.
2. Dano causado por defeito de construção.
3. Dano causado por coisas lançadas ou caídas

VII. Regras complementares da Responsabilidade:

1. Pluralidade da responsabilidade.
2. Dano ao nascituro.
3. Estado de necessidade.
4. Liquidação do dano.
5. Prescrição.

(*) Dedico este trabalho aos eminentes colegas do Japão, Prof. Dr. Koshiso Fuji, da Universidade de Tóquio e Sussumu Ito, Diretor da Biblioteca da Suprema Corte do Japão, bem assim aos nisseis Desembargador Kasuo Watanabe e Doutor Mario Ninomiya.

I. Introdução:

1. Gênese histórica de ambos os Códigos.

A crescente importância do Japão no Mundo Moderno, especialmente a partir de meados do século passado, culminou com uma série de providências de caráter cultural e jurídico, das quais resultou a idéia de uma ampla codificação, cujo fulcro central foi sem dúvida a da elaboração de um Código Civil, à semelhança de uma considerável parte das nações ocidentais.

Para tanto, a Coroa Japonesa encarregou do projeto o jurista francês **Gustave Boissonde de Fontarabie**, em 1879, do que resultou a promulgação do ordenamento em 1890 (v. **W. J. Sebald**, «The Civil Code of Japan», London, 1934).

Entretanto, o excessivo estrangeirismo da obra, calcada quase inteiramente nos textos do Código de Napoleão, tornou-a inexecutável, de onde a oposição de respeitável plêiade de juristas japoneses.

Daí resultou um novo Código, cujos primeiros três livros — Parte Geral, Coisas e Obrigações — foram sancionados em 1896.

Os dois subseqüentes — Família e Sucessões — vieram a lume em 1898, de tal modo que o ordenamento, por inteiro, passou a vigorar a partir de 16 de julho desse ano.

Fácil é notar naqueles três iniciais a acentuada influência do Código Alemão, cujo projeto terminara em junho de 1895 e fora transmitido ao Reichstag em 27 de janeiro de 1896 (v. **Raoul de la Grasserie**, «Code Civil Alemand», Introduction, Paris, 1897).

No entanto, a parte concernente à família e às sucessões «is primarily a codification of native Japanese customs» (**Sebald**, op. cit.).

Ao seu turno, o Código do Brasil adveio primacialmente da Consolidação das Leis Civis, de **Teixeira de Freitas**, de 1858, elaborada sobre as Ordenações do Reino de Portugal de 1602, cujas raízes datam das primeiras leis reais dos monarcas lusitanos, a partir do século XII, bem assim dos inúmeros diplomas que se lhe seguiram, quer em Portugal, quer no Brasil, a partir de sua independência em 1822.

Após a Consolidação, houve vários projetos — o primeiro do próprio **Teixeira de Freitas**, depois o de **Nabuco de Araújo**, o de **Felício dos Santos**, e o de **Coelho Rodrigues** — até culminarem no de **Clóvis Bevilacqua**, de 1899, o qual se tornou lei em 1916, para vigorar a partir de 1º de janeiro de 1917.

Se em todos eles houve influência multiforme por parte dos códigos ocidentais, especialmente o francês e o de Zúrich, no último, que veio a entrar em vigor até os nossos dias, a presença mais constante, a par das tradições luso-brasileiras, é, semelhantemente ao que se deu no Japão, a do ordenamento germânico.

2. Ubicação de ambos os Códigos no conspecto geral do Direito Comparado.

Em nosso «Manual de Direito Civil» (vol. I, págs. 98-104, 4ª ed., RT, 1980) dividimos os sistemas de Direito Comparado em **abertos**, como o Canônico, o Israelita, o Muçulmano, e **circunscritos**.

Estes últimos, que se caracterizam pelo fato de, diversamente daqueles, se conterem dentro dos limites de um ou mais Estados, em virtude de sua adoção oficial por parte destes, se subdividem em: I. Sistema Romano; II. Sistema do **Common Law**; e III. Sistemas Orientais.

Fácil, à face da sinopse, localizar o Código do Japão entre os últimos, do mesmo modo que o do Brasil entre os primeiros, dado que, a despeito das tradições luso-brasileiras, de natureza específica, este país tem toda a sua formação jurídica, assim como dos seus ancestrais, fundada na sabedoria dos juristas do Império Romano. (Cf. **René David**, «*Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*», Paris, 1950; **Pierre Arminjon**, **Boris Nolde** e **Martin Wolf**, «*Traité de Droit Civil Comparé*», 3 vols.).

3. Afinidades genéricas dos dois ordenamentos.

A despeito da distância que os separa, posto que são países antípodas, os respectivos códigos civis apresentam inegáveis afinidades.

Primeiramente, a elaboração de cada qual teve início efetivo entre o terceiro e o último quartel do século XIX.

Por outro lado, um e outro mantiveram, no referente à Família e às Sucessões, os elementos básicos oriundos das tradições nacionais. Por exemplo, no Brasil, **como regra, o casamento em comunhão de bens**, só revogado pela recente Lei do Divórcio, de 1977 (v. **R. Limongi França**, «*A Lei do Divórcio, Comentada e Documentada*», São Paulo, Saraiva, 1978); do mesmo modo, no Japão, toda a particular estrutura da sociedade doméstica (Código Civil do Japão, arts. 725 e segs.).

Mas no que tange à regulamentação, pode dizer-se que os códigos dos dois países sofreram influência, inicialmente do Código Napoleão e depois do Código Germânico, conforme as diferentes etapas dos respectivos trabalhos preparatórios.

4. Reflexos dessa afinidade no campo da Responsabilidade Civil.

Bem nítidos são os reflexos da afinidade entre os Códigos do Brasil e do Japão, no que tange especialmente à matéria da Responsabilidade Civil.

A sede do assunto no Código Francês são os arts. 1.382 a 1.386, capítulo que leva a rubrica — «*Des délits et des quasi-délits*», enquanto no BGB, são os parágrafos 823 a 853, sob o título — «*Unarlaubte Handlungen*», cuja tradução é — «*Atos ilícitos*».

O ordenamento francês, com cinco artigos sobre a matéria, é mais conciso; o germânico, com trinta e um, por força, é mais por-menorizado. Por outro lado, não se pode negar a própria influência daquele sobre este, além do que, ambos, haurem suas luzes fundamentais, no que tange ao assunto, no Direito Romano, através dos respectivos cultores, como **Pothier** na França e **Savigny** na Alemanha.

Assim, as fontes básicas, no que concerne ao tema, quer do Código Japonês, quer do Brasileiro, são, em última análise, as próprias fontes romanísticas, filtradas por certa dose de influências tradicionais.

Mas, a despeito do contingente francês na técnica da elaboração legislativa, tanto o Código do Brasil como o do Japão, um e outro acentuadamente desenvolvidos na disposição da matéria, mais se aproximam do ordenamento alemão do que do napoleônico.

Se há semelhanças, também incidem diferenças. E é disso que trataremos a seguir.

II. Posição sistemática e divisão da matéria:

1. Posição sistemática.

Para que tenhamos melhor noção comparativista de como se resolveu o problema da posição sistemática da matéria, nos códigos japonês e brasileiro, é de bom aviso referenciá-los ao francês e ao germânico, dada a qualidade destes de **códigos-tipos**.

Assim, relembramos que o Código Napoleão se divide em três livros:

I. Pessoas.

II. Dos bens e das diferentes modificações da propriedade.

III. Das diferentes maneiras pelas quais se adquire a propriedade.

Neste ordenamento, o assunto em apreço concerne ao Título IV, do Livro III, sob a rubrica — «Das obrigações que se formam sem convenção».

Ao seu turno o Código Alemão se compõe de cinco livros:

I. Parte geral.

II. Direito das obrigações.

III. Direito das coisas.

IV. Direito de família.

V. Direito das sucessões.

Os «Atos ilícitos» aí são regulados no Livro II, Seção sétima - «Das obrigações em particular», Título vigésimo quinto, o último da seção mencionada.

O Código do Japão, à semelhança do germânico, a despeito da diferença da ordem, também é composto de cinco livros:

- I. Parte geral.
- II. Direitos reais.
- III. Obrigações.
- IV. Sucessão.

Semelhante, dedica aos «Ato*s* ilícitos», o último capítulo (n. V) do Livro das Obrigações.

Por sua vez, ainda aqui, aproximam-se os códigos germânico, japonês e brasileiro.

Com efeito o Código do Brasil, em virtude de tradições próprias que se firmaram na «Consolidação Teixeira de Freitas», de 1858, se antecipou de cerca de quatro décadas ao sistema do Código Alemão, quanto à divisão da matéria em Parte Geral e Parte Especial, do que, aliás, como é sabido, tomaram conhecimento os seus elaboradores, pois, entre outros elementos, a consolidação brasileira já estava traduzida por **Raoul de la Grasserie** na década de 1890 (v. «Lois Civiles du Brésil», Paris, 1897).

Destas duas partes, a especial é dividida em quatro livros:

- I. Do direito de família.
- II. Do direito das coisas.
- III. Do direito das obrigações.
- IV. Do direito das sucessões.

O princípio geral da responsabilidade civil se encontra na «Parte Geral», art. 159, mas a regulamentação da matéria se vê no sétimo e oitavo dos nove títulos do livro das Obrigações, sob as rubricas — «Das obrigações por atos ilícitos» e «Da liquidação das obrigações».

2. Sistema interno e divisão da matéria.

Tanto o Código do Brasil, como o do Japão, não apresentam um sistema interno da matéria, como se dá, por exemplo, com o Código das Obrigações do Líbano, no qual a preclara assessoria de **Josserand** possibilitou esse importantíssimo progresso técnico (cf. **Elie J. Boustany**, «Code des Obligations et des Contrats», Beyrouth, 1956).

Não obstante, ambos mostram uma razoável seqüência lógica, sobretudo tendo-se em conta a época em que foram promulgados.

Mas força é convir que, diante dos novos avanços do assunto, essa seqüência resulta insuficiente, de onde procurarmos enquadrá-la numa divisão científica, que, entre outros, pode ter como esboço o seguinte:

- A) **Princípio Geral** da Responsabilidade.
- B) Responsabilidade, em razão de **fato do sujeito**.
- C) Responsabilidade, em razão de **fato de outrem**.
- D) Responsabilidade, em razão de **fato de coisa**.
- E) **Regras Complementares** da Responsabilidade.

Em nosso estudo comparativo seguiremos a ordem acima proposta.

III. Princípio geral da responsabilidade:

1. Princípio básico.

À semelhança do Código Francês (arts. 1.382 e 1.383) e do Alemão (§ 823), o do Japão exara o princípio geral da matéria, logo ao início do capítulo sobre o ato ilícito.

É o que se encontra nos arts. 709 e 710, nestes termos:

Artigo 709. Uma pessoa que viola intencionalmente ou negligentemente o direito de outrem está obrigado a fazer a compensação do prejuízo daí resultante.

Artigo 710. Uma pessoa que está obrigada a prejuízos, de acordo com as determinações do Artigo precedente, deve fazer compensação por isso, igualmente com respeito a um prejuízo não pecuniário, não importando, em um e outro caso, se a injúria foi contra a pessoa, liberdade ou reputação de outrem, ou contra os seus direitos de propriedade.

A tradução oficial, em inglês, patrocinada pelo Ministério da Justiça daquele país, com efeito, apresenta este texto:

Article 709. A person who violates intentionally or negligently the right of another is bound to make compensation for damagel-
arising therefrom.

Article 710. A person who is liable in damages in accordance with the provisions of the preceding Article must make compensation therefor even in respect of a non-pecuniary damage, irrespective of whether such injury was to the person, liberty or reputation of another or to his property rights.

O Código Brasileiro adota método diferente.

O longo desenvolvimento de sua Parte Geral, fruto de arraigada tradição que advém do trabalho pioneiro de **Teixeira de Freitas** (v. «Consolidação», de 1858; e «Esboço», de 1860-1872) levou o legislador a consagrar aí o princípio geral básico da responsabilidade civil, o que assim está disposto no art. 159:

«Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano».

A matéria é completada, ainda na Parte Geral, pelos arts. 79 e 80, que rezam deste modo:

«Se a coisa perecer por fato alheio à vontade do dono, terá este ação, pelos prejuízos, contra o culpado».

«A mesma ação de perdas e danos terá o dono contra aquele que, incumbido de conservar a coisa, por negligência a deixe perecer; cabendo a este, por sua vez, direito regressivo contra o terceiro».

A complementação não pára aí. Na própria Parte Especial, Livro das Obrigações, Título «Das Obrigações por atos ilícitos», determina ainda o art. 1.518, pr.:

«Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado . . . ».

Como se vê, o Código do Japão é mais conciso e mais técnico, notando-se aí a presença direta do ordenamento alemão que assim reza:

«§ 823. Quem dolosa ou culposamente lesiona de forma antijurídica a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito de outra pessoa, está obrigado com ela à indenização do dano causado por isto».

O texto original, na edição de **Karl Larenz** é este:

§ 823. (Schuldhafte Verletzung ausschließlicher Rechte)
Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entsichenden Schadens verpflichtet.

Não obstante, a **substância** da disposição é a mesma, afirmação esta que, à altura presente do desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência brasileira, é igualmente válida para o que, de modo genérico, respeita à **extensão** do dano indenizável.

É o que veremos a seguir.

2. Extensão ao dano moral.

A extensão da indenização de prejuízos, em caso de dano moral, é bastante clara no Código do Japão, conforme se vê no próprio art. 710 onde se fala em «compensation there for **even in respect of a non-pecuniary damage**».

Logo a seguir, no art. 711, a respeito de reparação por morte, se declara que a mesma tem lugar «**even in cases where no property right . . . has been violated**».

No Código Brasileiro, a consagração não é tão evidente, de modo que muitos autores, como **Agostinho Alvim**, sustentaram a inexistên-

cia de regra ampla da reparação do dano moral (v. «Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências», 4ª ed., Saraiva, 1972).

Não obstante, o próprio autor do Projeto de Código Civil Brasileiro, **Clóvis Bevilacqua**, já defendia tese contrária, baseada no art. 76 v. «Código Civil Comentado», vol. I, p. 337, 7ª ed., 1944).

Esse preceito reza o seguinte:

«Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse, econômico ou MORAL.».

De nossa parte, sustentamos tese semelhante no concernente à indenização de dano moral quanto às lesões ao nome civil e aos direitos da personalidade em geral (v. **R. Limongi França**, «Do Nome Civil das Pessoas Naturais», 1ª edição, 1958; cf. 3ª ed., 1975; «Manual de Direito Civil», vol. I, 1ª ed., 1965; cf. 4ª ed., 1980; artigo da Revista dos Tribunais, vol. 567, 1983 — «Direitos da Personalidade — Coordenadas Fundamentais»).

Atualmente, a Doutrina Brasileira é praticamente unânime em reconhecer essa orientação (v. **Wilson Mello da Silva**, «O Dano Moral e sua Reparação», Rio, 1955; **Alcino de Paula Salazar**, «Reparação do Dano Moral», Rio, s/d; **Ávio Brasil**, «O Dano Moral no Direito Brasileiro», Rio, 1944, e muitos outros).

Em nosso repertório de jurisprudência sobre responsabilidade civil ao longo de cento e trinta julgados, deparamos oito sobre a matéria, em meio aos quais pode afirmar-se que, não obstante os avanços do Direito Científico, os nossos Tribunais ainda se vêem hesitantes sobre o assunto.

Há acórdãos consagradores, há outros que concedem parcialmente e há aqueles que o denegam (v. **R. Limongi França**, «Jurisprudência da Responsabilidade Civil», SP, RT, 1981, 347 págs.; v. págs. 35-66).

IV Responsabilidade em razão de fato do sujeito:

1. Responsabilidade do menor.

Artigo 712. Se, nos casos em que um menor causou prejuízo a outrem, ele não estava na posse de suficiente inteligência para entender sua responsabilidade em relação ao ato, o mesmo não estará obrigado pelos prejuízos com respeito a esse ato.

Na edição oficial em inglês, o preceito assim está redigido:

Article 712. If, in cases where a minor has caused damage to another, he was not in possession of sufficient intelligence to understand his responsibility for the act, he shall not be liable in damages in respect of such act.

No Brasil não há norma semelhante.

A matéria, porém, pode ser resolvida à luz das regras da Parte Geral, concernentes à incapacidade do menor, a qual é **absoluta** até 16 anos, e **relativa** dos 16 aos 21, quando adquire a maioridade.

Entretanto, a irresponsabilidade do menor não elide a responsabilidade dos seus pais e tutores pelos danos por ele causados, o que constitui matéria de responsabilidade **por fato de outrem**, a qual será tratada a seu tempo.

2. Responsabilidade do **alienado mental**.

Sobre a responsabilidade do alienado mental, o Código do Japão apresenta disposições bastante explícitas, conforme se vê em seu artigo 713, nestes termos:

Artigo 713. Uma pessoa que, durante estado de comprometimento mental, causou prejuízos a outrem, não está obrigado a eles; mas isto não se aplica, se ela provocou em si mesma um comprometimento mental temporário, tanto intencionalmente, como pela própria negligência.

Na versão inglesa:

Article 713. A person who, while in a state of mental unsoundness, has caused damage to another is not liable in damages; but this shall not apply, if he has brought upon himself a temporary mental unsoundness either intentionally or by his own negligence.

Mas, no Brasil, tal como com relação à responsabilidade do menor, não há uma regra sintética dessa natureza.

Ainda aqui, de modo semelhante, a questão se soluciona de acordo com normas da Parte Geral, cujo artigo 5º, n. II declara **absolutamente incapazes** «os loucos de todo o gênero».

Com relação a estes, em muitos casos, coloca-se a questão da responsabilidade durante os chamados «lúcida intervala» (v. **R. Limongi França**, «Absolutamente Incapazes», in «Enciclopédia Saraiva do Direito», SP, 1977-1982).

Quanto à alienação transitória, provocada, o encaminhamento da matéria se estriba no princípio geral do dolo e da culpa, conforme os arts. 159 e 1.518 do Código.

3. Responsabilidade **por injúria**.

Expressivo mandamento encontramos no Código do Japão sobre a responsabilidade por injúria.

Está assim formulado no art. 723:

Artigo 723. Se uma pessoa injuriou a reputação de outra, a Corte pode na aplicação da lei quanto a esta última expedir ordem determinando ao autor providencie as medidas necessárias para a restauração da reputação desta, quer em lugar dos pagamentos dos prejuízos, quer juntamente com estes.

Na tradução oficial para o inglês:

Article 723. If a person has injured the reputation of another, the Court may on the application of the latter make an order requiring the former to take suitable measures for the restoration of the latter's reputation either in lieu of or together with damages.

Portanto, como se vê, aí se alinham três esquemas de sanções:

- A) Providências para a restauração da reputação do injuriado.
- B) Indenização dos prejuízos.
- C) Aplicação alternativa ou cumulativa das duas sanções acima, conforme o arbítrio do Tribunal.

O preceito correspondente do Código Brasileiro é o artigo 1.547, que não alude à restauração do bom nome do injuriado.

Fala apenas na «reparação do dano» e, no parágrafo único, para a hipótese de impossibilidade de prova do prejuízo, o pagamento do «dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva».

Como as multas criminais brasileiras sofrem esvaziamento constante em virtude da inflação monetária, essa parte do dispositivo resulta de certo modo inócuo, quanto ao aspecto da indenização dos prejuízos.

Entretanto, em se tratando de injúria através da imprensa, o art. 29 da Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, assegura ao ofendido não só o **direito de resposta**, como ainda o de **retificação** (v. **Antonio Costella**, «Direito da Comunicação», SP, RT, 1976; **Celso Delmanto**, «Código Penal Anotado», 4ª ed., SP, Saraiva, 1983).

4. Responsabilidade **por morte**.

Sobre a responsabilidade por morte, é a seguinte o preceito japonês:

Artigo 711. Uma pessoa que causou a morte de outra está obrigada aos prejuízos, em relação aos pais, o cônjuge, e os filhos do morto, mesmo nos casos em que nenhum direito patrimonial dos mesmos tenha sido violado.

Na versão inglesa:

Article 711. A person who has caused the death of another is liable in damages to the parents, the spouse and the children of the deceased, even in cases where no property right of theirs has been violated.

Ressalte-se a expressão alusão aos prejuízos não patrimoniais.

O preceito brasileiro é aparentemente mais restrito, determinando, no art. 1.537, que a indenização, no caso de homicídio, consiste:

- I. No pagamento das despesas com o **tratamento** da vítima, seu **funeral** e o **luto da família**.
- II. Na prestação de **alimentos** às pessoas a quem o defunto os devia.

A feição do artigo é taxativa, dando a impressão de que desses parâmetros não se pode afastar o aplicador da lei.

Entretanto, conforme já se depara em alguns julgados dos nossos Tribunais, a reparação por dano moral em caso de morte vai ganhando acesso.

Um dos mais expressivos é o que se pronunciou no caso **Francisco Moreira da Silva X Rede Ferroviária Federal**, cujo relator foi o então Juiz de Alçada **Severo da Costa**, hoje Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

O dano moral foi reclamado pelo pai da vítima e, em meio à ementa do acórdão, é de se ressaltar este belo ensinamento:

«Todo e qualquer dano causado a alguém, ou ao seu patrimônio, deve ser indenizado, de tal obrigação não se excluindo o mais importante deles, que é o dano moral, que deve autonomamente ser levado em conta.

O dinheiro possui valor permutativo, podendo-se, de alguma forma, lenir a dor com a perda de um ente querido, pela indenização, que representa também punição e desestímulo do ato ilícito». (In **R. Limongi França**, «Jurisprudência da Responsabilidade Civil», p. 35, SP, ed. RT, 1981).

5. Outras responsabilidades **por crime**.

No Código Japonês não encontramos a previsão expressa de indenização por danos causados em virtude de crime, além do que respeita ao homicídio e à injúria.

Diferentemente, o Código Brasileiro é abundante e minucioso em outras prescrições dessa natureza.

Fugindo ao modelo tanto francês como alemão, além dos dois delitos acima mencionados, no capítulo «Da Liquidação das Obrigações resultantes de Atos Ilícitos», se prevêem ainda os crimes de «ferimento ou outra ofensa à saúde» (art. 1.538); de «usurpação ou esbulho do alheio»; de «ofensa à honra da mulher» (art. 1548); de «violência sexual, ou ultraje ao pudor» (art. 1.549); de lesão à «liberdade pessoal».

Em cada qual dessas espécies se consideram nuances e graduações, de acordo com a gravidade da violência e a extensão do prejuízo, arrematando o art. 1.553 que «nos casos não previstos... se fixará por **arbitramento** a indenização».

A despeito da ausência de normas análogas no Código do Japão, parece-nos evidente que os respectivos princípios gerais são de molde a suprir as lacunas, na medida da necessidade jurídica.

V. Responsabilidade em razão de fato de outrem:

1. Dano causado por **incapaz**.

O dano causado por incapaz, provavelmente o aspecto mais importante e complexo da assim chamada responsabilidade **indireta**, é objeto, no Código do Japão, de minucioso mandamento, conforme as duas partes do art. 714, que assim dispõe:

Artigo 714. Uma pessoa que está no dever legal de supervisionar alguém sob incapacidade, está obrigada, nos casos em que o incapaz não é responsável, de acordo com os dois artigos precedentes, a fazer compensação por qualquer prejuízo que a pessoa sob a incapacidade tenha causado a uma terceira pessoa; mas isto não se aplicará, se a pessoa que está no dever de supervisão não negligenciou o seu dever. Uma pessoa que tem supervisão sobre uma pessoa sob incapacidade, em lugar da pessoa que está na obrigação de supervisionar, também assumirá a responsabilidade mencionada no parágrafo precedente.

Confira-se com a versão inglesa:

Article 714. A person who is under a legal duty to supervise a person under disability is bound, in cases where the latter is not responsible in accordance with the preceding two Articles, to make compensation for any damage which the person under disability has caused to a third person; but this shall not apply, if the person who is under a duty of supervision has not neglected his duty.

A person who has supervision over a person under disability in place of the person who is under a duty to supervise also shall assume the responsibility mentioned in the preceding paragraph.

O início da primeira parte, o preceito, como se vê, estabelece o princípio básico da **responsabilidade** pelo dano causado pelo incapaz, por parte da **pessoa que está no dever legal de o supervisionar**.

O final da mesma primeira parte **isenta** o supervisor na hipótese de **ausência de culpa**.

Já na segunda e última parte prevê os casos de exercício da supervisão por parte de outrem, que não seja pessoa via de regra obrigada a isso.

Corresponderia, no Direito Brasileiro, às espécies de **guarda**, judicial ou não, ou, ainda, de simples pessoas encarregadas de cuidar, de **tomar conta** do incapaz.

Essas pessoas, determina o preceito, são igualmente responsáveis.

O Código do Brasil utiliza-se de outra técnica.

No art. 1.521, §§ I e II, assim preceitua:

«São também responsáveis pela **reparação civil**:

I — Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.

II — O tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados que se acharem nas mesmas condições».

Ressaltem-se aí os requisitos do **poder** e da **companhia**, em um outro caso.

Nos artigos subseqüentes, o 1.522 e 1.523, respectivamente, se acrescenta o requisito da «culpa, ou negligência», bem assim a previsão de que, se o incapaz causador do dano não for descendente do que respondeu, este poderá reaver daquele aquilo que foi obrigado a pagar.

No caso **Roberto de Nameda Costa Leite X a menor C.A.G.**, filha de desquitados, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela irresponsabilidade do pai, ante desastre automobilístico provocado pela ré, em virtude de a mesma se encontrar sob a guarda da mãe. (V **R. Limongi França**, «Jurisprudência da Responsabilidade Civil», p. 11-13).

Num outro feito, em que foram partes **Edson Medeiros X Antonio Paschoal da Silva**, e o dano foi o de vazamento de olho causado por menor, o mesmo Tribunal foi bastante drástico decidindo que —

«Consumado um ilícito por um incapaz, dele AUTOMATICAMENTE DEFLUI PRESUNÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO, de seus responsáveis legais».

Mas acrescentou:

«Tão só não responderão estes por indenização, caso cumprida e convincentemente patenteiem que se não houveram com a menor falha» (op. cit., págs. 13-15).

2. Dano causado pelo empregado.

A hipótese do dano infligido pelo **empregado** de uma pessoa, ou assemelhado, está pormenorizadamente prevista nos artigos 715 e 716 do Código do Japão.

Seus termos são os que seguem:

Artigo 715. Uma pessoa que emprega outra para levar avante um empreendimento está obrigada a fazer compensação por prejuízos causados a uma terceira pessoa pelo empregado, no curso da execução do empreendimento; mas isto não se aplicará, se o empregador exerceu o devido cuidado na contratação do empregado e na supervisão do empreendimento, ou se o prejuízo se tivesse verificado mesmo se o devido cuidado houvesse sido exercido.

Uma pessoa que supervisiona o empreendimento em lugar do empregador assumirá também a responsabilidade mencionada no parágrafo precedente.

As determinações dos dois parágrafos precedentes não impedirá o empregador nem o supervisor de demandar por reembolso o empregado.

Artigo 716. A pessoa que transmitir a ordem para um trabalho não está obrigada a fazer compensação por qualquer prejuízo causado a uma terceira pessoa pelo contratante no curso deste trabalho; entretanto, isto não se aplicará, se a pessoa que transmitir a ordem cometeu falta com respeito à ordem ou suas instruções.

Na versão oficial em inglês:

Article 715. A person who employs another to carry out an undertaking is bound to make compensation for damage done to a third person by the employee in the course of the execution of the undertaking; but this shall not apply, if the employer has exercised due care in the appointment of the employe and the supervision of the undertaking or if the damage would have ensued even if due care had been exercised.

A person who supervises the undertaking in place of the employer shall also assume the responsibility mentioned in the preceding paragraph.

The provisions of the preceding two paragraphs shall not preclude the employer not the supervisor from demanding reimbursement from the employee.

Article 716. The person who placed the order for a work is not bound to make compensation for any damage caused

to a third person by the contractor in the course of such work; however, this shall not apply if the person who placed the order was in fault in regard to the order or his instructions.

A regra geral da matéria encontra-se no início da primeira parte do art. 715, onde se estabelece, em suma, que, em princípio, **o empregador responde pelos prejuízos causados por seus empregados, evidentemente no exercício do empreendimento.**

No final desta primeira parte se prevêem dois casos da irresponsabilidade:

- A) Se o empregador exerceu o devido cuidado na contratação do empregado e na supervisão do empreendimento.
- B) Se o prejuízo se houvesse verificado mesmo se os cuidados necessários tivessem sido tomados.

Essas duas espécies de irresponsabilidade são de **ausência de culpa**, cuja prova há de incumbir ao empregador.

A segunda parte estende as mesmas regras ao **supervisor**, isto é, à pessoa contratada pelo empregador, para supervisionar o serviço do empregado.

Dai parece poder concluir-se que, havendo supervisor, este responderia antes do empregador.

Da letra do preceito pode mesmo depreender-se que a presença do supervisor exclui a responsabilidade do empregador, entendimento que, em termos de comparação, seria difícil de se sustentar no Direito Brasileiro, conforme as regras que adiante veremos.

A terceira parte do artigo 715 contempla a ação de regresso, tanto do empregador, como do supervisor, contra o empregado.

Por sua vez, o art. 716 estabelece diferença entre o **simples transmissor da ordem de serviço** e o supervisor. Diferentemente deste, a regra que concerne àquele é a da irresponsabilidade.

Mas, acrescenta o preceito, essa norma na hipótese de **falta na transmissão das instruções.**

No Código Brasileiro, o assunto está regulado no art. 1.521, n. III, onde, ao lado de outras espécies, se determina que igualmente responde pela indenização —

«O patrão, amo ou comitente, por seus serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele».

O art. 1.523 estende à hipótese o requisito da «culpa ou negligência».

Por outro lado, o art. 1.522 acrescenta norma relevante, qual seja a abrangência da norma em relação «às **peessoas jurídicas**, que exercerem exploração industrial».

No mesmo conspecto da matéria, a Constituição Brasileira, de 1969, art. 107, determina que — «as **peessoas jurídicas de direito público** responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros». O respectivo parágrafo único prevê, a seguir, que — «caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de dolo ou culpa (v. **Yussef Said Cahali**, «Responsabilidade Civil do Estado», SP, RT, 1982; **Mario Moacyr Porto**, «Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus Juizes», in «Revista dos Tribunais», n. 563, p. 9, SP, 1982; **Afranio Lyra**, «Responsabilidade Civil», Bahia, 1977).

O princípio do **direito de regresso** é igualmente previsto, para os particulares, no art. 1.524, desde que a pessoa por quem se indenizou não seja descendente do responsável.

3. **Dano causado pelo hóspede.**

O Código Civil Brasileiro, no art. 1.521, já citado anteriormente, no minucioso elenco de casos de responsabilidade por **fato de outrem**, traz importante referência ao dano causado **pelo hóspede**, expressão esta que usamos em sentido genérico.

Na verdade, o preceito é bem mais específico ao dispor no inciso IV que respondem pela indenização —

«Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos».

Esse tipo de responsabilidade **indireta**, na qual se poderia mesmo sustentar a existência de responsabilidade **objetiva**, supõe a **albergaria**, a hospedagem mediante remuneração.

No Código do Japão, não há preceito semelhante e parece-nos difícil deduzí-lo dos seus princípios gerais.

4. **Dano causado por terceiro**, em geral.

A matéria, embora aparentemente subsidiária e complementar, na verdade pode ser objeto de toda uma monografia em apartado, pois múltiplos são os casos não apenas de danos de terceiros, como ainda de terceiros envolvidos em danos de outra espécie, como o caso daquele que não é proprietário, mas tem a custódia de um animal.

Neste item, porém, desejamos apenas ressaltar a tese básica do **direito de regresso**, isto é, de uma vez feita a indenização, poder aquele que a pagou recobrá-la do causador direto.

Já vimos que esse princípio é agasalhado no art. 715 do Código do Japão no que tange ao direito do empregador e do supervisor, quanto ao dano causado pelo empregado.

A mesma norma é seguida ainda pelo art. 717, terceira parte, no que tange à responsabilidade por dano causado por defeito de construção ou estaqueamento.

A orientação do Código Brasileiro é substancialmente a mesma, conforme o art. 1.524, o qual entretanto exclui da legitimidade passiva para a propositura da ação de regresso os descendentes daquele que pagou.

VI. Responsabilidade em razão de fato de coisa:

1. Dano causado por coisa animada.

Trata-se em suma dos danos causados pelos animais.

A matéria é antiqüíssima e já se encontra no próprio Código de Hamurabi, § 251, datado de 2.200 a.c. (v. «O Código de Hamurabi», ed., de **E. Bouzon**, Petrópolis, 1976).

Também a previu a Lei Romana das XII Tábuas, de 420 a.C., cuja tábua n. VII, § 1 assim dispõe:

Si quadrupes pauperiem faxit, dominus noxiae aestimiam offerto; si nolet, quod noxio dato.

A tradução é a seguinte:

«Se um quadrúpede causa dano, o proprietário indenize o valor do dano, ou entregue o animal ao prejudicado» (av. **Daubanton**, «Le Trésor de l'Ancienne Jurisprudence Romaine», Metz, 1811; **Silvio Meira**, «A Lei das Doze Tábuas», Rio, 1961; «Lei das XII Tábuas», in «Enciclopédia Saraiva do Direito»; **R. Limongi França**, «As Raízes da Responsabilidade Aquiliana», in «Revista dos Tribunais», 1983).

O Código Francês preceituou sobre o assunto no art. 1.385 e o Alemão no art. 833.

A norma do Código do Japão, sobre o assunto, é a seguinte:

Artigo 718. O possuidor de um animal deverá compensar todo prejuízo causado por este a uma outra pessoa; entretanto, isto não se aplicará, se aquele o conservou sob tal cuidado, que seja próprio em relação à espécie e natureza do animal.

A pessoa que tenha a custódia do animal em lugar do possuidor também assumirá a responsabilidade mencionada no parágrafo precedente.

Na versão inglesa:

Article 718. The possessor of an animal must compensate any damage caused by it to another person; however, this shall not apply, if he has kept it with such care as is proper according to the species and nature of the animal.

A person who has the custody of an animal in place of the possessor shall also assume the responsibility mentioned in the preceding paragraph.

O Código Brasileiro é mais pormenorizado, conforme o seu art. 1.527:

«O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar:

- I — Que o guardava e vigiava com cuidado preciso.
- II — Que o animal foi provocado por outro.
- III — Que houve imprudência do ofendido.
- IV — Que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior».

A despeito da diferença de forma, os preceitos muito se aproximam um do outro.

Entretanto, enquanto o Código Japonês declara responsáveis o «possuidor» ou «o que tem a custódia» do animal, o do Brasil refere ao «dono ou detentor».

Aqui, um e outro são responsáveis solidários. Naquele parece excluir-se o proprietário, que não esteja na posse do animal.

Não é inviável, porém, que a co-responsabilidade do proprietário, no Direito Japonês, se possa deduzir dos seus princípios gerais.

Os incisos I a IV do Direito Brasileiro se referem, em suma, à prudência do responsável, à imprudência da vítima e à força maior.

Embora de maneira bastante genérica a expressão «such care as is proper», não deixa de abranger todas essas hipóteses.

2. Dano causado por **defeito de construção**.

Também esta matéria tem raízes profundas e bem definidas nos grandes sistemas do Direito Antigo, como o Assírio-babilônico e o Romano, de onde, através do Direito Medieval, passaram, no Ocidente, para os códigos modernos.

O Código do Japão a regula no artigo 717, do qual já cuidamos acima, a respeito de dano de terceiro.

Disposto em três partes, assim se exara:

Artigo 717. Se algum prejuízo foi causado a outrem, por causa de defeito na construção ou manutenção de uma

estrutura de raiz, a pessoa que esteja na posse da estrutura estará obrigada pelos prejuízos à parte prejudicada; mas se a pessoa na posse exerceu o devido cuidado para prevenir a ocorrência de tal prejuízo, a compensação do prejuízo deverá ser feita pelo proprietário.

As determinações do parágrafo precedente se aplicarão com as necessárias modificações, nos casos em que haja defeito no assentamento ou no suporte de bambus ou de madeira. Se nos casos mencionados nos dois parágrafos precedentes existir outra pessoa que seja responsável pela perpetração do prejuízo, tanto o possuidor como o proprietário poderá exercer o direito para obter o reembolso contra essa outra pessoa.

São os seguintes os termos da versão oficial inglesa:

Article 717. If any damage has been caused to another person by reason of any defect in the construction or maintenance of a structure on land, the person in possession of the structure shall be liable in damages to the injured party; but if the person in possession has exercised due care in order to prevent the occurrence of such damage, compensation for the damage must be made by the owner. The provisions of the preceding paragraph shall apply with necessary modifications, in cases where any defect exists in the planting or the support of bamboos or of trees.

If in the cases mentioned in the preceding two paragraphs there exists any other person who is responsible for causing the damage, either the possessor or the owner may exercise the right to obtain reimbursement against such other person.

Decompondo-se as respectivas disposições:

- I — Pelo dano de edifícios responde o **possuidor**.
- II — Se o possuidor não tem culpa, responde o **proprietário**.
- III — Havendo defeitos de assentamento ou nos suportes de bambu, a responsabilidade de um e outro se aferirá com «necessary modifications».
- IV — Em qualquer dos casos acima, havendo terceiro responsável, caberá aos que pagaram **direito de reembolso**.

O preceito brasileiro é bem mais simples, conforme o art. 1.528:

«O **dono** do edificio ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provir da falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta».

A norma geral, bem se vê, é a da responsabilidade **do proprietário**.

Exige-se, porém, o requisito da **culpa** (in fine), e a ação de regresso contra terceiros responsáveis, inclusive o possuidor, se deduz dos princípios gerais.

3. Dano causado por **coisas lançadas ou caídas**.

O Código do Brasil, no art. 1.529, cuida dos danos causados por coisas lançadas ou caídas de um edifício, nestes termos:

«**Aquele que habitar uma casa**, ou parte dela, responde pelo dano proveniente das **coisas que dela caírem ou forem lançada em lugar indevido**».

O responsável não é necessariamente o dono da casa, nem o que lançar a coisa ou a deixar cair. É o **habitante** da casa, seja ele proprietário, inquilino ou ocupante a qualquer título.

Há o requisito da queda ou lançamento **em lugar indevido**, e, ainda uma vez, parece não haver dúvida sobre o direito de regresso contra os verdadeiros causadores do dano.

Essa matéria, no Brasil, deita fortes raízes no Direito Romano, cujo «Digesto», do Imperador Justiniano, de 530 d.C., compilou sete fragmentos a respeito, de autoria de notáveis juriconsultos do Período Áureo (**Palus, Ulpianus e Gaius**, L. IX, Tít. III, «De his, qui effuderint, vel dejicerint»).

No Código do Japão não encontramos preceito semelhante, mas não é inviável deduzí-lo dos princípios gerais, especialmente os que informam o preceito sobre danos de edifício (art. 717), com as modificações concernentes às suas peculiaridades.

VII. Regras complementares da Responsabilidade:

1. **Pluralidade** da responsabilidade.

Dispõe sobre a matéria o Código do Japão:

Artigo 719. Se duas ou mais pessoas causaram por ato ilícito coletivo prejuízo a outrem, elas estão obrigadas coletiva e separadamente a fazer a compensação desse prejuízo; o mesmo se aplicará se for impossível distinguir qual dos participantes causou o prejuízo.

Instigadores e cúmplices são considerados como co-participantes.

Na versão em inglês:

Article 719. If two or more persons have by their joint unlawful act caused damage to another, they are jointly and severally liable to make compensation for such damage;

the same shall apply if it is impossible to ascertain which of the joint participants has caused the damage.

Instigators and accomplices are deemed to be joint participants.

No Código Brasileiro, a matéria está regulada no final do **caput** e no parágrafo único do art. 1.518, onde se diz que os bens do responsável ficam sujeitos à reparação, e —

«se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente . . . ».

Além disso —

«São solidariamente responsáveis com os autores, os cúmplices e as pessoas designadas no art. 1.521».

Por outro lado, o próprio art. 1.521, no inciso V diz ainda que são responsáveis —

«Os que gratuitamente houverem participado do produto do crime, até à concorrente quantia».

Esclarece **Bevilaqua**, o autor do Projeto do Código, que este último dispositivo «não se refere a co-autores e cúmplices», mas a pessoas que não integraram a autoria do delito, embora deles, inocentemente, se tenham beneficiado, pois, assinala, «não pode ninguém locupletar-se com o alheio» (v. Código Civil Comentado», vol. V, p. 299, 6ª ed., 1947).

2. Dano ao nascituro.

O Código do Japão traz, a respeito do dano ao nascituro, uma disposição notável, que deveria servir de exemplo à legislação da generalidade dos países.

Assim se lê no art. 721:

Artigo 721. Uma criança nascitura, com respeito à reclamação de prejuízos, será considerada como se já tivesse nascido.

Na tradução oficial inglesa:

Article 721. A child en ventre as mere shall, in respect of his claim for damages, be deemed to have been already born.

Adota-se aí, com clareza, a assim chamada orientação **concepcionista**, segundo a qual o ser humano é pessoa, a partir da concepção. (V. Silmara Chivelato, «Proteção Civil do Nascituro», Tese de Doutorado, Univ. de S. Paulo, 1983).

A posição contrária é a **natalista**, para a qual a pessoa só começa do nascimento com vida.

O Código Brasileiro, na Parte Geral, art. 4º, segue orientação dúbia, ao determinar que —

«A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo **DESDE A CONCEPÇÃO** os direitos do nascituro».

Graças a esse preceito, os juristas brasileiros se dividem entre concepcionistas e natalistas.

De nossa parte, a despeito do texto contraditório, temos sustentado que da própria disposição final resulta a personalidade a partir da concepção, pois não há possibilidade lógica de se reconhecerem **direitos** a um ente que não seja **sujeito de direito**, ao mesmo passo que não pode haver sujeito de direito que não seja considerado **pessoa** (v. **R. Limongi Franca**, «Manual de Direito Civil», vol. I, p. 142-145, 4ª ed., SP, RT, 1980; cf. **André Franco Montoro** e **Anacleto de Oliveira Faria**, «Condição Jurídica do Nascituro», SP, 1953)

Assim, a rigor, diante dessas normas gerais e em analogia com múltiplas normas especiais sobre os direitos do nascituro, pode-se sustentar que, no Brasil, a orientação sobre a reparação do **dano ao nascituro** é substancialmente a mesma do direito japonês.

3. Estado de necessidade.

A matéria do dano causado naquilo que, em Direito Ocidental, se denomina tecnicamente «estado de necessidade», se encontra regulada no Código do Japão, no art. 720, nestes termos:

Artigo 720. Uma pessoa que, por força da proteção do seu próprio direito ou do direito de uma terceira pessoa, contra o ato ilícito de outrem, comete inevitavelmente um ato nocivo não está obrigada ao pagamento de prejuízos; entretanto, isto não impedirá reclamação por prejuízos pela parte prejudicada contra a pessoa que cometeu o ato ilícito. As determinações do parágrafo precedente se aplicarão com as necessárias modificações aos casos em que uma coisa pertencente a outrem é danificada com o fito de impedir perigo iminente que tenha surgido dessa coisa.

A versão oficial em inglês tem este texto:

Article 720. A person who, in order to protect his own right or that of a third person against the unlawful act of another, unavoidably commits a harmful act is not liable in damages; however, this shall not preclude a claim for damages by the injured party against the person who committed the unlawful act.

The provisions of the preceding paragraph shall apply with necessary modifications to cases where a thing belonging

to another is damaged in order to avert an imminent danger which has arisen from such thing.

Como se vê, o Código do Japão, consagra, em relação à matéria, duas espécies básicas de estado de necessidade.

1ª Defesa contra **ato ilícito** de outrem.

2ª Impedimento de **perigo iminente**.

Em ambas as hipóteses o causador do dano não responde, em princípio, pelos prejuízos, sendo que, no primeiro, cabe sempre reclamação contra o autor do ato ilícito.

Com relação à segunda hipótese se prevêem «necessárias modificações», sobretudo aquelas que decorrem do fato do perigo iminente não ter necessariamente sujeito responsável.

Já o Código Brasileiro, a este respeito, é bem mais complexo.

Primeiramente, é preciso assinalar que a **posição sistemática** da matéria é diversa, pois o assunto é regulado inicialmente na «Parte Geral» art. 160 e, ao depois, complementado no Livro das Obrigações, arts. 1.519 e 1.520.

Em segundo lugar, há uma diferença de enfoque e de disposição.

Na Parte Geral, art. 160, começa-se por determinar que **não constitui ato ilícito** —

«I — Os **praticados em legítima defesa** ou no **exercício regular de um direito**.

II — A deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover **perigo iminente**.

No Livro das Obrigações, o art. 1.519 postula que, **se o dono da coisa não for culpado do perigo**, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo sofrido, sendo que o responsável, não obstante as circunstâncias, é o autor do dano, ainda que de boa fé.

O art. 1.520 prevê **ação regressiva** em favor deste, contra terceiro eventualmente responsável.

O parágrafo único do mesmo artigo estende a norma aos casos de **legítima defesa**.

4. **Liquidação do dano.**

O assunto, no Código do Japão, está previsto no art. 722, que assim reza:

Artigo 722. As determinações do art. 417 serão aplicadas com as necessárias modificações para a indenização a ser feita pelo dano causado por ato ilícito.

Se houver culpa por parte da pessoa lesada, a Corte pode tomar isso em conta para o cálculo dos prejuízos.

Na versão inglesa:

Article 722. The provisions of Art. 417 shall apply with necessary modifications to the compensation to be made for the damage which has arisen from an unlawful act. If there is any fault on the part of the injured party, the Court may take it into account in assessing the amount of the damages.

Cumpre salientar que, segundo o art. 417, na falta de acordo diverso, o montante dos prejuízos será calculado **em dinheiro**.

Por outro lado, parece-nos de suma importância o realce que se dá ao papel dos Tribunais, na avaliação equânime dos prejuízos, quando haja culpa também da vítima.

No Código Brasileiro, a matéria é acentuadamente mais complexa.

Relaciona-se com ela todo o capítulo das «Disposições Gerais» referentes à «Liquidação das Obrigações», arts. 1.533 a 1.536, onde há preceitos minuciosos sobre vários dos seus aspectos, entre eles o do caminho do **arbitramento** (art. 1.536, § 1º) e o dos **juros moratórios**.

A seguir, há todo um outro capítulo especial sobre a «Liquidação das Obrigações resultantes de Atos Ilícitos».

Integram-no dezessete artigos, de 1.537 a 1.553.

A exposição respectiva, tal a complexidade, resultaria em um trabalho à parte, de modo que, a título do exemplo referiremos os artigos 1.537 a 1.548.

O primeiro trata da indenização em caso de **homicídio**, a qual consiste:

- I — No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família.
- II — Na prestação de **alimentos** às pessoas a quem o defunto às devia.

Com relação a esta matéria a Jurisprudência tem aduzido alguns acréscimos, como a própria **indenização por dano moral**, mesmo em caso de homicídio **culposo** (v. **R. Limongi França**, «Jurisprudência de Responsabilidade Civil», p. 35-40).

O outro artigo concerne à hipótese de **mulher agravada em sua honra**.

Conforme o preceito, poderá exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o dano **pelo casamento**, um **dote** correspondente à sua própria condição e estado, nos seguintes casos:

- I — Se, virgem e menor, for deflorada.
- II — Se, mulher **honesta**, violentada ou aterrada por ameaças.
- III — Se foi seduzida com promessas de casamento.

5. Prescrição.

A prescrição da ação de responsabilidade civil, conforme o Código do Japão, assim está estabelecida no art. 724:

Artigo 724. O direito de reclamar compensação por prejuízo que tenha advindo de um alto ilícito se extinguirá por prescrição se não exercido durante **três anos** a contar do tempo em que a parte injuriada ou seu representante legal **tenha ficado ciente** de tal prejuízo e da identidade da pessoa que o causou; o mesmo se aplicará se houver escoa-do **vinte anos** a partir da **data em que foi cometido o ato ilícito**.

A versão oficial em inglês é esta:

Article 724. The right to claim compensation for the damage which has arisen from an unlawful act shall lapse by prescription if not exercised within three years from the time when the injured party or his legal representative became aware of such damage and of the identity of the person whom caused it; the same shall apply if twenty years have elapsed from the time when the unlawful act was committed.

Como se vê, há dois prazos diversos: um de **três** anos e outro de **vinte**.

O de três anos se conta a partir da **ciência** da parte prejudicada ou do seu representante quanto a **dois** elementos:

- A) O **prejuízo**.
- B) A **identidade** de quem o causou.

Se não houve tal ciência, ou se ela não abrangeu esses dois elementos, a prescrição passa a ser de **vinte** anos, nos claros termos do preceito.

No Código Brasileiro, a matéria de prescrição está toda unificada na Parte Geral.

Nos termos do art. 178, § 10, n. IX a ação por ofensa ou dano causado ao **direito de propriedade** prescreve em **cinco** anos, «contados da data em que se deu a mesma ofensa ou dano».

Entretanto, em se tratando de prejuízos cuja natureza seja **personal** a prescrição é de **vinte anos**, contados da data em que a ação poderia ter sido proposta (art. 177).

Bibliografia

- Aussy, Charles** — Le Droit Moral de l'Auteur sur les Oeuvres de Littérature & d'Art, Paris, Pigelet, 1911, 164 págs.
- Azevedo, Filadelfo** — Direito Moral do Escritor, Rio, 1930.
- Chaves, Antônio** — Direito Autoral de Radiofusão, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1952, págs.289-348 e 351-427.
- Desbois, Henri** — Le Droit d'Auteur, Paris, Dalloz, 1950, págs. 544-660.
- Dozortsev, V.** — Les Editeurs, les Producteurs de Phonogrammes et de Videogrammes et la Protection des Oeuvres du Domaine Public, Doc. PRS/CPY/DP/CEG LI/7, apresentado ao Comitê de Peritos Governamentais sobre a proteção das obras do domínio público, da UNESCO, reunido em Paris de 17 a 21-01-1983, 16 págs. mimeografadas.
- Kruger-Nieland, Gerda** — The Moral Right of the Author, a particular Manifestation of the General Personal Right, Gema New, nº 20, 1980, págs. 5-16.
- Matthyssens, Jean** — Le droit moral contre les fauxmonnayeurs du génie, Revue Internationale du Droit d'Auteur, nº 106, 1980, págs. 3-23.
- Michaélides-Nouaros, Georges** — Le Droit Moral de l'Auteur, Paris, Rousseau, 1935, 371 págs.
- Mouchet, Carlos e Radaelli, Sigfrido A.** — Los Derechos Del Escritor y del Artista, Madri, 1953, págs. 117-194.
- Piola Caselli, Edoardo** — Diritto di Autore, Nuovo Digesto Italiano, Turim, Utet, 1938, vol. IV, págs. 1007-1013.
- Plaisant, Robert** — Juris Classeur de la Propriété Littéraire et Artistique, Paris, Éditions Techniques, fascículo 8, 1964, 23 págs. e fascículo 9, 1961, 30 págs.

O Poder e Seu Controle

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor Titular de Direito Constitucional
da Faculdade de Direito da USP

S U M A R I O

1. O fenômeno «poder».
2. Que é o poder?
3. Poder físico e poder moral.
- A. O poder nas relações interindividuais.
 4. O poder entre homens.
 5. A fonte do poder: a superioridade.
 6. A fonte da sujeição: a crença.
 7. Modalidades de poder.
 8. O poder nos grupos.
- B. O poder nas relações entre grupos.
 9. O poder dos grupos.
 10. A superioridade.
 11. A sujeição.
 12. O poder e as crenças.
 13. Legitimidade e «consensus».
- C. O poder na sociedade global.
 14. A institucionalização do poder.
 15. O poder político.
 16. O Estado.
 17. Poder estatal e Direito.
- D. O poder estatal na sociedade contemporânea.
 18. O poder «legal».
 19. A «classe» política.
 20. Classe política e elite econômica.
 21. Poder político e poder militar.
 22. Poder político e poder espiritual.
 23. A disputa pelo poder.
 24. Poder estatal limitado e poder estatal totalitário.
- E. O controle do poder.
 25. Poder e abuso do poder.
 26. O controle do poder.
 27. Controle do poder e Constituição.
 28. Direito e controle do poder e pelo poder.

1. O fenômeno «poder».

O homem depara a todo momento com o fenômeno **poder**. Tanto porque o exerce quanto porque o sofre. Não é de estranhar, por isso, que as ciências humanas, todas, se vejam às voltas, freqüentemente, com esse fenômeno onipresente. Assim é com a Ciência Política, com a Sociologia Política e, também, com o Direito Político.

O poder, contudo, é fenômeno fugídio, por muitas as suas faces. E numerosas as suas formas, espécies, tipos... Disto resulta, como preliminar de estudos, a necessidade de clarificar conceitos, precisar caracteres, que sente vez por outra o especialista em qualquer das ciências humanas. Mormente se o seu campo de interesse é o político.

Com efeito, as ciências políticas se preocupam a tal ponto com o poder e suas manifestações que não raro são consideradas ciências «do poder». E no uso corrente, o qualificativo «político», que etimologicamente significa relativo à **polis**, ao estado, aos negócios públicos, se emprega como «concernente ao poder» ⁽¹⁾.

Todavia, ora essas ciências encaram o Poder, ora analisam o poder, ou poderes. O Direito, por exemplo, inclui o Poder entre os elementos básicos do Estado, na lição clássica ⁽²⁾. E como o mais importante destes, pois é a causa formal do Estado. Tal Poder é a cabeça que dirige o povo, num determinado território, para a consecução do bem comum.

Mas, segundo registra a Ciência Política, esse Poder, elemento do Estado, é um entre muitos poderes que coexistem (e competem) na sociedade. E que ele é exercido (ou detido, ou gerado, pois não vale a pena entrar, aqui, na polêmica doutrinária) por algum ou alguns desses poderes sociais ⁽³⁾.

E a Sociologia, na sua análise, descobre que o poder, ou os poderes, sobre que se debruça a Ciência Política, se decompõe em inúmeras relações interindividuais, uns tendo poder sobre outros, uns sofrendo o poder de outros. E que todos os homens, por viverem em sociedade, são, numa medida variável, sujeitos, ativos e passivos, do poder ⁽⁴⁾.

2. Que é o poder?

A vista d'olhos que se acabou de perpassar justifica à sociedade o estudo que vem adiante. Quem negará que, com toda a razão e com muita necessidade, o estudioso de Direito do Estado se há de perguntar em que consiste o fenômeno **poder**? E quem o condenará por, em busca de resposta, ir além das lindes do Direito?

1. É a posição de Maurice Duverger. Para este, a Ciência Política é a Ciência do Poder (Cf. *Méthodes de la Science Politique*, Paris: P.U.F., 1959, pág. 13).

2. Cf. Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*, trad. esp., B. Aires: Albatros, 1943, pág. 348 e segs.

3. V. Georges Burdeau, *Traité de Science Politique*, Paris: Lib. Générale, 1949, vol. I, nº 177.

4. Cf. sobre todo este tema, Jean Baechler, *Le Pouvoir Pur*, Paris: Calmann-Levy, 1978.

Num sentido amplo, poder é capacidade de alterar o mundo exterior. É capacidade de produzir efeitos externos, seja sobre coisas, seja sobre homens, que tem, num dado instante e lugar, um ser humano determinado, ou um grupo de pessoas. Dizer capacidade é admitir o poder como potencial. Entretanto, obviamente ele se evola, quando, ao procurar traduzir-se em ato, não logra efeito. Poder que não pode alcançar efeito não é poder, inexistente. Em outras palavras, o **poder potencial** existe se e enquanto se pode efetivar no mundo exterior, se e enquanto se pode tornar **poder efetivo**.

Cumprir observar, porém, que, em relação a «corpus», i.e., em relação a objetos físicos, o poder que não consegue efetivar-se no real, era apenas **poder suposto** e de fato inexistia. Em relação a homens, i.e., sobre mentes, o poder suposto de um, ou alguns homens, obtém freqüentemente efeitos, porque o mais das vezes a suposição basta para ditar a conduta de quem sofre o poder. Este não «paga para ver» se realmente tal poder existe. Assim poder moral suposto é poder existente.

3. Poder físico e poder «moral».

Por alcançar resultados concretos e visíveis, o tipo mais definido de poder é o físico. Este é o poder sobre a natureza em geral. Consiste em obter modificações no quadro físico, naturalmente estabelecido. Atua sobre a natureza, aplicando as leis desta e, portanto, sendo condicionado por esta.

O **poder físico** aparece confundido com a força, porque seu exercício importa sempre num dispêndio de energia, (no uso da força, pois), ainda que a intensidade da força usada possa ser mínima.

Este poder físico pode ser exercido por homem sobre outro ou outros homens. Com o emprego da força, de uma força superior, um homem pode obrigar outro homem a fazer ou a sofrer o que não faria ou suportaria de modo próprio. O mais forte, destarte, exerce poder sobre o mais fraco, com o emprego de sua força que é maior. Com o emprego, sublinhe-se redundantemente, **efetivo** de uma força maior.

Quando não há emprego efetivo de força, ainda quando haja ameaça do uso desta, já não cabe falar de poder físico. Com efeito, a ameaça pode levar, como não raro leva, um homem a fazer o que o outro determina. Entretanto, é sua vontade, coagida embora, que comanda a execução da vontade alheia. O poder, neste caso limite, se exerce de mente a mente, é um poder «mental» ou «moral», que na hipótese se arrima de muito perto na força ⁽⁵⁾. Mas pode ter outro fundamento que o temor da força alheia.

5. A expressão «poder moral» é aqui empregada sem qualquer conotação valorativa. O qualificativo «moral» é usado como o oposto de «físico».

No **poder moral**, uma vontade se impõe a outra, apoiada numa «superioridade» que esta reconhece e aceita. Superioridade real ou suposta.

A. O poder nas relações interindividuais

4. O poder entre homens.

Tanto o poder físico quanto o poder moral estão presentes nas relações interindividuais. Aquele, porém, é bem menos freqüente do que este e tende a ser meio deste. Com efeito, a compulsão física que efetiva o poder físico é relativamente rara nas relações entre seres humanos, conquanto a ameaça de coação seja bem mais comum. E essa compulsão costuma ser instrumento para lograr resultado que, antes, se pretendeu como efeito de poder moral. E se pode supor que de mais em mais será dispensado o recurso à coação, mesmo para execução dos ditames do poder moral, à medida em que se aperfeiçoam as técnicas de controle sobre as mentes. Razoável, por isso, é concentrar a análise do poder nas relações interindividuais ao poder moral.

Este poder moral, sublinhe-se, é necessariamente um poder inter-individual. Só pode existir, por definição, nas relações entre seres humanos. Tal poder implica sempre dois sujeitos que são os pólos da relação: o ativo (que tem poder) e o passivo (que sofre o poder). O poder não existe se falta um desses elementos; assim, ninguém tem poder quando ninguém se sujeita a esse poder.

É ao poder moral que se aplica o conhecido conceito de Max Weber. Para este, poder, em sentido geral, significa «a possibilidade de impor a própria vontade sobre a conduta alheia» ⁽⁶⁾.

Este conceito, entretanto, precisa ser burilado. O verbo «impor» é forte demais para bem exprimir a variedade e a sutileza de muitas formas de poder. Este nem sempre é tão intenso que **impõe** uma conduta, não raro a influência apenas. O poder apresenta diversos graus de intensidade, todavia, nem é necessário dizê-lo, em todos eles obviamente existe poder.

Parece preferível, por isso, dizer que o poder consiste na possibilidade de determinar pela própria vontade a conduta alheia. Determinação essa que se manifesta em graus variados que sempre importam, porém, no fato de que o sujeito passivo tem sua conduta estabelecida segundo normas que vêm de fora. De modo heterônomo, portanto. Pelo menos numa certa medida.

5. A fonte do poder: a superioridade.

Quem exerce poder pretende ter uma **superioridade**, ou pelo menos estar numa posição de superioridade, relativamente àquele cuja conduta quer orientar.

6. V. *Economia y Sociedad*, trad. esp., Mexico: Fondo de Cultura, 2ª ed., 1964, vol. II, pág. 696.

Isto é patente quando o poder deriva da maior força. O mais forte impõe porque sabe que, se preciso for, constrangerá fisicamente o mais fraco a proceder segundo a sua vontade. O mais fraco obedece porque tem conhecimento de que não poderá enfrentar com o êxito o mais forte. A superioridade de força, física, é a fonte de tal poder.

Na verdade, nem sempre essa superioridade é real — repita-se. O sujeito ativo pode supor que é mais forte e assim exercer poder. E o exercerá até que lhe seja contestada esta maior força, quando, aí sim, se ela não existir, estará findo o seu poder. Tal superioridade suposta não raro é fruto da **voluntas dominandi** que impulsiona os **powerseekers** ⁽⁷⁾.

A superioridade da força não é, contudo, a principal fonte de poder nas sociedades contemporâneas. Muitas outras com ela concorrem: a de riqueza, a de sabedoria, a de inteligência, a do carisma, etc. E também a de **status**, tomando-se este termo tanto na acepção de posição social quanto na de situação numa hierarquia institucionalizada, como a da Igreja, ou a do Estado. Superioridades há que, importantes no passado, hoje se desvalorizaram, como a de nascimento, enquanto algumas se depreciam nos dias que correm: a de sexo e, talvez, a de raça.

6. A fonte da sujeição: a crença.

Como, todavia, uma superioridade suposta pode gerar poder?

A resposta não é vista, salvo se se encarar a questão não mais do ângulo do sujeito ativo e sim do ângulo do sujeito passivo do poder.

Com efeito, quem pauta a própria conduta pela vontade alheia, exceto na hipótese de constrangimento físico efetivo, o faz porque, consciente ou inconscientemente, aceita a superioridade do outro. Crê na superioridade de quem sobre ele exerce o poder.

No caso grosseiro da superioridade baseada na maior força, tal crença é a de não poder resistir se a compulsão for exercida, ou o temor de sofrer um castigo, uma **sanção** caso não obedeça. Em outros casos, o sujeito passivo do poder obedece porque crê dever obediência. A sua conduta, portanto, um dever-ser que está inscrito no seu patrimônio moral. Ele obedece porque crê ser direito que obedeça. E, sem dúvida como é humano, porque não quer sofrer a sanção associada à violação do dever-ser.

Todo indivíduo, e não apenas os que patologicamente são dominados pela **voluntas subjectionis**, tem gravada no espírito uma idéia do que é certo e do que é errado, portanto, de a quem é certo que obedeça. E sabe o que arrosta se desobedecer. Tal idéia é instilada

7. V. Robert A. Dahl, **Modern Political Analysis**, New Jersey: Prentice-Hall, 3ª ed., 1963, pág. 100 e segs.

pela formação que, na família e fora dela, o indivíduo recebe, e, por isso, é variadamente amoldada. Entretanto, ela corresponde a um instinto inscrito certamente no próprio patrimônio genético do animal homem ⁽⁸⁾.

7. Modalidade de poder.

Transparece do exposto que o poder moral apresenta diferentes modalidades. Estas podem ser encaradas, do ângulo do sujeito ativo, como graus de **intensidade** do poder. Estes graus, todavia, correspondem, do ângulo do sujeito passivo, a diferentes **sanções**. Com efeito, sendo os homens o que são, o que exerce poder, ao exercê-lo leva em conta a sanção que pode impor em caso de desobediência, e, sobretudo, quem obedece sempre leva em conta, ao obedecer, a sanção que arrisca, sopesa o «mal» que lhe advém por obedecer em face do «mal» que lhe resultará por não obedecer.

Por isso, o grau máximo de intensidade do poder corresponde à sanção mais temida. Ora, de modo geral, o que o homem mais teme é sofrer, no espírito sim, mas principalmente na carne. Teme a «pena», no sentido original do termo, ou seja, o castigo corporal. Assim, mais intenso é o poder que pode acarretar uma pena. Quem pode aplicar pena, impõe a conduta a quem teme a sanção. À imposição, pois, corresponde a pena.

Grau menor de temor inspira a sanção meramente moral: a reprovção social, que é a sua forma mais nítida. É esta tipicamente a sanção que colhe os que desobedecem à «autoridade».

Esse temor, porém, é ainda nitidamente superior ao que inspira o desagrado, que é relativo à influência, forma menor de intensidade do poder.

Pode-se, destarte, falando-se de modo geral, pois a sensibilidade em relação a cada sanção varia de homem para homem, distinguir três níveis distintos de intensidade do poder a que correspondem três níveis também distintos de sanções, nas relações interindividuais:

1. O mais alto, o do **comando** sancionado pela **pena**;
2. O médio, o da **autoridade** sancionado pela **reprovção**, que sempre abarca todos os indivíduos que, formando o grupo social em que vive o indivíduo, para ele «importam»;
3. O mínimo, o da **influência** sancionado pelo **desagrado**, que apenas afeta o sujeito ativo do poder.

8. O poder nos grupos.

O que se disse a respeito do poder nas relações interindividuais aplica-se obviamente ao que se passa no âmbito dos grupos. Com efeito, é preciso não esquecer que estes não têm existência transcendente aos indivíduos que os compõem. Falar deles, pois, personali-

8. Cf. Edward O. Wilson, **Da Natureza Humana**, trad. port., S. Paulo, Quieiroz, 1981.

zando-lhes a existência, é útil figura de linguagem mas não passa de metáfora. O grupo é sempre um composto de indivíduos, embora para existir grupo seja necessário que esses indivíduos estejam integrados num feixe particular de relações. Relações interindividuais centradas num ponto comum — um centro de interesse — é que constituem o grupo.

Claro está que os caracteres de que se revestem essas relações interindividuais enfeixadas em grupo, variam e é em função dessa variação que se distinguem espécies de grupos. Por exemplo, e especialmente, a distinção entre massa, comunidade e comunhão, bem marcada por Gurvitch, levando em conta o grau de integração que tais relações realizam entre os indivíduos: uma fusão, no caso da comunhão, uma vinculação duradoura, no da comunidade, um liame efêmero e passageiro, no da massa ⁽⁹⁾.

Por outro lado, no âmbito de grupo, a superioridade da força só é relevante em relação a agregados transitórios. Nos grupos estáveis, se a força pode gerar o poder, este não perdura pela força. O fato da maior força acaba por transformar-se, singelamente numa tradição, complexamente numa idéia justificadora, de tal sorte que a superioridade, e sua recíproca a sujeição, passam nela arrimar-se. Gera-se, pois, um poder tradicional, mantido pela lealdade.

B. O poder nas relações entre grupos.

9. O poder dos grupos.

Na sociedade (global) ⁽¹⁰⁾, os grupos exercem poder entre si. Existem relações de poder de grupo a grupo que são particularmente importantes e podem, até, ser vistas como o cerne da história. Com efeito, esta é, em última análise, a tese marxista da luta de classes.

Isto não quer dizer inexistirem nesse plano manifestações individuais de poder que sejam relevantes. É o caso do poder carismático. Entretanto, é ele excepcional. Pelo menos na sociedade moderna, onde os indivíduos que exercem poder o fazem, de regra, integrados em grupos, apoiados por grupos (como os partidos).

Inquestionavelmente, por isso, pode-se dizer que grupos determinam a conduta de outros grupos, exercendo sobre estes influência, autoridade ou comando. Exercem este poder imbuídos de que o podem fazer, ou de que têm o direito de fazê-lo, sobre grupos que aceitam esse poder, de bom ou de mau grado.

10. A superioridade.

A fonte do poder de um grupo não difere substancialmente das fontes de poder individual. Muitas são as razões de superioridade

9. V. Georges Gurvitch, *Sociologia Jurídica*, trad. port., Rio de Janeiro: Kosmos, 1946, pág. 238 e segs.

10. *Id.*, *Traité de Sociologie*, Paris: P.U.F., 1960, Tomo I, pág. 216 e segs.

que, explícita ou implicitamente, invocam os grupos como base de seu poder: religiosas, econômicas, etc.

Não se pode menosprezar entre essas fontes a força. Esta, inclusive, é vista por não poucos como a determinante da distinção fundamental — a de governantes e governados — na sociedade global ⁽¹¹⁾. Inegavelmente, contudo, a força não é, quando encarado na longa duração o poder de um grupo, a fonte determinante. Ela tende, sempre, a transmutar-se numa idéia justificadora do poder do grupo: superioridade de raça, desígnio divino, imperativo da providência, etc., como já se apontou.

Na verdade, o fenômeno de poder entre grupos é fundamentalmente um fenômeno de crenças.

11. A sujeição.

Com efeito, os grupos se sujeitam a outros, e todos ao grupo político, o dominante na sociedade num dado momento, ou em razão da experiência (o mais freqüente) ou em razão de uma justificativa racionalizada. Mas essa experiência, que perdura como tradição, e essa justificação, sempre, integram-se numa **idéia de direito**, parte da cosmovisão preponderante, a qual legitima o poder ⁽¹²⁾.

12. O poder e as crenças.

Em qualquer grupo, reitere-se, o poder está relacionado a crenças. Isto é particularmente visível na sociedade global. Nesta, o poder está na dependência de um grupo de crenças, mais ou menos racionalizado, mais ou menos consciente, que inspira a sujeição e justifica a superioridade. E, no que tange ao grupo globalmente dominante, o que governa, como a força não pode fazer durar o seu poder, é sempre uma idéia do direito que lhe serve de fundamento do poder, posta de lado uma fase transitória em que talvez baste a força bruta.

De fato, em toda sociedade prevalece, tosca ou elaborada, uma concepção de justiça nas relações entre homens, entre indivíduos e grupos, entre grupos. Esta é uma idéia de justiça, porque define o que é justo naquela e para aquela sociedade. É idéia de direito, porque dela decorre o que é direito naquela sociedade para cada indivíduo e para todos os grupos ⁽¹³⁾.

As relações de poder se fundam nessa idéia de direito, nessa concepção de justiça. E também a relação de governo, que é a relação

11. Cf. Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris: Boccard, 3^a ed., 1928, 2^o vol., pág. 2.

12. A expressão «idéia de direito» foi emprestada das lições de Georges Burdeau (ob. cit.). Entretanto, neste texto a sua compreensão e a sua extensão não são exatamente as mesmas que têm no famoso *Traité de Science Politique*.

13. Aproxime-se o que aqui está do ensinamento de John Rawls (*A Theory of Justice*, Oxford: Oxford Univ. Press, 1980, pág. 5) sobre a concepção de justiça que todo homem tem.

de poder à qual todos os membros dessa sociedade estão obrigados a obedecer. E a obedecer comandos que se impõem sob pena.

Ressalvada a exceção do poder carismático, que não se funda numa crença genérica e sim na crença no dom, excepcional, do sujeito ativo.

Para alguns, esse corpo de idéias seria a ideologia. Consistiria num conjunto de convicções, erigido por uma classe como racionalização de sua dominação sobre outras⁽¹⁴⁾. Entretanto, se as elites preponderam incontestavelmente na definição da idéia de justiça, esta nem é obra exclusiva delas, nem é necessariamente a racionalização de interesses de classe. Ao contrário, resulta essa idéia daquilo que têm em comum todas as classes e todos os grupos, do vínculo que os integra numa sociedade.

13. Legitimidade e «consensus».

A idéia de direito, portanto, define quem comanda e quem obedece. Isto em qualquer grupo, inclusive na sociedade global. E estabelece também, na medida em que se pormenoriza, como se comanda e quando se obedece. Fixa, pois, o justo, o direito no tocante ao poder.

Em conseqüência, o poder escorado nessa idéia é o poder justo, legítimo segundo se usa dizer. Legítimo exatamente porque corresponde ao que é reconhecido como direito pelo grupo.

Esta legitimidade (objetiva) se funda, portanto, no **consensus**. Ou seja, no entendimento que serve de base e de ponto de referência para a vida em comum, entendimento que constitui o aceitável para a maioria, entendimento que faz o consenso⁽¹⁵⁾.

Na verdade, o **consensus**, propriamente falando, só existe quando uma **grande** maioria partilha desse entendimento básico (que, em última análise, é **pacto social**, ou melhor, as suas cláusulas). Com efeito, sendo informal, e numa certa medida fluído, esse **consensus** não pode apoiar-se numa simples, e transitória, maioria aritmética. Tem de contar com uma aceitação global por parte do grupo.

É verdade que a existência de **consensus** não reclama a inexistência de dissidência e de dissidentes. Raras são as situações e os momentos em que estes não existem. A regra geral, nos grupos secundários, é exatamente a presença de indivíduos que não subscrevem o entendimento geral e que, em especial, fazem do direito outra idéia. Para estes, de seu ângulo subjetivo, há uma legitimidade correspondente à sua concepção de justiça e não coincide, e se choca, com a prevalecente, a legitimidade há pouco qualificada de objetiva.

14. Cf. neste sentido de inspiração marxista, a lição clássica de Karl Manheim, em **Ideologia e Utopia** (trad. port., Rio de Janeiro: Zaher, 1968, pág. 81 e segs.).

15. V.M. Duverger, ob. cit., pg. 8.

O alastramento da dissidência, ou das dissidências, obviamente põe em risco o **consensus**. E, atingindo certo ponto, o quebra. Ocorre, então, a crise de **consensus** que repercute em crise de legitimidade. Em tais ocasiões, mais breves ou mais longas, fervilham os conflitos, propiciam-se as revoluções, abala-se o poder tradicionalmente arraigado.

Entretanto, como o pacto social é imprescindível para a vida em comum, um **consensus** sempre acaba por se estabelecer. Às vezes, é **grosso modo** o anterior. Quer dizer, as condições do pacto em dado momento contestado voltam a contar com a aceitação global. Noutras, é um novo pacto, substancialmente diferente, vem a se impor. E neste caso, diga-se, que em termos sociológicos se pode dizer que ocorreu uma **revolução**.

O novo **consensus** freqüentemente se estabelece de modo natural, por meio de uma acomodação evolutiva e como que insensível. Todavia, não faltam exemplos, e contemporâneos, de imposição desse **consensus** por uma ação direta, consciente, objetiva por parte de um poder. Tal sucede quando um poder ilegítimo na origem (porque não correspondente à idéia de direito prevalecente e apoiado na força bruta), infunde uma cosmovisão no meio em que se instala. Com efeito, não só as técnicas tradicionais de educação e formação mas também, hoje, as técnicas modernas de propaganda, de mobilização, podem levar o grupo a mudar sua idéia de direito e mais do que a sua concepção geral das condições de convivência. É nisto, aliás, que se esmeram os partidos totalitários.

Ora, com esse **consensus** criado igualmente se gera uma nova legitimidade. O poder na origem ilegítimo se legitima numa processo estendido no tempo, em que não falta, nunca, a repressão.

C. O poder na sociedade global.

14. A institucionalização do Poder.

Em qualquer grupo o poder pode institucionalizar-se. Isto é, ser separado dos indivíduos que o exercem, segundo regras preestabelecidas que o atribuem a um titular abstrato. Entretanto, o fenômeno mais importante de institucionalização ocorre na sociedade global.

Sendo muitas as fontes de poder, na sociedade costuma haver uma pluralidade de poderes. Nas sociedades menos evoluídas, porém, as fontes de poder tendem a se concentrar nos mesmos indivíduos, no mesmo grupo social⁽¹⁶⁾. Este acumula o poder religioso, o poder econômico, o poder militar, o poder político.

Este poder «concentrado» se ajusta à individualização. Encarna-se num homem, em alguns poucos homens individualizados, que o

16. Pondo-se de lado as sociedades arcaicas em que o poder é anônimo ou difuso. V. G. Burdeau, ob. cit., vol. I, nº 205.

têm como seu, como «coisa» sua. É um poder personalizado que se impõe no contacto imediato, face a face. É obviamente a idéia de direito que o legitima, o faz em relação a pessoa ou pessoas específicas. É o que historicamente se revela nos relatos de ter sido o poder conferido a um indivíduo ou a um grupo pouco numeroso de indivíduos por um deus, ou pelos deuses.

À medida porém que a sociedade evolui e se torna mais complexa, o poder tende a descentralizar-se. Tem-no ainda um grupo, contudo não mais um grupo composto de pessoas que dele fazem parte por um direito seu, e sim um conjunto de pessoas que possuem o poder porque desse grupo fazem parte, porque pertencem à casta, ou elite dominante. Ou pelo nascimento ou pela cooptação, que são os critérios comuns.

No momento em que o poder começa a «desindividualizar-se» ele principia a institucionalizar-se. Com efeito, a idéia de direito já reconhece a legitimidade ao grupo não ao indivíduo, o que importa em admitir que o poder permanece embora os homens passem.

A desindividualização do poder implica uma «legalização» do poder. Ela se opera por meio da definição de regras que, consideradas obrigatórias, estabelecem o critério de integração no grupo, portanto, de participação no poder.

A institucionalização se concretiza ao se consolidar a idéia de que o poder não é apanágio de um indivíduo como tal mas tem um suporte que transcende aos que o exercem. Um suporte impessoal, em geral simbolizado, estruturado em normas obrigatórias.

15. O poder político.

Como poder político se há de entender o que assume a gestão dos interesses gerais da sociedade. É político, portanto, no sentido etimológico do termo: i.é, concernente ao bem geral (pondo-se de lado a tese marxista de que é ele, sempre, instrumento de dominação de uma classe sobre outra ou outras, de modo que sua finalidade é, ao contrário, um interesse particular — o de classe — e nunca o de todos).

Questão interessante e controvertida é a que tange à superioridade que o origina. Ou seja, a resposta à indagação sobre a qual a fonte do poder político.

O testemunho do passado que a história registra, a experiência do presente que a observação identifica, desmentem as respostas simples, não matizadas. Esse poder nem sempre é de fonte econômica (como querem os marxistas), nem sempre é de raiz militar (portanto na superioridade da força), nem sempre provém de crenças religiosas. Com efeito, as lições invocadas mostram que existiram, e existem, poderes políticos derivados de superioridade econômica, de superioridade militar, de superioridade religiosa, como poderes que derivam desses três fundamentos principais combinados em proporção variada. E

sem excluir que esse poder pode ter fonte no carisma, ou estritamente política como ocorre contemporaneamente quando são políticos que se impõe porque são melhores políticos.

A raiz da sujeição, contudo, é mais fácil de encontrar, genericamente falando. A obediência deriva da idéia que na sociedade prevalece a respeito da superioridade relevante para a determinação dos rumos gerais, quando não decorre de um fato de força que depois busca a legitimação. Mas qualquer que seja a sua fonte não perdura senão quando se justifica em crenças. Em última análise quando alcança o **consensus** do qual se reflete a legitimidade.

Pondo-se como condutor do todo em vista de interesses gerais, o poder político naturalmente se afirma superior aos demais poderes. Isto não quer dizer, todavia, que lhe seja próprio o absorver, ou tentar absorver, todos os demais poderes que secretam os grupos sociais. Não, ele pode contentar-se, pondo-se como o mais alto, com definir o bem comum e impor que todos cooperem na realização deste, segundo ele o vê. Não lhe é inerente a inclinação totalitária, que, contudo, não é infreqüente na história, no Oriente, de há muito, é, hoje, também no Ocidente.

O poder político, tal qual qualquer poder, nem sempre é institucionalizado. Entretanto, em toda sociedade é bem cedo impelido nesse sentido. Com efeito, logo que esta se torna relativamente complexa, é sensível a tendência a desvinculá-lo dos indivíduos, que vivem e morrem portanto, passam para «encarná-lo» nalgo permanente que transcende os mortais. E consoante regras que regularizem a sua devolução e também o seu proceder e seu alcance.

Quando estas regras se estabilizam, o poder se tradicionaliza. Este poder tradicional está às portas do poder institucionalizado. Representa o estágio de que precede esta impersonalização. Historicamente todavia, se nas próprias sociedades arcaicas se nota o nascer do processo de institucionalização, esta é um fenômeno relativamente moderno. Ao culminar, marca ele o aparecimento do Estado.

Na verdade, o homem investido do poder político quando este é institucionalizado, tem um poder que resulta dessa investidura, independentemente de qualquer outra fonte, seja militar, econômica ou outra qualquer. Tem a superioridade de deter o poder político. Esta superioridade pode, e o mais das vezes isto ocorre, coincidir com outra ou outras, mas ela já pesa por si só. E freqüentemente mais do que todas as outras. O poder político institucionalizado, assim, é fonte de poder.

16. O Estado.

A institucionalização (plena) do poder político marca o aparecimento do Estado ⁽¹⁷⁾. Este vem a distinguir-se da sociedade, e dos

17. O termo «Estado» não é unívoco. Daí diferir, na opinião dos mestres, o momento em que surge o Estado. Adota-se aqui a lição de Burdeau (ob. cit., nº 211, 212).

grupos que a compõem, como a organização do todo com vista ao interesse geral. E correlativamente ao Estado afirma-se o Poder (com a devida maiúscula) que é a sede abstrata do poder político, transcendente dos indivíduos que o exercem.

Tal poder se põe naturalmente como superior aos poderes sociais. Para reger o povo, isto é, os indivíduos e os grupos nos quais se integram, ele há de ser superior a estes, pelo menos por função. Com efeito, para dirigi-los é preciso que sua orientação se presuma superior às decisões individuais e grupais. Como, por outro lado, o Estado se afirma territorialmente, esse Poder se coloca como superior numa órbita espacial e em relação aos que vivem, ou atuam, nessa área.

Há indubitavelmente uma relação entre esta supremacia que invoca o Estado e um fenómeno de força ⁽¹⁸⁾. O poder institucionalizado deve ser mais forte do que os poderes sociais, ao menos isolados, para que se possa impor sobre eles. Tem de ser, numa palavra, incontrastável. Entretanto, nunca se pode olvidar que essa superioridade se arrima numa idéia de direito que consagra a prevalência do interesse geral (ou ao menos do que assim se apresenta) sobre os interesses particulares.

Este Estado, cujo Poder é incontrastável no plano interno a suas lindes, não necessita ser, logicamente, independente de qualquer outro Poder. E historicamente, como elucida a Idade Média, nem sempre o foi, pois nessa época largamente se admitiu a sua subordinação ao Império, ou ao Paparo.

Entretanto, o Estado moderno, obra de grandes monarcas do Ocidente, se caracteriza por seu Poder soberano. Ou seja, por afirmar o seu Poder como o mais alto (soberano, de **soberanus**, superlativo de **super**: o mais alto). Não só superior aos indivíduos e poderes sociais existentes num determinado âmbito territorial mas também não sujeito a qualquer outro poder. Confira-se aqui a lição clássica de Bodin, nos **Six livres de la République** ⁽¹⁹⁾. Nesta obra, que consagra e teoriza a obra dos mencionados monarcas, põe ele a soberania como espinha dorsal do Estado. E por soberania entende o mestre a qualidade de um poder que não tem superior, que se determina a si próprio, que não sofre nem teme contraste, seja dos poderes que se situam no seu âmbito espacial (interno), seja de poderes a ele exteriores. Mas tudo isto tem um pressuposto fático: ele é suficientemente forte para se impor a todos os que a ele se contrapuserem no âmbito interno, para impedir que outro poder se imiscua nesse âmbito territorial que ele se reserva.

17. Poder estatal e Direito.

A primeira marca da soberania, segundo assinalava há quatro séculos Jean Bodin, é positivar o direito: «**donner et casser da loi**» ⁽²⁰⁾.

18. Cf. Duguit, ob. cit., § 1º.

19. Cf. Jean Bodin, ob. cit., Paris, 1853, Livro I, cap. 8º.

20. Id., ibid.

Bem longe estava ele, é certo, de supor que o príncipe pudesse criar de sua vontade a norma obrigatória. O dar a lei era determinar, segundo a justiça, qual o direito. Revelá-lo, pois, em face de princípios de justiça que, ao tempo, se consideravam transcendentais mas que, certamente, simplesmente espelham a idéia de direito que faz a sociedade num determinado momento de sua história.

O mestre da **República** tinha, como todos os seus contemporâneos, a experiência (hoje até certo ponto despercebida) da pluralidade das fontes de direito. Cada grupo, todos os seus membros. E cada grupo as impõe a seus membros pelos meios de que dispõe. O poder estatal, como o mais alto dos poderes e o que se incumbem do interesse geral, **positiva** o direito, o mais das vezes acolhendo normas geradas por grupos de âmbito restrito. Tal positividade não é sempre uma criação e no passado o era muito pouco frequentemente. Consiste, porém, em associar ao imperativo contido na norma a coercibilidade. Ou seja, a possibilidade de sua imposição pela força do Estado, pela força incontestável que é própria ao poder estatal.

E, numa certa medida, o Estado edita direito para realizar sua tarefa de condução para o bem comum. É verdade que, pelo menos até o século XIX, o fazia modestamente, assumindo a posição de declarar o justo que, como tal, preexistia à sua enunciação. Somente ao assumir a missão de instaurar o bem-estar é que, com as bênçãos do voluntarismo jurídico, ousou criar normas obrigatórias. E especialmente normas instrumentais, as «normas de impulsão», enquanto anteriormente se limitava à explicitação de «normas de arbitragem» ⁽²¹⁾.

D. O poder estatal na sociedade contemporânea.

18. O poder «legal».

Na sociedade contemporânea, pelo menos nas que são ditas mais evoluídas, o poder estatal se ajusta ao tipo que Max Weber denominou de «legal» ⁽²²⁾. Ele se funda num estatuto, isto é, num corpo de normas, legisladas ou costumeiras, que definem a quem compete esse poder, como ele se exerce e até onde ele se estende. Em princípio, portanto, o indivíduo investido no poder é obedecido porque é direito que assim seja. Direito que pode ser apenas «legal» ou também «legítimo», neste último caso quando se amolda à idéia de direito ancorada no **consensus**.

Entretanto, é intermitente no mundo atual o fenômeno carismático. Com efeito, em muitos Estados, e não dos menos ricos ou desenvolvidos, o poder tem sido tomado por indivíduos que pretendem ter um «direito» ao poder em razão de um dom, ou iluminação, espe-

21. V. do Autor, *Do Processo Legislativo*, S. Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1984, passim.

22. Ob. cit., pág. 707 e segs.

cial, os quais encontram seguidores e como que fascinam todo um povo. Assumem assim, o poder político que se desinstitucionaliza, que no líder carismático se personaliza ⁽²³⁾.

Tal fenômeno seria, hoje, impossível sem os modernos meios de comunicação de massa. De fato, o carisma, que em sociedades pouco evoluídas é com freqüência fonte de poder político, não tinha até o desenvolvimento desses meios instrumento para alcançar mais do que um círculo pequeno, circunscrito ao que pode atingir uma irradiação pessoal. Com o desenvolvimento da eletrônica, essa irradiação pode alcançar, como atinge, o grande número e gerar, de novo, o poder carismático. Isto se viu bem claramente na Alemanha dos anos 30 quando Hitler, por meio do rádio sobretudo, conseguiu galvanizar milhões de pessoas. E, com o seu apoio, não só conquistar o poder mas torná-lo coisa sua, a ser usado como bem parecesse.

Forma atenuada de carisma, é a personalização do poder, que se registra em praticamente todos os Estados contemporâneos ⁽²⁴⁾. Consiste este fenômeno numa revalorização da personalidade, os das personalidades, em detrimento das idéias, na disputa do poder político. É ela ensejada por esses meios de comunicação, particularmente pela televisão que, por assim dizer, coloca os indivíduos em contacto «físico» como o líder, aceitando-o antes pela imagem do que pelo raciocínio. Isto enseja a «venda» de líderes, ou candidatos, pelo «merchandising» político, nova especialidade de agências de propaganda. E aproxima a técnica de busca do poder da que no mundo do espetáculo alicerça o **star system** ⁽²⁵⁾

19. A «classe» política.

Esse poder legal é detido na sociedade contemporânea, por uma «classe» política ⁽²⁶⁾. Ou seja, por uma minoria que se propõe como objetivo deter e exercer o poder político, especializando-se e empenhando-se (quase integralmente) em desenvolver e exercitar os dotes necessários à sua obtenção. Entre esses dons está sempre a capacidade de articulação — o dom das combinações de que fala Pareto ⁽²⁷⁾, pela qual se obtém a colaboração de outros, formando o grupo de apoio que, em sociedades compostas de milhares ou milhões de membros, é imprescindível para o êxito. E, na medida em que a disputa é aberta, o dom de seduzir as massas ⁽²⁸⁾.

23. Id., pág. 847 e segs.

24. V. Leo Hamon e outros, *La personnalisation du pouvoir*, Paris: P.U.F., 1964.

25. V. Roger-Gérard Schwartzberg, *L'Etat-spectacle*, Paris: Flammarion, 1977.

26. Cf. Gaetano Mosca, *The Ruling Class*, trad. ingl. Nova Iorque: McGraw-Hill, 3ª ed., 1965, cap. 2º.

27. Cf. Vilfredo Pareto, *Traité de Sociologie Générale*, Genebra: Droz., 3ª ed., 1968, cap. XIII.

28. Observa Mosca (ob. cit., cap. 2º, nº 3) que os «membros da uma minoria dirigente têm algum atributo, real ou aparente, que é muito estimado ou muito influente na sociedade na qual vivem». Que atributo outro que esse dom de articulação e de sedução pesa mais na democracia contemporânea?

Com efeito, dada a importância que a democracia tem na idéia de direito predominante nas sociedades contemporâneas, o poder é objeto de constante disputa. Ou de disputa aberta por meio de eleições periódicas em que é necessário conquistar o voto do grande número, ou de disputa fechada, no seio de um grupo — normalmente o partido — em que se impõem que logra melhores combinações. Em ambos os casos, todavia, a capacidade de manobra sobreleva, porque esta é pelo menos necessária para reunir o grupo de apoio.

Depreende-se disto que a classe política é basicamente composta pelas «raposas». Esta é que possui as qualidades que no mundo atual levam à conquista do poder político, de acordo com a idéia de direito generalizadamente aceita. É certo que, em muitos países, os «leões» ocupam esse poder, ou por períodos intermitentes em que se quebra a legalidade, ou por períodos mais duradouros que normalmente se alcançam na medida em que esses «leões» demonstram ou logram os dotes das «raposas».

Esta elite política tende a criar interesses comuns, a assumir posições de «classe». Tal verificação é uma das fontes de ojeriza que tinham os socialistas, no século passado, à atuação parlamentar, pois viam nos trabalhadores eleitos traidores em potencial da classe de origem. E o fenômeno se tornou mais pronunciado a partir do momento em que a política passou a exigir dedicação exclusiva e tempo integral, como sucede nas democracias (e semidemocracias) contemporâneas. Daí a denúncia da transformação do mandato em profissão, sinal do abastardamento e deturpação da representação, que formula Tadiou ⁽²⁹⁾.

20. Classe política e elite econômica.

A tese de que o poder estatal está nas mãos de uma elite política contraria o mito de que ela é, sempre, um reflexo da que detém o poder econômico.

Ninguém negará que os detentores deste poder econômico influem sobre o poder político. Quer dizer, exercem poder sobre o Estado e sobre os que detêm o poder estatal. Em sociedades evoluídas, contudo, e especialmente nas que já penetram na era industrial, tendem a ser naturalmente dispersas as fontes do poder ⁽³⁰⁾. Nelas, o poder econômico se apresenta separado do poder político.

Ademais, a existência de uma fonte política do poder institucionalizado já de per si leva a essa separação, conquanto a detenção do poder estatal sempre importe em poder econômico (e mormente hoje quando o Estado é «empresário»). Nas democracias, porém, onde o

29. V. Dominique Turpin, «Critiques de la représentation», em *Le régime représentatif est-il démocratique*, em Pouvoies, Paris: P.U.F., n.º 7, 1978, pág. 7e segs.

Um dos críticos da representação, R. Prioret, afirma que os parlamentares «sentem a necessidade de se juntar cotovelo contra cotovelo para fazer face ao inimigo comum; que é o eleitor» (pág. 10).

poder é objeto de uma disputa aberta, realizada por meio de eleições livres, o dom político leva ao Poder, independentemente da riqueza. Não há dúvida que, nesses pleitos, o aporte de recursos financeiros para a propaganda é importante e pode até determinar a vitória. Entretanto, globalmente falando não é suficiente nem eficiente o bastante para ditar a atribuição do poder político a este ou àquele partido. Do contrário a eleição estaria sempre assegurada a quem mais dinheiro contasse para a campanha.

É exato igualmente que os grupos econômicos, por meio da pressão sobre os eleitos, obtêm freqüentemente vantagens. Tal não ocorre, porém, de modo inexorável, mesmo porque há interesses contraditórios entre os grupos econômicos que competem e assim numa certa medida se anulam. É verdade, contudo, que essa influência é sobretudo grande sobre o poder estatal, maior do que sobre a conquista deste por este ou aquele líder.

Por outro lado, o Estado contemporâneo, tanto como planejador e controlador da economia, mas especialmente como empresário, e não raro o maior, em setores-chave da economia: indústria pesada, produção de energia, comércio bancário e internacional, etc., detém ele próprio um forte poder econômico. Por isso, mesmo pondo de parte os comandos que edita como soberano, o poder político exerce poder sobre os grupos econômicos. Está nisto um ponto saliente da realidade contemporânea, que raramente é levado na devida conta.

A tese, portanto, do primado do poder econômico, se na época em que foi formulada tinha certa verossimilhança, visto que, por meio de técnicas como o sufrágio censitário, o poder econômico lograva deter o poder político, não pode ser aceita como uma verdade que transcende as épocas⁽³¹⁾. E ela é desmentida pela experiência histórica que mostra a tomada do poder por grupos comunistas (e os comunistas são, de acordo com o **Manifesto**, a vanguarda do proletariado), em Estados cujo incipiente desenvolvimento econômico não tinha criado classe operária. Mas essa conquista do poder político por marxistas onde as condições que Marx considerava necessárias para o proletariado tornar-se classe dominante inexistiam, confirma a tese de que o poder político se alcança independentemente de poder econômico.

É paradoxal que apenas nos Estados marxistas é que existe a identidade entre classe política e poder econômico. De fato, os detentores do poder político são os que detêm plenamente o poder econômico⁽³²⁾. Nos Estados ditos capitalistas, se, graças ao intervencionismo, o detentor do poder político tem poder econômico ele não o monopoliza, como os possuidores de poder econômico não monopolizam o poder político.

31. V. Mosca, ob. cit., cap. cit., nº 5.

32. Cf. Juan J. Linz, «Totalitarian and Authoritarian regimes» em *Handbook of Political Science*, Reading: Addison-Wesley, 1975, vol. II, pág. 187 e segs.

21. Poder político e poder militar.

Em todas as épocas, em todas as sociedades, os mais fortes, os mais preparados para empregar a força física, tiveram, como têm, poder sobre o grupo que dirige o todo. Em muitos períodos e em toda parte, esse poder, que se pode chamar de poder militar, deteve o poder político⁽³³⁾. Hoje ainda vez por outra, e com frequência nalguns Estados, o poder militar empalma o poder político.

Entretanto, as próprias condições da sociedade contemporânea impedem que, duradouramente, o poder militar enquanto tal, baseado na maior força, detenha o poder político. A idéia de direito não legitima essa apropriação e os meios coercitivos não bastam para conduzir permanentemente a multidão e especialmente o escalão que enquadra e orienta a máquina estatal e as atividades produtivas.

Por isso, o grupo militar mais influi sobre o poder político do que o detém. E quando o detém procura sempre cobrir-se de tal modo que pareça «civil». Adota, então, as aparências de grupo político, ou pelo menos rende preito às formas de atribuição do poder que consagra a idéia de direito predominante no mundo moderno. Faz realizar eleições, conquanto estas não sejam livres, constitui ou abençoa partidos políticos, etc.

Por outro lado, não se pode esquecer que o poder político toda vez que conta com a obediência do poder militar, pode usá-lo em sua defesa e nos seus interesses. É o que se registra quando a força é utilizada na repressão aos oposicionistas e dissidentes de toda espécie.

22. Poder político e poder espiritual.

Em vista da dependência que tem o poder em relação às crenças, os indivíduos que atuam sobre estas, às vezes detém o poder político e, o que mais freqüente, sobre ele influem⁽³⁴⁾.

Esse poder espiritual, por muitos e muitos séculos, se confundiu com o poder religioso. Sendo a religião a fonte da cosmovisão e conseqüentemente da idéia de direito, os seus porta-vozes ou intérpretes se apenas em algumas sociedades menos evoluídas constituíram o poder político (poder sacerdotal, ou poder de monarcas-deuses, ou sumo-sacerdotes), em toda parte e em todos os tempos, inclusive na atualidade, influem no poder político. E a história registra, por exemplo na Idade Média, a luta entre o poder político temporal e o poder religioso, em disputa da supremacia.

Hoje, porém, o poder religioso perdeu muito de sua influência e prestígio, no Ocidente. No Oriente, especialmente no mundo maometano, como demonstra o exemplo iraniano, ele é ainda suficientemente

33. V. Mosca, ob. cit., cap. cit., nº 4.

34. Id *ibid.*, cap. VII.

forte para tomar o poder político, ou pelo menos para influenciá-lo decisivamente.

Entretanto, o enfraquecimento relativo do poder religioso no Ocidente não significa em termos absolutos a perda de influência do poder espiritual. De fato, se a religião perdeu força, a ciência e seus sacerdotes, os intelectuais, bem como a imprensa (neste termo englobados os que fazem a comunicação de massa) exercem intenso e extenso poder.

O poder dos intelectuais na sociedade contemporânea provém, por um lado, do prestígio que o saber confere e de certa forma sempre conferiu. Hoje, talvez mais do que em qualquer outra época, os homens confiam nos que sabem, especialmente quando esse saber vem aureolado como científico. E a razão é simples. O extraordinário progresso das ciências físicas nos últimos dois séculos, habilmente aproveitado na tecnologia, trouxe inequívocos benefícios para a vida de todos. O que se reflete no prestígio do saber, visto como instrumento de melhoria das condições e da qualidade de vida. Entretanto, não se nota, em geral, que esse prestígio não é merecido, em termos gerais, pelos especialistas de ciências humanas, pois estas avançaram bem menos. E não se toma a cautela de distinguir entre o campo em que o intelectual merece ser considerado especialista — e assim ser ouvido como quem sabe — e todos os outros em que seus conhecimentos não vão além da áurea mediocridade (quando chegam lá). Afinal, não há por que supor que um físico nuclear conheça algo mais de Ciência Política do que um indivíduo de razoável preparo escolar.

Por outro lado, é preciso sublinhar certas peculiaridades que marcam o intelectual contemporâneo, no mundo dito ocidental. Com muita razão, embora com uma pitada de sarcasmo (e quiçá de exagero), Schumpeter, em páginas memoráveis, fez a sociologia deste intelectual. Vale a pena reproduzir o cerne: «Os intelectuais são efetivamente gente que maneja o verbo, escrito ou falado, e que se diferencia dos outros escritores ou oradores pelo fato de que não assumem eles qualquer responsabilidade direta no que concerne às questões práticas: o intelectual, em geral, não possui qualquer dos conhecimentos que só fornece a experiência. Uma terceira característica consiste na atitude crítica do intelectual, determinada por um lado por sua posição de observador — e, por isso mesmo, na maior parte dos casos, de leigo — e pelo fato de que sua melhor probabilidade de se impor deriva das dificuldades que suscita ou poderia suscitar⁽³⁵⁾. Texto particularmente importante concerne às conseqüências da expansão imoderada do ensino superior: desemprego, condições de trabalho pouco satisfatórias, etc., que azedam os intelectuais produzidos em massa.

Na mesma posição dos intelectuais em geral, porém, com maior potencial de influência, estão os profissionais da comunicação. Até

35. V. Joseph Schumpeter, *Capitalisme, Socialisme et Démocratie*, trad. fr., Paris: Payot, 1954, pág. 246 e segs.

há pouco estes punham como missão informar. Claro está que esta informação que ministravam era sempre influenciada pelo **parti pris** inconsciente do informador, entretanto, o valor que conscientemente este se propunha era a verdade. Mais recentemente, porém, o comunicador assumiu a postura típica do intelectual. Ele «sabe» e porque sabe quer ditar, e sem dúvida influencia, a conduta de todos que recebem o seu «recardo» embora disfarçado de informação.

Não se exagere, contudo, o peso dos intelectuais, aqui incluídos os comunicadores. O povo, embora neles confie, não os segue como carneiros. E isto bem se vê num período em que a esmagadora maioria desses intelectuais é «de esquerda» e mais ou menos marxista, mas os povos que podem livremente escolher os detentores do poder político freqüentemente se governam «à direita».

23. A disputa pelo poder.

Nas sociedades globais contemporâneas ocorre no seio da «classe» política uma disputa pelo poder. No seio da «classe» política, insiste-se, não entre classes, como quer o marxismo. Com efeito, os indivíduos que pleiteiam o poder estatal somente metaforicamente podem ser apresentados como representantes das classes sociais. E a simbolização de classe que muitas vezes invocam não passa de «fórmula política», no sentido que Mosca dá a esta expressão, a justificar as suas ambições ⁽³⁶⁾.

São sempre indivíduos que disputam o poder. As classes sociais não existem como tais — será preciso lembrá-lo? — são grupos de indivíduos. Compõem-nas, portanto, indivíduos que apresentam certos traços comuns. Todavia, estes mesmos indivíduos diferem por uma infinidade de outros traços, inclusive, e especialmente, no tocante ao dom político, ou se se preferir no tocante à liderança. Estes indivíduos, dotados para a política, é que se dispõem a disputar o poder, com outros indivíduos, pertencentes por alguns caracteres a outras classes sociais, mas que com eles partilham o dom político.

É verdade que a competição não obedece à regra da igualdade das oportunidades. Os que são descendentes imediatos de outros que detêm ou detiveram o poder, ou que contaram com melhores condições para adquirirem o preparo adequado, ou que têm maiores meios de influência pelo acesso aos meios de comunicação, partem com vantagem. Entretanto, no mundo de hoje, pelo menos nas sociedades modernas, não há castas fechadas que detêm com exclusividade o poder e o acesso a ele. Há sempre uma circulação que permite aos nascidos nos estratos mais pobres da sociedade, com grande esforço, não há dúvida, a ascenderem à elite do poder. E o grau mais elevado dessa circulação é indubitavelmente um dos traços caracterizadores de uma sociedade democrática. E obviamente esta circulação leva,

36. Ob. cit., cap. III, nº 2.

aos poucos pelo menos, os descendentes da «classe» política que não contam com o respectivo dom a perderem o seu lugar entre os que detêm o poder. Mormente, porque a seleção eleitoral, que atribui o Poder de baixo para cima, a favorece ⁽³⁷⁾.

Estes indivíduos que, possuindo o dom político que valoriza cada tipo de sociedade, disputam o poder, por isso podem provir de diferentes classes sociais. E não é pela sua vinculação a esta ou àquela classe que se elevam a essa disputa, ainda que para os integrantes de certas classes, seja mais fácil fazê-lo. E desta regra não escapam as sociedades dominadas pelo comunismo, cujos líderes primeiros, salvo exceção, sempre provieram da burguesia. E que, em nome da dominação proletária, tentam fechar o acesso ao círculo mais alto aos que não provêm do proletariado, o que significa em geral os que não se vinculam à minoria dos ativistas do marxismo, à «nova classe» ⁽³⁸⁾. Mesmo nestas há a circulação, conquanto seja ela muito embaraçada pelos privilégios de que gozam os membros da «nomenklatura». Embaraço muito maior do que o que colhe os «proletários» em sociedades capitalistas, como os Estados Unidos.

Tal disputa pelo poder é um dos pontos fundamentais da ordem política dita «democrática» em voga no «Ocidente» o contemporâneo. De fato, é conceito arraigado o de que ninguém nasce com direito ao poder, que todos os homens são livres e destarte podem almejar as mais altas posições.

Este credo igualitário, todavia, não assegura que a competição seja realmente aberta, em toda parte. Ela existe em toda parte, ou quase, e segue em toda parte, ou quase, o mesmo ritual. Ou seja, a realização de eleições, das quais direta ou indiretamente resulta o governo, quer dizer, a posse do poder estatal.

Estas eleições, porém, nem sempre são significativas. Nem sempre nelas está verdadeiramente em disputa o poder estatal entre os indivíduos que pertencem à «classe» política.

Em realidade, em poucos Estados, essas eleições atribuem o poder, depois de uma disputa em que uma pluralidade de grupos têm a possibilidade de vencer. É o que ocorre nos regimes que merecem ser ditos democráticos, sem restrição mental. Noutros, mais nemorosos, a eleição, livre ou condicionada, enseja a disputa entre alguns grupos apenas, ou a certos indivíduos dentro de determinado grupo. Isto é típico dos regimes autoritários. Enfim, nos Estados totalitários, a disputa não depende dos resultados eleitorais que nela não influem. Nestes, as eleições são um rito, espécie de homenagem que o vício presta à virtude, servindo, sobretudo, à mobilização social ⁽³⁹⁾.

37. Será preciso lembrar que o sistema eleitoral estimula a circulação? V. para a relação entre os sistemas de seleção de governantes, que chama de **princípios**, e a circulação, maior ou menor, entre elite e massa, que chama de **tendências**, Gaetano Mosca, ob. cit., cap. XV, nº 1.

38. Cf. Milovan Djilas, **A nova classe**, trad. port., Rio de Janeiro: Agir, 1958.

39. V. Linz, art. cit., pág. 210.

Em face disto, a disputa em casos pouco nemorosos é aberta. Na maior parte deles é semi-aberta. E nalguns é fechada. Mas sempre existe. Mudam-se os métodos e as técnicas contudo ocorre a disputa mesmo nos Estados totalitários, só que nestes a disputa é restrita aos membros de uma cúpula e não depende de votações formais e sim de intrigas e manobras, ou barganhas.

24. Poder estatal limitado e poder estatal totalitário.

O poder estatal, como poder político, se volta para os interesses gerais do grupo social que é o povo. Importa sempre, portanto, embora o mais das vezes implicitamente, a definição do campo desses interesses gerais, a definição do que é «público», por oposição ao que é «privado» e assim há de ficar fora de seu alcance.

O pensamento político liberal acentuou sobremodo este aspecto. E dele resulta uma nítida separação entre o público e o privado. O domínio do privado é o dos direitos naturais do homem, que as Declarações, mormente a de 1789, solenemente enunciaram. Tais direitos circunscrevem o terreno particular, em que cada um há de determinar a própria vida sem interferência de quem quer que seja, e especialmente do poder estatal. É o campo da liberdade individual, da «liberdade dos modernos» para recordar a famosa lição de Constante⁽⁴⁰⁾. Em conseqüência, só é lícito ao poder estatal atuar fora desse domínio privado. E, na verdade, para os liberais o domínio público é bastante restrito: consiste em assegurar a ordem. Função, pois, de polícia, do **gendarme** francês. É o **État-gendarme**.

As idéias «sociais» que, já no século XIX, se levantaram contra o liberalismo, seja entre os chamados socialistas, seja entre os «cristão-sociais» inspirados pela doutrina papal, incluem no campo público questões de ordem econômica, ou relativas à família e à educação, que eram estritamente privadas para os liberais. Entretanto, exceto alguns raros entre os socialistas (e esta referência se dirige a utopistas como Fourier e seu falanstério), ainda essa corrente demarcava bem nitidamente o público e o privado. E tal qual a liberal recusava a intromissão do Estado no domínio privado.

Somente no século XX é que encontrou defesa, seguimento, e mais que isso realização, a concepção totalitária. Ou seja, a de que o poder estatal há de reger tudo, o que elimina a separação entre o círculo público e o círculo privado. A formulação clara dessa idéia se deve a Mussolini: «Tudo no Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado»⁽⁴¹⁾. A realização concreta desse programa, todavia, foi muito mais avançada pelo nazismo na Alemanha e pelo stalinismo na URSS. E nesta é que se encontra o mais perfeito exemplo de poder

40. Cf. Benjamin Constant, *De l'esprit de conquê et de l'usurpation*, 3ª ed., Paris, 1814, pág. 101 e segs.

41. A fórmula é do discurso de 28 de outubro de 1926. A tese está exposta no verbete «fascismo», na *Enciclopédia Traccani*.

totalitário. Nela, é completo, total, o comando do Estado sobre a vida, toda, inteira, do indivíduo ⁽⁴²⁾.

E. O controle do poder.

25. Poder e abuso do poder.

Onde se faz opção pelo poder não-totalitário, isto é, no chamado Ocidente, coloca-se o problema fundamental do controle do Poder e dos poderes, mormente do econômico, para a preservação da liberdade individual. Sim, porque o poder limitado no âmbito, embora, tem de ser controlado, pois do contrário se tornará opressivo. Como está no **Espírito das Leis**, «é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a dele abusar; vai até que encontre limites» ⁽⁴³⁾

A idéia de direito prevalecente na sociedade fixa o campo em que é legítimo o exercício do poder, de cada poder e mormente do poder político. Traça, pois, os limites dentro dos quais o poder atua do modo legítimo. Entretanto, não é raro, ao invés é muito freqüente, que o Poder, que os poderes ultrapassem esses limites. Incidam, portanto, em abuso.

Todo e qualquer poder pode tornar-se abusivo mas, sem dúvida, é o abuso de poder político, e hoje também o do poder econômico, que mais temem os homens. E não é por outra razão que o controle do poder constitui um dos temas capitais da Filosofia, da Ciência e do Direito políticos.

Do ângulo dos que sofrem poder, e são todos, e especialmente dos que sofrem o poder econômico e o poder político, e são quase todos, é compreensível que se almeje controlar o poder.

O primeiro passo para tanto é fixar os limites que o poder não pode ultrapassar. Estritamente falando, limitar o poder. E isto significa estabelecer uma fronteira bem definida, por meio de normas claras que eliminem as zonas cinzentas e traduzam sem deixar dúvida o que se esboça na idéia de direito.

Isto é insuficiente, porém, segundo mostra a lição dos tempos. O poder apenas respeita esses limites se outro poder o detém, ou freia. Limites desprotegidos, limites não garantidos por outro, ou outros poderes, são inúteis, ou quase. É preciso — como ensina Montesquieu — que «o poder detenha o poder» ⁽⁴⁴⁾. Poder, destarte, é imprescindível para conter o poder, no seu campo legítimo.

Todavia, quando o poder é o estatal, que se põe como o mais alto, como controlá-lo, A doutrina da auto-limitação que Jellinek propugnou é fraco e decepcionante consolo, que somente agrada a ju-

42. Cf. Linzs, art. ?cit.

43. Livro XI, cap. IV.

44. Id. *ibid.*

ristas ⁽⁴⁵⁾. Daí a fórmula política da democracia, ou seja, assumirem os próprios governados o Poder, realizando a identificação máxima entre sujeitos e titulares do Poder.

26. O controle do poder.

Três, portanto, são os modos básicos pelos quais se controla o poder. E todos eles já se aplicam ao poder político ⁽⁴⁶⁾.

O primeiro é o **controle por limitação**. Consiste em definir o que o poder pode fazer, o que ele não pode fazer. É esta a tarefa do Direito que, por um lado, fixa competências, ou capacidades, por outro, define a linde entre o lícito e o ilícito. É tipicamente o Estado de Direito, em sentido estrito, apoiado na legalidade e na igualdade, sobretudo.

O segundo é o **controle por contraste**. Consiste em manter o poder num âmbito delimitado, em razão de um jogo ou sistema de forças. Presume, portanto, que poderes se antepõem a um poder, e mormente ao Poder, impedindo-o de ir além da fronteira estabelecida pelo Direito. Gera o sistema de «freios e contrapesos» em que tanto confiavam os liberais. É o governo misto dos antigos, a separação de poderes dos modernos.

O terceiro é o **controle por dominação**. Consiste em **ter** o poder, e sobretudo o Poder, para não deixá-lo ir além dos limites fixados. Nisto está a contribuição fundamental de Rousseau para a democracia contemporânea, contribuição essa dada por meio da doutrina da vontade geral.

Mas, fechando-se o círculo, cabe repetir o registro do **Espírito das Leis**: «Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites» ⁽⁴⁷⁾. De fato, a democratização do poder, segundo a experiência, não dispensa a sua limitação, nem o seu contraste, se se quer, realmente, salvaguardar a liberdade individual. O poder democrático também pode ser opressivo.

27. Controle do Poder e Constituição.

Preocupado com o controle do Poder, no qual via o inimigo por excelência da liberdade individual, o pensamento iluminista encareceu um instrumento jurídico — a Constituição — como meio de instaurá-lo. Entretanto não valorizou toda constituição, isto é, qualquer organização estatal, e sim aquela que garantisse os direitos fundamentais do Homem e estabelecesse a divisão funcional do poder segundo a fórmula de Montesquieu. Assim, somente teria verdadeiramente

45. V. Georg Jellinek, *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, trad. italiana, Milão, 1912.

46. V. sobre o controle em geral, Robert A. Dahl e Charles E. Lindblom, *Politics, Economics and Welfare*, Chicago: Un. Chicago, 2ª ed., 1976, pág. 93 e segs.

47. *Ob. cit.*, *loc. cit.*

uma Constituição o Estado em que, por escrito, estivesse «assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação de poderes», consoante exige o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789.

Em outros termos, a Constituição, segundo a concebiam os revolucionários liberais, não mereceria esse nome se não consagrasse o controle por limitação e o controle por contraste. O primeiro, decorrente do enunciado dos direitos naturais, feito pela Declaração e garantido na Constituição, o segundo, resultante da divisão do exercício do poder entre «poderes» independentes, para que cada «poder» servisse de freio e contrapeso para os demais. E, acrescente-se, limitação e contraste vistos como intimamente ligados.

O controle por dominação, embora o Contrato Social seja de 1762, foi adotado bem mais tarde, quando, a partir da França em 1848, se estabeleceu o sufrágio universal, ainda que apenas masculino. De fato, a linha principal do pensamento liberal era elitista. Montesquieu é claro ao registrar que os homens em geral não têm a capacidade de «discuter les affaires», ou seja, de colaborar para a «boa» solução dos problemas governamentais. Só lhes é dado escolher os «representantes» que hão de ser mais sábios que seus eleitores, aos quais não falta o discernimento e a experiência — é verdade — necessária para bem escolhê-los⁽⁴⁸⁾. Daí o «governo representativo» que as Revoluções instauram, seguindo as fórmulas de Sieyès e imitando as instituições inglesas⁽⁴⁹⁾.

Contudo esse governo representativo, que o autor do *Qu'est-ce que le Tiers État?* cuidadosamente distinguiu do governo democrático, não resistiu à lógica da igualdade. Com efeito, era incoerente reconhecer a igualdade de direitos entre todos os homens e recusar a participação política, plena, à maioria como resultava do sufrágio censitário. A coerência levou ao sufrágio universal, o governo representativo evoluiu para a democracia representativa.

A extensão do voto às camadas mais pobres não teve os resultados políticos imediatos que ao tempo se esperavam. Não instaurou, de pronto pelo menos, o socialismo, barrado o caminho pelos direitos individuais consagrados — entre os quais a propriedade. Nem levou ao governo da plebe, que tanto temia um Sieyès, em virtude do fenômeno social já descrito de que o poder sempre fica das mãos de uma minoria, de uma elite. Elite, até, que tende a se por como «classe».

Esse fato, porém, conduziu a uma mudança na maneira de conhecer a missão do Estado. Com efeito, o peso político dos mais pobres e sua pressão levou ao abandono do *laissez faire*, portanto ao Estado

48. Ob. cit., livro XI, cap. VI.

49. Sieyès propugnava o governo representativo e se opunha ao governo democrático, que, a seu ver, seria dominado pela plebe e pela demagogia. V. suas *Observations sur le rapport du comité de constitution*, Cf. Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, Paris: Hachette, 2ª ed., 1970, pág. 369 e segs.

intervencionista, ao Estado-providência. E com este inúmeras conseqüências, quer no relacionamento entre os «poderes», quer na separação entre o «público» e o «privado», como a de introduzir na Constituição, antes mero controle do Poder, toda uma programação a ser realizada por este Poder. Passa tal Poder, de «inimigo» para a posição de «amigo» do povo.

Hoje, há inegável decepção com o Constitucionalismo. Este não estabeleceu o reino da liberdade que dele se esperava. A adoção de Constituição, a promulgação de documento solene em que se limita o poder, se divide o poder, se atribui ao povo o poder, não bastou para garantir a liberdade ou instituir a democracia em toda parte. A edição de constituição escrita se tornou um rito, que a modernidade não dispensa. Entretanto, muitas são as condições, raramente satisfeitas, para que a Constituição seja efetivamente respeitada, e, portanto, controlado o Poder.

Para que haja limitação ao Poder, é preciso que o Direito consagre o que o **consensus** considera justo. Ora, quando há quebra de **consensus**, fenômeno tão freqüente e tão espalhado no mundo atual, o direito é o que o Poder quer e pode impor. Para que haja contraste ao Poder, é mister que esteja vivo na sociedade o pluralismo e dispersas as fontes de poder. Ora, o Poder, em face de uma sociedade acomodada, sabe absorver os grupos, instaurado um monismo, pelo menos aproximativamente. E, para gerar o bem-estar, assumiu poder econômico que o torna onipresente. Para que haja dominação do Poder, é necessário que o povo se disponha a participar ativamente, constantemente, da condução dos negócios públicos. Ora, isto cria incômodos que o egoísmo e o imediatismo infundidos por uma formação individualista afugentam.

28. Direito e controle do poder e pelo poder.

O ideal de liberdade, tão valorizado no mundo contemporâneo (ao menos ostensiva e vocalmente), confiou no Direito para a sua instauração. Era a Constituição (jurídica) que devia encerrar o Poder sob controle, eram os direitos naturais do Homem que deviam limitá-lo. Mais, o Poder se devia estruturar em função da lei, em poderes dos quais um a declarar, outro a executar e um terceiro julga segundo ela, de tal forma que o Estado só poderia atuar pelo direito: o Estado de Direito.

Já se viu logo acima com que medida de êxito isto se logrou. O Estado contemporâneo é de «Direito», no sentido de que observa as formas jurídicas na sua atuação. Contudo, o direito é ele quem estabelece em substância, o mais das vezes. O direito não é posto como expressão do justo e sim como o resultado de um comando estatal, independentemente de seu conteúdo. E esse direito que o Estado edita não raro contra a idéia de justiça prevalecente no grupo, nem sempre é observado por ele próprio.

Tal Estado legal muito longe está do ideal do Estado de Direito, de que tomou as aparências, apenas. E esta deformação o permite ser muito mais opressivo do que o eram as tão criticadas monarquias de direito divino. Com efeito, ao tempo do **Ancien Régime**, não se admitia que o Estado criasse o direito. A sociedade é que espontaneamente o segregava, segundo, é claro, a idéia de justiça que nela existia. O monarca «absoluto» não podia abolir os direitos e nisso estava a sua fraqueza e nisso está a causa por que não pôde realizar as reformas que sua sobrevivência reclamava. Sem dúvida, o Estado liberal, ao pôr a lei como expressão da vontade geral, não pretendia que o legislador pudesse criar a lei, e sim apenas declará-la. Mas a fórmula permitiu o abuso: que o comando do legislador fizesse a lei.

Ora, na medida em que o legislador faz a lei, esta não mais é, fundamentalmente, limite do Poder. Torna-se instrumento do Poder⁽⁵⁰⁾. Por meio desse direito, quer dizer, estabelecendo obrigações suscetíveis de imposição coativa, o Poder controla os governados.

O direito, atualmente, é menos controle do Poder do que instrumento de controle pelo Poder. Este controle pelo Poder enseja grandes transformações, como comprova a impulsão que por meio dele se dá ao desenvolvimento político, econômico e social. É ferramenta de mudança esse direito feito pelo legislador enquanto era arma de conservação (relativamente) o direito lenta e naturalmente segregado pela sociedade.

Mas esse direito que serve à impulsão em vista de determinados objetivos imediatos e concretos, é cambiante. Tem de mudar com a evolução das situações, e com a alteração dos objetivos a que disputa política conduz. E isto os desvaloriza. Visto como vantagem para certos grupos, como desvantagem por outros, já que é a maioria que o faz e desfaz, independentemente do **consensus** em torno de uma idéia de justiça, ele se desprestigia. E desvalorizado e desprestigiado perde força como instrumento de reforma e como instrumento de controle. A lei, ora a lei...

Não é por outra razão que contemporaneamente se encarecem outras técnicas de controle social. É o controle por manipulação que atua sobre as mentes, visando a induzir ou coibir atitudes, sem que seja necessário recorrer à lei e seu comando coercitivo.

Parece indubitável que, se se deseja manter, ou renovar, ou reforçar, o controle sobre o Poder, é preciso começar por restaurar o Direito. Este há de ser o justo, não o querido por um poderoso qualquer. **Jus quia justum, non jus quia jussum.**

E não se deve supor que controlar o Poder basta para garantir a liberdade. Outros poderes a ameaçam, como o tão mencionado poder econômico — inclusive o do Estado, que também tem de ser controlado.

50. Cf. do Autor, **Do processo Legislativo**, ob. cit., especialmente nº 184.

As Salvaguardas do Estado no Brasil

Enrique Ricardo Lewandowski

Professor Assistente Doutor da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

1. INTRODUÇÃO

A revogação dos atos institucionais e complementares pela Emenda Constitucional nº 11/78 consistiu, como se sabe, no primeiro passo em direção à volta do Estado de Direito no Brasil. Esse passo, recorda-se, somente foi possível na medida em que os promotores da **abertura** política ofereceram às Forças Armadas plenas garantias de que a Segurança Nacional, tal como concebida pela Escola Superior de Guerra — ESG, não seria colocada em risco por falta de instrumentos legais adequados à sua proteção, ou seja, em outros termos, na medida em que ficou assegurado aos militares e grupos a eles ligados o domínio da situação política na difícil fase de transição do arbítrio para a legalidade.

Como penhor de uma **abertura controlada**, o Presidente Geisel deixou incorporadas à Constituição as chamadas **salvaguardas** do Estado, integradas pelo **Estado de Emergência** e pelas **Medidas de Emergência** ⁽¹⁾.

As **salvaguardas**, apesar de haverem sido repudiadas por alguns, que as consideraram uma mera institucionalização dos atos de exceção, foram recebidas com aplauso por inúmeros juristas e políticos, que entenderam que a simples fixação de regras definidas, embora elásticas, relativas à defesa do Estado, representaram um importante avanço no sentido da volta à plenitude democrática.

(1) Observa-se que Afonso Arinos de Melo Franco, **O Som de outro Sino: Breviário de um Liberal**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira — UNZ, 1978, pág. 314, repudia a expressão **salvaguardas** que não considera apropriada para designar a segurança jurídica do Estado. Assinala que a maioria dos dicionários não lhe atribui qualquer significado jurídico e os que o fazem emprestam-lhe o sentido de salvo-conduto, de cautela individual contra crimes e ameaças ou de instrumentos de proteção no campo nuclear. Porém, em que pese a opinião do juriconsulto, vale a pena manter essa designação, posto que ela já se tornou comum, não só nos meios políticos e jornalísticos, como também nos meios jurídicos e acadêmicos.

2. ASPECTOS TEÓRICOS

Os povos ao longo da História constataram, muitas vezes a duras penas, que não pode haver segurança para os indivíduos sem que exista uma autoridade que a garanta. Essa noção, embora apreendida de modo intuitivo pelos homens desde tempos imemoriais, foi desenvolvida teoricamente, pela primeira vez, por Thomas Hobbes, no século XVII. Há mais de trezentos anos esse pensador explicava, em sua famosa obra o **Leviatã**, que «durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição que é chamada de **guerra**; e é uma guerra de todos os homens contra os homens (...). Numa tal situação não há lugar para a indústria, pois seu fruto é incerto; conseqüentemente não há cultivo da terra, nem navegação, nem uso das mercadorias que podem ser importadas pelo mar; não há construções confortáveis, nem instrumentos para mover e remover as coisas que precisam de muita força; não há conhecimento da face da terra, nem contagem do tempo, nem artes, nem letras; não há sociedade; e o que é pior de tudo, um constante temor e perigo de morte violenta; e a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta»⁽²⁾.

O poder a que se refere Hobbes é precisamente o Estado (**Commonwealth**, em inglês, **Civitas**, em latim), encarnado num soberano ou numa assembléia, ao qual os homens, através de um pacto coletivo, transferem seus direitos de autogoverno, para que este, em troca, lhes proporcione a segurança necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

Hobbes entendia que o Estado, no cumprimento dessa transcendental tarefa, goza da mais ampla autonomia e independência, pois, «na medida em que o fim dessa instituição é a paz e a defesa de todos, e visto que quem tem direito a um fim tem direito aos meios, constitui direito de qualquer homem ou assembléia o de ser juiz tanto dos meios para a paz e a defesa de tudo quanto possa perturbar ou dificultar estas últimas; e fazer tudo o que considere necessário ser feito, tanto antecipadamente, para a preservação da paz e da segurança, mediante a preservação da discórdia interior e da hostilidade vinda do exterior, como também depois de perdidas a paz e a segurança, para a recuperação de ambas»⁽³⁾.

Essa concepção **hobesiana** do Estado, em que pesem mais de três séculos de pensamento liberal, continua até hoje a servir de fundamento à ação governamental, especialmente no que concerne à manutenção da segurança — amplamente compreendida — dos cidadãos. O único, embora importantíssimo, acréscimo sofrido por tal concepção,

(2) Cf. Thomas Hobbes, **Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil**, Great Books of the Western World, Enciclopaedia Britannica, (1952), pág. 85.

(3) *Ibidem*, pág. 102.

ao longo das lutas contra o absolutismo, foi o entendimento de que o valor **liberdade** encontra-se colocado no mesmo plano que o valor **segurança**. Isso significa que o Estado, em sua tarefa de assegurar a proteção aos indivíduos e às suas atividades, não pode ultrapassar aos indivíduos e às suas atividades, não pode ultrapassar determinados limites, isto é, não pode vulnerar a liberdade dos cidadãos, salvo se o fizer em defesa desse valor e mesmo assim dentro de parâmetros legais prévia e estreitamente definidos.

O encontro do equilíbrio entre a manutenção da segurança, ou seja, da ordem social, e a preservação da liberdade constitui, na atribulada fase por que passa o mundo atualmente, um dos mais complexos problemas do Direito e da Política. Dalmo Dallari, inventariando as dificuldades abrigadas nessa questão, observa o seguinte: «Mantendo-se a liberdade ilimitada, como valor supremo que não pode ser restringido por qualquer outro, uma vez que nenhum lhe é superior, será bem difícil a preservação da ordem e, conseqüentemente, da coordenação em função de fins. Entretanto, se essa consideração levar ao excesso de restrições à liberdade, para que seja assegurada com máxima eficácia a preservação da ordem, esta acaba perdendo o caráter de meio para se converter em fim» (4).

Essa questão, embora complexa, presume-se, atualmente, em encontrar, conforme assinala Ferreira Filho, «a justa medida que não retire do Estado as condições de eficiência do seu poder coercitivo nem sacrifique desnecessariamente a amplitude da liberdade individual» (5). Hoje não se cogita mais, pelo menos em termos de um posicionamento pragmático em face da realidade, na neutralização do Estado, como querem os ultralaterais, ou na sua extinção, como querem os marxistas ortodoxos, confiando a ordem social a processos auto-reguladores ou à disciplina espontânea e consciente dos indivíduos. Modernamente, aliás, liberais e marxistas, no plano da atividade política concreta, caminham na direção de um constante e acelerado fortalecimento do Estado. Nesse sentido, repara Dalmo Dallari que «pode-se afirmar que não há, presentemente, elementos concretos que permitam afirmar-se que o mundo está caminhando para a extinção do Estado», concluindo que, «o mundo sem Estados não tem as características de um futurível, podendo ser aceito apenas como ideal utópico, sem apoio na realidade presente» (6).

Nesse contexto vem à baila a problemática da defesa do próprio Estado, enquanto **fiador** da segurança dos indivíduos. Este, segundo nota Ferreira Filho, «não poderá cumprir sua missão, não logrará garantir a segurança individual se não puder resistir à agressão», ou

(4) Dalmo Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 5ª ed., São Paulo, 1979, pág. 113.

(5) Ferreira Filho, *A Reconstrução da Democracia: Ensaio sobre a institucionalização da Democracia no mundo Contemporâneo e em especial no Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1979, pág. 214.

(6) Dalmo Dallari, *O Futuro do Estado*, São Paulo, Saraiva, 1972, pág. 151.

então, «se não contar com meios adequados para enfrentar as dificuldades emergentes de graves perturbações da ordem» (7).

Ocorre, porém, que a experiência dos países regidos por constituições democráticas tem demonstrado que os instrumentos normalmente postos à disposição do Poder Público são insuficientes para enfrentar situações de gravidade excepcional que colocam em risco a sobrevivência do próprio Estado. Em razão disso, a técnica constitucional desenvolveu certos meios de defesa do Estado que podem ser empregados pelas autoridades em momentos de anormalidade, ampliando as restrições ordinariamente impostas à liberdade dos indivíduos, sem, no entanto, sair dos marcos que delimitam a ordem jurídica. A essas medidas de emergência os juristas chamam de **direito de crise** (8).

É interessante lembrar que os tratadistas fazem uma distinção entre as situações de crise que põem em perigo a sobrevivência do Estado e aquelas que colocam em risco a manutenção de determinado regime político. Paul Leroy, estudioso do assunto, observa que, no primeiro caso, as ameaças dirigem-se contra a integridade territorial ou a independência do Estado, podendo estas ter origem interna ou externa; no segundo caso, as ameaças voltam-se contra a ordem social e política vigente, dando ensejo à instauração de um «sistema institucional inspirado em outros princípios», o que reflete, em última análise, uma crise de legitimidade (9).

Alguns autores, como Barthélemy y Duez, não aceitam a utilização do **direito de crise** para a defesa do regime político, mas apenas para a proteção do Estado (10). Outros, como Geneviève, alertam contra o perigo do emprego dos instrumentos de emergência quando o regime político não for democrático (11).

Deve-se observar, no entanto, que é extremamente difícil estabelecer de antemão quais as situações de crise que ameaçam a manutenção de certo regime político deixando incólume o Estado. Na verdade, se o Estado consiste, como quer Dalmo Dallari, na «ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território», e se o regime político, na definição de Xifra Heras, constitui o «conjunto de forças políticas e de fins que realizam e inspiram o complexo normativo do Estado», segue-se que todo ata-

(7) Cf. Ferreira Filho, *A Reconstrução...*, cit., pág. 215.

(8) Para uma análise do direito de crise consulte-se: Ferreira Filho, *O Estado de Sítio*, São Paulo, (Revista dos Tribunais), 1964; Geneviève Camus, *L'Etat de Necessité en Democratie*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965; Paul Leroy, *L'Organisation Constitutionnelle et les Crises*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1966; Gerardo Morelli *La Sospensione dei Diritti Fondamentali nello Stato Moderno*, Milano, Giuffrè, 1966; e Giuseppe de Vergottini, *Indirizzo Politico della Difesa e Sistema Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1971.

(9) Cf. Paul Leroy, *op. cit.*, págs. 13 e 14.

(10) Cf. Francisco Fernández Segado, *El Estado de Excepción en el Derecho Constitucional Español*, Madrid, EDERSA, 1977, pág. 162.

(11) Cf. Geneviève Camus, *op. cit.*, págs. 64 a 78.

que ao regime, ou seja, às forças e aos fins que servem de substrato à ordem jurídica estatal, dificilmente vai deixar de atingir também o próprio Estado e ameaçar a sua existência ⁽¹²⁾.

É importante assinalar que essas questões afloram na medida em que a maioria dos **sistemas de emergência** não definem com precisão as situações em que as autoridades podem legitimamente lançar mão das medidas extraordinárias para debelar uma crise. Paul Leroy recorda que os regimes autoritários, via de regra, evitam definir com rigor as circunstâncias em que é lícito aos governantes empalmar poderes excepcionais, explicando que «o Executivo desejoso de os utilizar, mesmo em período praticamente normal, poderá fazê-lo sem violar os textos» ⁽¹³⁾.

Esse problema sempre suscitou — e suscita até hoje — controvérsias entre os tratadistas. Alguns mostram-se favoráveis à enumeração taxativa das causas que podem determinar a decretação do estado de exceção, sendo esse o parecer de Leon Duguit, para quem as únicas hipóteses em que isso deveria ocorrer são as seguintes: guerra externa, insurreição armada ou greve geral. Outros entendem que basta apenas inscrever na Constituição, de modo genérico, os traços caracterizadores das situações de crise. Dentre os teóricos que assumem esta posição encontra-se Camus, que acredita que a **gravidade e proximidade** de uma ameaça contra o Estado são condições que por si só justificam o emprego de poderes extraordinários. Além dessas posições, existe ainda uma tese intermediária, que é a de Fernández Segado e de outros, segundo a qual a limitada abrangência de um arrolamento taxativo e a excessiva imprecisão de uma caracterização genérica podem ser obviadas pela enumeração exemplificativa das circunstâncias excepcionais «desde que estabeleçam com clareza as características que deverão possuir as restantes não mencionadas» ⁽¹⁴⁾.

Fernández Segado nota que com a enumeração das situações de crise, ainda que somente exemplificativa, fica afastada qualquer apreciação valorativa na decretação do estado de exceção, não importando considerar se uma determinada ameaça dirige-se contra o Estado ou apenas contra o regime, ou ainda se este é ou não democrático. Para o professor madrilenho, desde que ocorram na realidade fática os pressupostos fixados nas normas constitucionais (ou legais), a aplicação de medidas extraordinárias para neutralizar a situação de crise adquire plena legitimidade ⁽¹⁵⁾.

Examinada a problemática da caracterização das situações de crise, faz-se necessário analisar a classificação dos vários sistemas de

(12) Cf. Dalmo Dallari, **Elementos...**, cit., pág. 104, e cf. Xifra Heras, **Formas y Fuerzas Políticas**, Barcelona, Bosch, (1958), pág. 162.

(13) Cf. Paul Leroy, **op. cit.**, pág. 68.

(14) Cf. Fernández Segado, **op. cit.**, págs. 61 e 62.

(15) **Ibidem**, pág. 62.

emergência, em função dos poderes concedidos às autoridades em circunstâncias excepcionais.

Esse assunto foi estudado pelo professor Ferreira Filho em diferentes obras. Num primeiro trabalho, o mestre da Universidade de São Paulo examina os grandes **sistemas de defesa da Constituição**, concluindo que estes podem ser distribuídos segundo três grupos. O primeiro corresponde aos sistemas que, em face de situações de anormalidade, suspendem no todo ou em parte a ordem constitucional, para concentrar nas mãos de um só indivíduo todo o poder, habilitando-o a solucionar os problemas emergentes de acordo com o seu exclusivo entendimento, irresponsabilizando-o por seus atos. Esses sistemas estabelecem **ditaduras**, cujo exemplo clássico constitui a magistratura romana extraordinária para a **salvação** da república. O segundo grupo caracteriza-se por não alterar a ordem constitucional e nem tampouco a ordem legal, admitindo, todavia, a prática de qualquer ato necessário à superação da crise, sujeito, porém, a contraste judicial. Tal sistema, informa o autor, é o da **lei marcial** britânica e norte-americana. Finalmente, o último grupo distingue-se pela substituição da legalidade ordinária, própria para as situações de normalidade, por uma legalidade especial, transitória, para enfrentar a crise, dentro dos parâmetros constitucionais. Dentre esses sistemas inclui-se o **estado de sítio** ⁽¹⁶⁾.

Em outra obra, Ferreira Filho adota a expressão **sistemas de emergência**, dividindo-os **tout court**, em sistemas **rígidos** e sistemas **flexíveis**. Dentre os primeiros alinha aqueles nos quais as medidas de exceção que podem ser adotadas numa situação de emergência são taxativamente enumeradas na norma legal. Esses sistemas, observa o constitucionalista da USP, são os preferidos na perspectiva liberal, porquanto estão mais próximos do ideal do Estado de Direito. Após a declaração de crise ocorre, simplesmente, uma substituição da legalidade ordinária por uma legalidade extraordinária. «Neste caso, como naquele — lembra Ferreira Filho —, a ação do Estado deve ajustar-se rigorosamente à legalidade, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade criminal da autoridade». Além do tradicional estado de sítio, constitui exemplo de sistema rígido a **suspensão do habeas corpus** previsto na Constituição Americana (art. 1º, seção IX) ⁽¹⁷⁾.

Os sistemas flexíveis são aqueles nos quais a lei não determina antecipadamente as medidas facultadas às autoridades para enfrentar uma grave crise. Nesse sistema pode-se empreender tudo o que for necessário — porém só o que for necessário, nota Ferreira Filho — para restaurar a ordem abalada. A **lei marcial** é um instrumento típico dos sistemas flexíveis, na medida em que representa a oposição violenta do Poder Público contra invasões, insurreições, tumultos ou

(16) Cf. Ferreira Filho, **O Estado...**, cit., págs. 27 e 28.

(17) Cf. Ferreira Filho, **A Reconstrução...**, cit., 215 e 216.

resistências à lei. Consiste «na legítima defesa da ordem pública com o emprego da força armada pela autoridade responsável por essa ordem pública». Outro exemplo é o famoso art. 16 da Constituição francesa de 1958, que autoriza o Presidente da República a tomar as medidas **exigidas** pelas circunstâncias «quando as instituições da República, a independência do país, a integridade do seu território ou o cumprimento de seus compromissos internacionais estiverem ameaçados de maneira grave e imediata» ⁽¹⁸⁾.

Fazendo um balanço entre os sistemas rígidos e flexíveis Ferreira Filho conclui que, embora os primeiros excluam o arbítrio e sejam «mais favoráveis à segurança individual e menos arriscados para a democracia», deve-se notar que eles se revelaram inadequados para enfrentar a guerra contemporânea. Recorda que, «de há muito, os Estados que os adotaram já se viram obrigados a socorrê-los com outros instrumentos». Nesse sentido, lembra que, desde a 1ª Grande Guerra países como a França, a Grã-Bretanha, os Estados Unidos e até mesmo a Suíça, entre outros, tiveram de lançar mão de **poderes extraordinários** para enfrentar o conflito que exigia a total mobilização da economia e da sociedade. Modernamente, com o advento das armas nucleares e da guerra revolucionária, mais do que nunca, faz-se necessário dotar o Estado de uma certa flexibilidade nas respostas a esses desafios, flexibilidade essa inexistente nos sistemas rígidos, especialmente no estado de sítio, instrumento desenvolvido em outra época, em função de outras circunstâncias ⁽¹⁹⁾.

3. SALVAGUARDAS NO DIREITO COMPARADO

O estado de sítio é um dos sistemas de emergência que maior acolhida encontrou entre os países que adotam o direito escrito. Tem origem no direito francês que, em 1791, pouco depois da promulgação da histórica Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, instituiu o chamado **état de siège**, que autorizava a suspensão de determinadas garantias individuais durante o cerco de uma praça por forças inimigas. Esse instituto, depois de várias reformulações, adquiriu feição definitiva com a lei de 9 de agosto de 1849 — elaborada com fundamento no art. 106 da Constituição de 1848 — posteriormente modificada pela lei de 3 de abril de 1878 ⁽²⁰⁾.

Esses diplomas, conforme ensina Ferreira Filho, distinguem dois tipos de estado de sítio: um real ou efetivo e outro político ou fictício. O primeiro diz respeito a um verdadeiro cerco de tropas hostis, cabendo, nesse caso, a declaração do estado de sítio ao comandante militar, **ad referendum** do Presidente da República, dependendo a sua

(18) *Ibidem*, págs. 216 a 220.

(19) Cf. Ferreira Filho, *A Reconstrução...*, cit., págs. 220 a 227.

(20) Cf. Ferreira Filho, *O Estado...*, cit., págs. 74 a 76. V. também o verbete *état de siège* no *Dictionnaire de la Constitution*, 2ª ed. Paris, Cujas, 1978, org. por Raymond Barrillon et alii.

prorrogação de autorização parlamentar. A segunda espécie de estado de sítio é decretado por lei, na hipótese de perigo eminente de guerra ou insurreição armada. Caso a Assembléia Nacional esteja em recesso, compete ao Presidente decretá-lo, sob condição de posterior ratificação pelo Legislativo, automaticamente convocado. Nos dois tipos de estado de sítio, os efeitos quanto às restrições de direitos dos cidadãos são iguais ⁽²¹⁾.

A lei de 1849, modificada pela lei de 1878, outorgou às autoridades militares um poder de polícia ampliado, conferindo-lhes as seguintes prerrogativas: (1) o direito de perquisição, tanto à noite quanto de dia, nos domicílios dos cidadãos; (2) o direito de afastar da zona sujeita ao sítio os ex-condenados e os que lá não estejam domiciliados; (3) o direito de exigir a entrega de armas e de munições, bem como o de buscá-las e de apreendê-las; (4) o direito de proibir publicações e reuniões que possam provocar ou alimentar desordens. A justiça castrense passa a ser competente para o julgamento de civis. Mais tarde, as leis de 27 de abril de 1916 e de 23 de dezembro de 1952 alargaram a competência dos tribunais militares ⁽²²⁾.

Presentemente, as disposições legais que disciplinam o estado de sítio encontram-se amparadas pelo art. 36 da Constituição francesa de 1958. Esse dispositivo atribui a sua declaração ao Executivo (Conselho de Ministros), não podendo este fazê-lo por prazo superior a doze dias sem anuência do Parlamento.

O direito francês criou também o estado de urgência (*état d'urgence*) para os casos em que, embora não esteja configurado um conflito armado interno ou externo, a ordem pública se encontre ameaçada. Tal instituto, criado por uma lei de 3 de abril de 1955, alterada em 15 de abril de 1960, consiste num regime especial de restrição de liberdades, inspirado no estado de sítio, dele se diferenciando por seu caráter mais rigoroso e pelo fato de que a ampliação do poder de polícia beneficia as autoridades civis e não as militares. O estado de urgência originou-se da necessidade de controlar as agitações que precederam a independência da Argélia, que, na época, como se sabe, era uma colônia da França. A decretação do estado de urgência, circunscrito territorialmente e limitado a um prazo não superior a doze dias, cabe ao Conselho de Ministros, dependendo sua prorrogação de autorização legislativa. Sua vigência confere às autoridades civis o poder de interferir no direito de ir e vir dos cidadãos, bem como o poder de controlar locais abertos ao público, impedindo sua utilização ou determinando seu fechamento. A lei que prorroga a sua duração pode ampliar o poder de polícia das autoridades, particularmente no que concerne à faculdade de perquisição de suspeitos e ao controle dos meios de comunicação. Esse instrumento foi posto em prática em três ocasiões: em 1955 e em 1960 sobre os *départements* do Norte da África; em 1961 sobre todo o território metropolitano,

(21) Cf. Ferreira Filho, *O Estado...*, cit., págs. 76 e 77.

(22) Cf. Ferreira Filho, *O Estado...*, cit., pág. 77, e cf. verbete *état de siég.*, cit.

para dominar uma tentativa de golpe intentada pela **Organisation de l'Armée Secrète** (OAS), contrária à emancipação da Argélia ⁽²³⁾.

Paralelamente ao estado de sítio e ao estado de urgência, a Constituição francesa, em seu art. 16, concede **plenos poderes** ao Presidente da República em circunstâncias excepcionais. Esse instituto, criado sob a égide do General de Gaulle, Presidente do Conselho de Ministros à época da elaboração dessa Constituição, inspirou-se nas dificuldades enfrentadas pelo governo francês por ocasião da 2ª Guerra Mundial, quando o estado de sítio mostrou-se totalmente inadequado para enfrentar a situação ⁽²⁴⁾.

O citado dispositivo constitucional alarga os poderes presidenciais nos seguintes termos: «Quando as instituições da República, a independência do país, a integridade do seu território ou o cumprimento de seus compromissos internacionais estiverem ameaçados de maneira grave e imediata, e o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais estiver interrompido, o Presidente tomará as medidas exigidas por essas circunstâncias, após consultar oficialmente o Primeiro Ministro, os presidentes das assembléias, bem como o Conselho Constitucional.

«Ele (o Presidente) informará a Nação através de uma mensagem.

«Essas medidas deverão estar inspiradas por uma vontade de assegurar aos poderes públicos constitucionais, com a mínima demora, os meios de cumprir a sua missão. O Conselho Constitucional será consultado.

«O Parlamento se reunirá de pleno direito.»

«A Assembléia Nacional não poderá ser dissolvida durante o exercício dos poderes excepcionais».

É interessante observar que o art. 16 da Constituição francesa confere ao Presidente, conforme assinalam seus críticos, poderes verdadeiramente ditatoriais, posto que não há predeterminação de espécie alguma quanto às medidas que poderão ser empreendidas. Além disso, observam que as situações em que esse dispositivo pode ser posto em prática também não são definidas com clareza, permitindo uma interpretação eminentemente subjetiva.

Para Maurice Duverger, por exemplo, «o art. 16 faz o regime correr um perigo mortal. Permite, com efeito, que um Presidente, sem escrúpulos derrube a República, sem a sombra de uma dificuldade, revestido um golpe de Estado de uma aparência de legalida-

(23) Cf. verbete *état d'urgence* in *Dictionnaire*, cit.

(24) Cf. Ferreira Filho, *A Reconstrução...*, cit., pág. 218. Consulte-se ainda o verbete *article 16* do *Dictionnaire...*, cit., e Jean Louis Debré, *La Constitution de la Ve. République*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975, especialmente o capítulo «Les étapes de la rédaction de l'article 16».

de, suprimindo todos os obstáculos jurídicos que lhe impediriam o êxito»⁽²⁵⁾

Georges Burdeau, no entanto, entende que o texto do art. 16 não dá margem a qualquer ambigüidade. Segundo o professor francês, para que o Presidente possa lançar mão dos poderes extraordinários nele previstos é imprescindível que duas variáveis estejam conjugadas: de um lado, a ocorrência de circunstâncias de «particular gravidade»; de outro, a comprovação da «incapacidade material dos poderes públicos». Assim, pois, sublinha que não basta a superveniência de uma grave crise simplesmente, mas é necessário que os órgãos do Estado se encontrem impedidos de desempenhar suas funções. Afora isso, observa Burdeau que, embora a decisão de colocar em vigor o art. 16 escape a qualquer controle, quer político, quer judicial, os atos presidenciais decorrentes dos poderes de emergência podem ser submetidos aos tribunais competentes⁽²⁶⁾.

É interessante reparar que Cretella Junior, estudando o problema da responsabilidade do Estado por atos empreendidos em circunstâncias excepcionais, explica que estes tem por base o **estado de necessidade**. «O **status necessitatis** — ensina o mestre — ocorre em momentos de graves perturbações ou comoções sociais, quer por fatos exteriores, ou de guerra, quer fatos internos, ou de revolução, calamidade pública», sendo, assim, «exclusivo da obrigação de indenizar e, portanto da responsabilidade, afigurando-se como situação em que predomina o interesse geral sobre o interesse pessoal, conveniência e mesmo direitos individuais»⁽²⁷⁾. Esse ensinamento demonstra que, apesar de facultado o recurso aos tribunais nas situações de emergência, a expectativa de êxito na responsabilização do Estado por algum excesso é bastante limitada.

As faculdades do art. 16 somente foram utilizadas uma única vez desde que foram inscritos na Constituição da V República. De Gaulle empregou tais poderes de 23 de abril a 29 de setembro de 1961, para enfrentar a tentativa de golpe de estado levada a cabo pelos Generais Challe, Jouhaud, Salan e Zeller, da OAS, em plena crise da Argélia. Para superar a situação o Presidente adotou, dentre outras, as seguintes medidas: (1) declaração e prorrogação do estado de urgência até 15 de julho de 1962; (2) estabelecimento de providências especiais para neutralizar as pessoas perigosas à ordem pública: desterro, residência obrigatória e internamento administrativo; (3) demissão e reforma de funcionários civis e militares, sem aposentadorias ou vantagens; (4) modificação da lei orgânica da magistratura;

(25) Apud Ferreira Filho, *A Reconstrução...*, cit., pág. 221.

(26) Georges Burdeau *Les Libertés Publiques*, Paris, Librairie General Droit et de Jurisprudence, 1976, págs. 54 e 55. V. também do mesmo autor, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 17ª ed., Paris, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, 1976, págs. 638 a 641.

(27) Cretella Júnior, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. VIII, Rio de Janeiro — São Paulo, Forense, 1970, pág. 103.

(5) criação de um Alto Tribunal Militar (**Haute Tribunal Militaire**) e nomeação de seus membros, para julgamento de crimes praticados contra a segurança; (6) instituição de outro tribunal militar e nomeação de seus membros, para apreciação de causas de menor importância; (7) determinação de regras excepcionais de processo penal; (8) proibição de determinadas publicações periódicas ⁽²⁸⁾.

Avaliando o resultado da aplicação dessas medidas, Ferreira Filho observa que o saldo foi positivo: «Fato é que elas foram eficazes e contribuíram decisivamente para que se sufocasse a rebelião militar eclodida na Argélia. E, seja pela virtude de seu aplicador, o General De Gaulle, ou não, de modo algum levaram à destruição a democracia francesa» ⁽²⁹⁾.

Nos países anglo-saxônicos as crises são enfrentadas mediante o recurso à lei marcial (**martial law**) britânico. Trata-se como já foi visto de uma espécie de **legítima defesa** do Estado. Para H. S. Bhatia a lei marcial «é tão necessária à soberania de um Estado como o poder de declarar e fazer a guerra» ⁽³⁰⁾. Albert Dicey define-a como «o direito que, na **common law**, possuem a Coroa e seus agentes de repelir a força pela força, em caso de invasão, insurreição, tumulto ou, de modo geral, de resistência violenta à lei» ⁽³¹⁾.

Nos Estados Unidos a lei marcial encontra fundamento — embora não seja diretamente mencionada — no art. 1º, seção IX, inciso 2, da Constituição que autoriza a suspensão do **habeas corpus** «em caso de rebelião ou invasão, quando tal for exigido pela salvação pública». Apesar de alguns autores arrolarem a suspensão do **habeas corpus** entre os sistemas rígidos, a verdade é que ela tem ensejado a aplicação de medidas mais amplas. Lincoln, por exemplo, exorbitou de seus poderes constitucionais, em 1863, em plena Guerra Civil, ao ordenar o julgamento de civis por tribunais militares nos territórios conflagrados e ao determinar a intervenção nos Estados rebeldes, com base no referido dispositivo. Atualmente, a doutrina e a jurisprudência têm aceito pacificamente a decretação da lei marcial, sendo que entre os norte-americanos o Presidente ou o Governador de Estado é competente para fazê-lo. É interessante notar, todavia, que os tribunais podem entrar no mérito dessa proclamação; em 1931, no Texas, o Governador declarou a lei marcial no território do Estado, porém, esse ato foi invalidado pela Suprema Corte ⁽³²⁾.

É importante ressaltar que, embora seja facultado às autoridades, durante a lei marcial, a adoção de quaisquer meios que considerem adequados para a superação das ameaças à ordem e à segurança, «ela não exclui — conforme ensina Ferreira Filho — a responsabilidade

(28) Cf. Ferreira Filho, *A Reconstrução...*, cit., págs. 219 e 220, e cf. também o verbete **article 16** in *Dictionnaire...*, cit.

(29) Cf. Ferreira Filho, *A Reconstrução...*, cit., pág. 220.

(30) H. S. Bhatia, *Martial Law*, New Delhi, Deep & Deep, 1979, pág. 24.

(31) *Apud* Ferreira Filho, *op. cit.*, pág. 312, e H. S. Bhatia, *op. cit.*, pág. 29.

(32) V. Afonso Arinos, *op. cit.*, pág. 312, e H. S. Bhatia, *op. cit.*, pág. 29.

por todos os atos que, sendo abusivos ou excessivos, não eram necessários em face das circunstâncias». A apreciação da adequação entre as medidas utilizadas e a necessidade determinada pela situação enfrentada compete aos tribunais convocados para apreciar os atos das autoridades durante a emergência ⁽³³⁾.

Além disso, deve-se notar que a lei marcial, apesar de enquadrada entre os sistemas flexíveis, por não predeterminar as respostas às situações de emergência, possui uma abrangência relativamente limitada. Com efeito, esse instrumento só pode ser empregado legitimamente quando em presença de uma perturbação da ordem que se exteriorize por alguma manifestação violenta. É, pois, o meio ideal para debelar invasões, insurreições, tumultos, desordens, etc. Não se presta, porém, para enfrentar ameaças cuja violência esteja ainda em gestação ou crises que exijam uma pronta atuação dos poderes públicos, sem no entanto configurarem uma situação de efetivo conflito.

É por isso que Karl Loewenstein conclui que as constituições dos países anglo-saxônicos não prescreverem qualquer disposição para as situações de crise. Observa que em momentos de emergência ocorre uma delegação de poderes do parlamento ao governo, «quer através de uma lei relacionada com a situação de crise futura, ou *ad hoc* quando a situação de crise já se tenha produzido de fato». Lembra o **Emergency Powers Act** inglês, de 1920, que concede poderes especiais ao governo em circunstâncias excepcionais internas. Essa lei foi aplicada apenas uma vez, em 1926, durante uma greve geral. As outras transferências de poderes somente são realizadas na eminência de crises. Isso aconteceu na 1ª Guerra Mundial, com o **Defense of the Realm Act** de 1914, e na 2ª Guerra Mundial, com os **Emergency Powers Acts** de 1930 e de 1940. Essa técnica de delegação de poderes desenvolvida nas épocas de guerra passou a ser utilizada também em tempos de paz. Primeiramente, pelos conservadores, para debelar a crise econômica de 1931, e, mais tarde, pelos trabalhistas, em 1945, para empreender um programa de reformas sociais e econômicas ⁽³⁴⁾.

Nos Estados Unidos, informa Loewenstein, ocorre algo análogo. Nas duas guerras mundiais o Congresso concedeu ao Presidente, na qualidade de chefe supremo das Forças Armadas, plenos poderes para dirigir a defesa nacional e conduzir a guerra. Tais poderes compreenderam o controle sobre as indústrias de guerra, os transportes, as comunicações, os preços, etc. Dois diplomas legais destacaram-se nessa fase, fortalecendo as atribuições de Roosevelt: o **First War Powers Act**, de 1941, e o **Second War Powers Act**, de 1942. Depois da Guerra, os poderes presidenciais extraordinários foram suspensos, para serem retomados mais tarde, parcialmente, durante a Guerra da Coreia, em 1950 ⁽³⁵⁾.

(33) Cf. Ferreira Filho, **A Reconstrução...**, cit., pág. 217.

(34) Cf. Karl Loewenstein, **Teoria de la Constitución**, 2ª ed. Barcelona, Ariel, 1976, pág. 290.

(35) *Ibidem*, op. cit., pág. 291.

Entre a experiência norte-americana e a inglesa registra-se uma importante diferença, segundo Loewenstein. Enquanto que na Inglaterra o Primeiro-Ministro e o Gabinete de Guerra exerceram uma verdadeira **ditadura constitucional**, nos Estados Unidos o Congresso jamais alienou totalmente o seu direito de participar na determinação das decisões políticas ⁽³⁶⁾.

Também a Suíça desenvolveu um sistema de delegação de poderes durante as duas grandes guerras. Nessas ocasiões o Legislativo (Assembléia Federal) outorgou ao Executivo (Conselho Federal) as mais amplas competências para enfrentar a situação de emergência nacional por que passava o país. Em 1914, o parlamento suíço baixou a seguinte resolução: «A Assembléia Federal concede poder ilimitado ao Conselho Federal para tomar todas as medidas necessárias a manter a segurança, a integridade e a neutralidade da Suíça e a defender o crédito e os interesses econômicos do País». Ao longo dos quatro anos de duração do conflito, o Executivo emitiu cerca de 1.440 leis (ordenações), contra apenas 220 originadas do Legislativo. Em 1939, no limiar da 2ª Guerra Mundial, nova resolução é aprovada, repetindo, praticamente, a primeira. «A Assembléia Federal concede ao Conselho Federal poder e mandato para tomar as medidas necessárias para manter a segurança, a independência e a neutralidade da Suíça, e para defender o crédito e os interesses econômicos do país». Durante os seus anos de guerra, o Conselho Federal decretou 1.850 ordenações, ao passo que a Assembléia Federal, no mesmo período, votou apenas 10. Algumas dessas leis restringiram direitos individuais, como a que instituiu o trabalho obrigatório ou a que estabeleceu a censura postal e telefônica. Com a restauração da paz, cessam os plenos poderes do Executivo ⁽³⁷⁾.

Finalizando, observa-se que os instrumentos de defesa analisados nesta seção constituem, por assim dizer, as **matrizes** a partir das quais foram desenvolvidos os demais sistemas vigentes nos vários países. Basicamente, a opção é feita por um dos dois modelos clássicos: ou o estado de sítio ou a lei marcial. O primeiro é o preferido pelos países que adotam o direito escrito, enquanto que o segundo é o mais aceito por aqueles regidos pelo direito consuetudinário. Em paralelo com esses dois sistemas, muitos países, em situação de crise de excepcional gravidade, utilizam a técnica da declaração de poderes, fórmula essa que provou dar bons resultados durante as duas últimas guerras mundiais. Além disso, modernamente, muitas nações, procurando aperfeiçoar os seus instrumentos de defesa para enfrentar com êxito as vicissitudes do mundo moderno, voltam os seus olhos

(36) *Ibidem*, loc. cit.

(37) Dados de Afonso Arinos, *op. cit.*, pág. 322. Para uma análise mais aprofundada do tema consulte-se Münzi Kapani, *Les Pouvoirs Extraordinaires de L'Executif en Temps de Guerre et de Crise Nationale*, Genève, 1949; Rudolf Zihlmann, *Legitimitat und Legalitat des Notrechts*, Bern, 1950; André Manuel, *Les Pleins Pouvoirs em Droit Public Federal Suisse*, Lauranne, 1953, Werner Suter, *Notrecht un Ausserordentliche Vollmachten im Schweizerischen Bundesstaatsrecht*, Zürich, 1960.

para o art. 16 da Constituição francesa, em busca de uma solução que apresente, simultaneamente, as características de segurança — tanto do Estado quanto dos cidadãos — e flexibilidade.

4. O ESTADO DE SÍTIO

O Brasil, antes mesmo da proclamação da República, adotou o *état de siège* francês. Com efeito, conquanto não mencionasse expressamente o estado de sítio, a Constituição do Império, de 1824, admitia em seu art. 179, XXXV, que, por ato especial do Poder Legislativo, fossem dispensadas «algumas das formalidades que garantem a liberdade individual», por tempo determinado, «nos casos de rebelião ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado».

A Constituição Republicana de 1891 incorporou ao seu texto a expressão **estado de sítio** tratando, porém, do assunto de forma muito vaga, fato esse que gerou inúmeros abusos. Durante a fase inicial da República, qualquer agitação social, ou mesmo qualquer oposição mais enérgica ao Governo, ensejava a suspensão das garantias constitucionais sob a justificativa de que a **segurança da República** assim o exigia ou de que se configurava a situação de **commoção intestina**, duas fórmulas que permitiam, segundo o art. 80, a decretação do estado de sítio. Deve-se notar, todavia, que essa atribuição competia ao Congresso Nacional, salvo nos momentos em que este estivesse em recesso, quando a competência passava a ser do Executivo.

A Constituição de 1934, procurando cercear os desmandos provocados pela ambigüidade do dispositivo constitucional anterior, passou a regular o estado de sítio com minúcias, em seu art. 175, cabendo ao Presidente da República, depois de autorizado pelo Legislativo, decretá-lo. O § 15 do referido artigo previa uma forma qualificada de estado de sítio em caso de guerra, ao qual ficava equiparada, por força da Emenda Constitucional nº 1, «a commoção intestina grave, com finalidades subversivas das instituições políticas e sociais». Essa extensão do conceito de guerra, provocado pelo temor da **Intentona Comunista**, facilitou, segundo Ferreira Filho, o golpe de 1937⁽³⁸⁾

A Carta de 1937, inspirada nas Constituições autoritárias da Polônia, Alemanha e Itália, entre outras, cria duas novas figuras — na verdade novas versões do estado de sítio — que podiam ser colocadas em prática pelo Presidente da República: a primeira, o **estado de emergência**, «em caso de ameaça externa ou na iminência de perturbações internas, ou existência de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos»; a segunda, o **estado de guerra**, quando «se torne necessário o emprego das forças armadas para a defesa do Estado». A própria Constitui-

(38) Cf. Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1977, pág. 126.

ção, de forma absolutamente inusitada, declarou instalado, em seu art. 186, o estado de emergência em todo o território nacional. Essa situação excepcional somente foi superada em 1945, pela Lei Constitucional nº 16.

A Constituição de 1946 retornou quase que integralmente à formulação feita em 1934, rejeitando, contudo, o adendo introduzido pela Emenda nº 1. Reafirma-se no texto constitucional a competência do Congresso para decretar o estado de sítio. O Presidente só podia fazê-lo nos momentos de recesso parlamentar.

É interessante notar que «de 1946 a 1961, da promulgação da Constituição à renúncia do Presidente Jânio Quadros — conforme lembra Ferreira Filho —, foi raro e breve o uso do estado de sítio. A crise da renúncia, porém, abriu a prática do estado de sítio de fato, ou seja, sem sua declaração expressa e legal. Na verdade, daí em diante, vários vezes as autoridades, sobretudo militares, tomaram medidas só cabíveis decretado o estado de sítio, sem que este o fosse, principalmente porque para a solução das crises se pretendia alterar a Constituição, o que era por esta proibido durante a suspensão das garantias constitucionais (...). Isso se tornou rotineiro após a Revolução de Março, apesar de os atos constitucionais revolucionários facilitarem sobremodo a instalação jurídica do estado de sítio»⁽³⁹⁾.

Deve-se sublinhar, porém, que as Constituições de 1967 e de 1969 não ousaram inovar em matéria de instrumentos de defesa do Estado. Mantiveram-se presas, em linhas gerais, ao texto de 1946 que, por sua vez, estava calcado no modelo de 1934. Tanto as hipóteses fundamentadoras do estado de sítio como as medidas autorizadas durante a sua vigência são bastante assemelhadas nesses diplomas. A única novidade digna de nota introduzida no instituto consistiu em retirar do Congresso a tradicional prerrogativa de decretar o sítio, transferindo-a para o Executivo. Essa providência, conforme se recorda, foi tomada inicialmente pelo Ato Institucional nº 1/64 e depois repetida pelo Ato nº 2/67, para finalmente ser incorporada às Constituições revolucionárias.

A Constituição de 1969, até a promulgação da Emenda nº 11/78, facultava ao Presidente da República a decretação do estado de sítio nos casos de «grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção» ou ainda no caso de guerra, por um prazo de 180 dias, prorrogável se persistissem as razões que o determinaram (art. 155, I e II e art. 156)⁽⁴⁰⁾. Durante esse período o Governo ficava autorizado a empregar as seguintes medidas: (1) obrigação de residência em localidade determinada; (2) detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns; (3) busca e apreensão em domicílio; (4)

(39) Cf. Ferreira Filho, *Comentários...*, cit., págs. 126 e 127.

(40) Ferreira Filho informa no *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1975, pág. 309, que a duração máxima do estado de sítio é de 360 dias, não sendo lícita a prorrogação, salvo em caso de guerra.

suspensão da liberdade de reunião e de associação; (5) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversos públicas; e (6) uso ou ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista ou concessionárias de serviço público, assim como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades (art. 155, § 2º, letra a a f).

Além dessas medidas, podia o Presidente, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, em circunstâncias de excepcional gravidade, lançar mão de outras, desde que previamente estabelecidas (art. 155, § 3º).

Observa-se, contudo, que a manutenção do estado de sítio dependia da anuência do Congresso, ao qual deveria ser enviado o decreto presidencial, para apreciação, dentro do prazo de cinco dias a contar de sua emissão, acompanhado da justificativa correspondente (art. 156, § 1º). O não acolhimento da mensagem do Executivo suspendia automaticamente o sítio.

Essas características colocam o estado de sítio, tal como definido acima, na categoria dos instrumentos **rígidos** no que concerne à defesa da ordem pública, sendo, pois, de difícil aplicação. Primeiramente, deve-se observar que a ocorrência de «grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção» é fato raro e de complexa caracterização. Aliás, a exegese dessa expressão deve ser necessariamente parcimoniosa, porquanto, como já afirmava Rui Barbosa ao examinar o assunto, «nas constituições onde se autoriza essa interceptação da ordem constitucional, os requisitos postos ao exercício deste arbítrio hão de entender-se sob a interpretação mais limitativa. Pertencem à classe dos **restringenda** e não à dos **amplianda**»⁽⁴¹⁾. Ademais, a enumeração das medidas de exceção não permite qualquer inovação no que respeita ao cerceamento das liberdades individuais. A faculdade que tem o Presidente de ampliar as restrições, estabelecidas no § 3º do art. 155, perde muito em flexibilidade na medida em que depende de oitiva do Conselho de Segurança Nacional e de previsão legal anterior.

Assim, pois, quando o Governo começou a receber pressões no sentido da revogação dos atos institucionais e complementares, verificou-se que, à luz dos conceitos de Segurança Nacional imperantes nos círculos castrenses e nos meios governamentais, era totalmente impossível a volta pura e simples ao sistema de emergência estabelecido na Constituição de 1969. Tratou-se, então, de criar novos instrumentos que, acoplados a um estado de sítio reformulado, assegurassem às autoridades revolucionárias a necessária **flexibilidade** para enfrentar com êxito as ameaças ao regime.

A Emenda Constitucional nº 11/78, que representou o primeiro passo da **abertura** política promovida pelo Presidente Ernesto Geisel, superou o impasse, ao substituir os instrumentos de exceção revolucionários pelas chamadas **salvaguardas** do Estado. A reforma da Cons-

(41) Cf. Rui Barbosa, **República: Teoria e Prática**, Petrópolis, Vozes, 1978, pág. 290.

tuição, recorda-se, ao revogar os atos institucionais e complementares promoveu, simultaneamente, a reestruturação parcial do estado de sítio, introduzindo, ao lado deste, no Capítulo V do Título II, o **estado de emergência** e as **medidas de emergência**.

Na verdade, o estado de sítio não sofreu nenhuma alteração substancial, continuando, portanto, a apresentar-se como um instrumento rígido. A flexibilidade na defesa das instituições, como se verá mais adiante, foi ensejada pelas novas **salvaguardas**. Graças a elas, repita-se, foi possível ao General Geisel reunir o necessário consenso da base de sustentação militar do regime para a supressão dos atos revolucionários.

No que concerne ao estado de sítio, a Emenda Constitucional nº 11/78 introduziu, basicamente, duas alterações. Em primeiro lugar ampliou as hipóteses em que este pode ser cogitado. Tal ampliação deu-se pelo aumento do componente de subjetividade na apreciação das circunstâncias fundamentadoras do sítio. Este passa a ser admitido «no caso de guerra, ou a fim de preservar a integridade e a independência do país, o livre funcionamento dos poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados ou atingidos por fatores de subversão. A segunda inovação consistiu no acréscimo, ao rol de medidas autorizadas durante a exceção, da possibilidade de «intervenção em entidades representativas de classe ou categorias profissionais». No mais, foram mantidas as disposições anteriores à reforma.

Essas duas novidades defluem diretamente da Doutrina de Segurança Nacional, desenvolvida pela ESG, refletindo sua preocupação com a **guerra revolucionária comunista**, especialmente com suas etapas iniciais. Com efeito, a alteração introduzida pela Emenda nº 11/78 amplia bastante a discricionariedade do Presidente da República na apreciação da conveniência da decretação do estado de sítio, ao admiti-lo na simples ocorrência de «fatores de subversão». Essa expressão, nota-se logo, é extremamente vaga e ambígua, permitindo as mais variadas interpretações, como, aliás, foi feito num passado recente. Por outro lado, a inclusão da intervenção em sindicatos na enumeração das medidas possíveis durante o sítio torna factível o estrito controle do movimento trabalhista que é, segundo as teses da Segurança Nacional, a primeira vítima da subversão comunista.

É preciso observar, todavia, que essa relativa flexibilidade introduzida no instituto é anulada pela manutenção das demais disposições vigentes antes da reforma constitucional, principalmente as que se referem ao controle, **a posteriori**, do ato presidencial pelo Congresso (art. 156, § 4º) — que pode suspender a exceção — e as que tratam da limitação do prazo de duração do sítio, que continua sendo de 180 dias, prorrogável por igual período (art. 156, § 3º). Esses óbices são afastados pelas novas **salvaguardas**, como será visto mais adiante.

Finalmente, vale lembrar que, segundo preceitua o parágrafo único do art. 157, a inobservância de qualquer das prescrições, relati-

vas ao estado de sítio, torna ilegal a coação e permite ao paciente recorrer aos tribunais, que continuam funcionando sem interrupção ao longo da situação excepcional.

5. AS NOVAS SALVAGUARDAS

A Emenda Constitucional nº 11/78 criou, como se sabe, dois novos instrumentos de defesa do Estado que, embora derivados do antigo *état de siège*, incorporam em sua estrutura algumas das características dos sistemas de emergência flexíveis. Esses institutos, comparados com o estado de sítio, conferem, segundo alguns, poderes quase que ditatoriais ao Presidente da República. Na prática, dizem os críticos, introduziram na Constituição algumas das mais arbitrárias disposições do Ato Institucional nº 5/68, sem dúvida o mais rigoroso instrumento jurídico do período de exceção.

O estado de emergência, que é um dos novos instrumentos introduzidos pela Emenda nº 11/78 no texto da Carta de 1969, pode ser decretado pelo Presidente da República, depois de ouvido o Conselho Constitucional, quando forem exigidas «providências imediatas» em caso de guerra ou para «preservar a integridade e a independência do país», o livre funcionamento dos poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados por fatores de subversão por fatores de subversão» (**caput** dos arts. 156 e 158) ⁽⁴²⁾.

Essa fórmula, em si mesma considerada, em nada se distingue daquela que fundamenta o estado de sítio, exceto quanto à alegação de urgência, valendo, portanto, a argumentação acima expendida na qual se sublinhou a vagueza e a ambigüidade do conceito de «subversão», que pode variar enormemente em função das convicções políticas e ideológicas de seus aplicadores.

As medidas autorizadas durante o estado de emergência são iguais às admitidas no estado de sítio, consistindo, repita-se, nas seguintes: (1) obrigação de residência em localidade determinada; (2) busca e apreensão em domicílio; (4) suspensão de liberdade de reunião e de associação; (5) intervenção em entidades representativas de classes ou categorias profissionais; (7) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas; e (8) uso ou ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos, bem como a suspensão do exercício de cargo ou emprego nas mesmas entidades (art. 156, § 2º e art. 158, § 1º).

(42) O Conselho Constitucional inspirou-se no órgão do mesmo nome previsto nos arts. 56 a 63 da Constituição francesa, que se compõe de nove membros: três indicados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia e três pelo Presidente do Senado, cabendo a Presidência do Conselho a um dos membros indicados pelo Presidente da República. O colegiado criado pelo art. 159 da Emenda nº 11/78 é presidido pelo Presidente da República, e dele participam, como membros natos, o Vice-Presidente da República, os Presidentes do Senado Federal e a Câmara dos Deputados, o Ministro da Justiça e um Ministro representante das Forças Armadas.

Quanto à duração do estado de emergência, observa-se que ele somente pode ser decretado por dias, metade do prazo admitido para o estado de sítio, que é de 180 dias. Em ambos os casos permite-se uma prorrogação por igual período (art. 156, § 3º e art. 158, § 2º).

Assim, pois, é possível constatar, numa primeira análise, que o estado de sítio e o estado de emergência praticamente nenhuma diferença apresentam no que respeita aos fundamentos que os justificam, às medidas coercitivas autorizadas e ao prazo de duração. Entretanto, os dois institutos distinguem-se num ponto de fundamental importância, qual seja, o da intervenção do Congresso na validade do ato que suspende as garantias individuais. No estado de sítio, como foi visto, o Presidente é obrigado a remeter o decreto responsável por sua instauração ou prorrogação, acompanhado de justificativa, dentro de cinco dias a contar de sua emissão, ao Legislativo, que pode ou não referendá-lo. Caso os parlamentares o rejeitem, cessa **de jure** a exceção. Na hipótese de decretação ou de prorrogação do estado de emergência, a decisão presidencial é meramente **comunicada** ao Congresso, cinco dias depois de tomada pelo Chefe de Governo (art. 158, § 3º). O Legislativo, nesse caso, passa a ser um mero expectador da aplicação de um dos mais violentos remédios para preservação das instituições existentes em todo o ordenamento constitucional.

Como se verifica, o Presidente tem a mais ampla autonomia para decretar o estado de emergência, posto que não se encontra tolhido de qualquer modo pelos demais Poderes da República. Nem ao Congresso, nem ao Judiciário, é dado entrar no mérito do ato presidencial. Os tribunais podem, no máximo, examinar seus aspectos formais e os eventuais abusos praticados pelos executores da medida⁽⁴³⁾. A consulta ao Conselho Constitucional é meramente formal, não possuindo caráter vinculante.

Esses fatos, somados à imprecisão da hipótese constitucional que o fundamenta, conferem ao estado de emergência uma enorme flexibilidade, tornando-o um instrumento apto a combater com êxito a «subversão», nos termos pretendidos pela Doutrina de Segurança Nacional, embora com evidente prejuízo para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Apesar da flexibilidade do estado de emergência, o seu desencadeamento é sempre problemático, pois implica a presunção de que o País e suas instituições estariam correndo grave risco. A admissão oficial desse fato, evidentemente, traz consigo inúmeras dificuldades não só internamente como também externamente. Para lembrar apenas algumas pode-se citar a perda de prestígio do Governo, o arrefecimento da economia e a inquietação da população, fatores esses que, muitas vezes, podem exacerbar a crise que se pretendia ver superada. Para obviar esses problemas foram introduzidas na Constituição, ao lado dos demais instrumentos de defesa do Estado, as medidas de

(43) V., nesse sentido, Ferreira Filho, *Comentários*, cit., pág. 142.

emergência que podem intervir na realidade social, de forma cirúrgica, para afastar ameaças localizadas.

Com efeito, o art. 155, **caput**, do texto constitucional autoriza o Presidente da República a lançar mão das medidas arroladas no § 2º do art. 156 — que são as mesmas admitidas durante o estado de sítio e o estado de emergência — «para preservar ou, prontamente, restabelecer, em locais determinados e restritos, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações que não justifiquem a decretação dos estados de sítio ou de emergência».

Também nesse caso o Congresso não é chamado a apreciar a suspensão das liberdades individuais, sendo apenas **cientificado**, dentro de quarenta e oito horas, pelo Presidente da República, das providências tomadas (art. 155, § 1º).

Além disso, é importante salientar que, embora o art. 155, **caput**, estabeleça o prazo de 60 dias para a duração das medidas de emergência e admita apenas uma prorrogação, na prática, elas podem ser aplicadas indefinidamente. Isso ocorre porque o art. 155, § 2º, permite que **novas** medidas sejam determinadas mediante simples comunicação da providência ao Congresso. Ora, como a hipótese que fundamenta a decretação das medidas é bastante abrangente (ordem pública e paz social ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações), segue-se que não é difícil baixar novas medidas que tenham por base idêntico fato gerador, mesmo porque as agitações sociais, via de regra, eclodem de forma intermitente, num contínuo movimento de fluxo e refluxo. Assim, um mesmo fenômeno que se repita esporadicamente num curto espaço de tempo ou em locais diferentes pode ensejar uma constante renovação das medidas de emergência. É o caso de um surto de greves, por exemplo.

Desse modo, verifica-se que as medidas de emergência, na atual sistemática constitucional, colocam nas mãos do Presidente da República uma soma de poderes somente superada pelo Ato Institucional nº 5/68. De fato, faculta-se ao Chefe de Governo a suspensão das principais garantias individuais com base numa apreciação pessoal e eminentemente subjetiva de fatos definidos de forma vaga na Constituição. A decisão presidencial que baixa essas medidas extremas não sofre qualquer contraste, quer pelo Congresso, quer pelo Judiciário. Afora isso, como foi visto, tais medidas podem ser renovadas, na prática, indefinidamente.

As medidas de emergência, contrariamente aos prognósticos de alguns observadores mais otimistas do processo de **abertura política**, foram efetivamente aplicadas. No dia 19 de outubro de 1983, o Presidente João Figueiredo assinou o Decreto nº 88.888, determinando a adoção das medidas, «de acordo com as necessidades», na área do Distrito Federal, por noventa dias. A iniciativa, segundo o porta-voz da Presidência da República, Carlos Átila, foram adotadas com o

propósito de assegurar o livre funcionamento do Congresso Nacional. Na mensagem que remeteu à Câmara dos Deputados, justificando o decreto, o Presidente afirmava que «o Distrito Federal está sendo alvo da ação de agitadores recrutados em várias regiões do País, como já aconteceu em ocasiões anteriores, com a intenção de pressionar e intimidar os parlamentares, com risco, até mesmo, para sua integridade física»⁽⁴⁴⁾.

Conforme se sabe, as medidas de emergência foram precedidas da rejeição sistemática, pelos congressistas, de diversos decretos presidenciais relativos à reformulação da política de reajustes salariais, ao longo de votações tumultuadas, às quais compareceram em grande número e de todos os recantos do País, representantes de sindicatos e de outros grupos interessados que, das galerias e nos corredores do Congresso, exerceram vigorosa pressão em prol do repúdio desses instrumentos legais. Com o estabelecimento das medidas de exceção, que dentre outros efeitos restringiu a circulação de pessoas na Capital Federal, o Governo logrou aprovar, depois de pequenas concessões, o Decreto nº 2.065, de 26 de outubro de 1983, o qual efetivamente colocou em prática uma profunda alteração na política salarial, contemplando reajustes inferiores à variação do índice de inflação. Referendado o decreto, as medidas de emergência esvaziaram-se, na prática, deixando de vigorar no tempo aprazado.

7. CONCLUSÃO

Comparado com o estado de sítio, que integra tradicionalmente o arsenal de instrumentos constitucionais de defesa do Estado, deve-se observar que as novas salvaguardas realmente representam um retrocesso, no que diz respeito à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Contudo, em que pesem as características negativas do estado de emergência e das medidas de emergência, deve-se recordar que a sua inserção na Constituição permitiu a supressão dos atos jurídicos de exceção, porquanto tal iniciativa assegurou ao regime um conjunto de instrumentos eficazes para controlar o processo de **abertura política**. Faz-se necessário acrescentar, ainda, que o simples enquadramento da ação governamental dentro de parâmetros constitucionais, ainda que muito amplos, é inegavelmente um aspecto positivo. Nesse sentido, vale lembrar as lúcidas palavras do professor Francisco Weffort: «A diferença entre um poder presidencial apoiado pelo AI-5 e um poder presidencial cercado pelas 'salvaguardas' é pequena mas não irrelevante. É apenas a diferença de qualidade que sempre existe entre um poder ilimitado e um poder regulado, por mais forte que seja este»⁽⁴⁵⁾.

(44) *Jornal Folha de São Paulo*, de 20-10-83, pág. 4.

(45) *Apud* Dêlcio de Lima, *Brasil: o retrato sem retoque*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1978, págs. 35 e 36.

Aspectos do Direito Comparado

Francisco Ovídio

Professor da Faculdade de Direito da UNAERP
de Ribeirão Preto e Membro da Academia In-
ternacional de Jurisprudência e Dir. Comparado

A importância do Direito Comparado tem sido destacada não só pelos juscomparativistas como, também, pelos estudiosos do Direito em geral. Constitui o seu estudo um dos planos mais significativos da Ciência Jurídica na atualidade. A pesquisa jurídica comparativista contribui de forma marcante para a evolução e o alargamento das fronteiras do conhecimento jurídico.

Especialmente na época atual, que oferece grande facilidade de comunicações, verifica-se um incessante relacionamento entre os diferentes países, quer no plano político, econômico, comercial e pessoal. Mesmo separados, muitas vezes, por diferenças de natureza ideológica, os países tendem a estreitar os laços no terreno político, em decorrência do pragmatismo imperante nas relações internacionais. A economia mundial contemporânea é marcada pela vinculação entre os sistemas econômicos das nações; as multinacionais mantêm empresas nos mais variados locais, independentemente de distâncias e posicionamentos ideológicos. A mobilidade das pessoas de um país para outro cresce a cada dia mais. Enfim, é um mundo onde o relacionamento entre os diversos países é uma nota marcante.

As formas de relacionamento acima indicados implicam na criação de mecanismos jurídicos capazes de solucionar os decorrentes problemas e no aprimoramento dos já existentes. Assim, torna-se imprescindível o conhecimento e análise dos grandes sistemas jurídicos e dos ordenamentos jurídicos particulares das diferentes nações, o que nos conduz necessariamente aos domínios do Direito Comparado.

Frente ao relevante papel do juscomparativismo em nossos dias, destacaremos alguns aspectos do seu vasto campo de abrangência, no sentido de contribuir para uma maior divulgação da matéria e da importância do seu estudo. A abordagem será limitada aos seguintes pontos: conceituação, determinação da natureza, problema metodológico, funções e evolução (em geral e no Brasil) do Direito Comparado.

1. Conceito e natureza do Direito Comparado

A definição do Direito Comparado está diretamente ligada à determinação da sua natureza, ou seja, se é uma ciência ou simplesmente um método. Neste ponto há grande divergência entre os estudiosos. De um lado, entendem que é uma ciência Lévy-Ullmann, Saleilles, Köhler, Maine, Salmon, Wigmore, Holland, Pollock, Bryce, Zweigert, Kutz, Rodière, Caio Mário da Silva Pereira e Marc Ancel, entre outros conceituados especialistas. De outro, vislumbram um simples método («Rechtsvergleichung») René David, Jescheck, Gutteridge, De Francisci, Káden e Lino de Moraes Leme, apenas para citar os mais conhecidos. Ainda, autores como Lambert consideram o Direito Comparado como ciência e como arte; Blagojevic situa que, a título instrumental, não passa de um método (a ciência seria, conseqüentemente, a instrumentalizada pelo método comparativo), enquanto que visto de forma autônoma constituiria ciência ^(4:83/4).

Não pretendemos nesta oportunidade, devido o caráter panorâmico deste artigo, penetrar nos argumentos desenvolvidos pelos diversos partidários de uma ou de outra tese. Assim, vamos limitar o enfoque às colocações de René David e Marc Ancel.

Em seu excelente «Traité Elementaire du Droit Civil Comparé», René David afirma que o Direito Comparado «(...) não é um ramo da ciência jurídica análogo àqueles outros ramos que nós tivemos em vista, direito civil ou direito comercial, direito administrativo ou direito penal. O direito civil, para citar um exemplo, é uma parte do direito positivo francês, ele é constituído por uma série de regras, que a doutrina e a legislação ordenam sistematicamente, e que constituem regras de conduta para os particulares nas suas relações uns com os outros; os tribunais resolvem os litígios entre os particulares impondo a observância destas regras, aplicando o direito civil.» Já o mesmo não se verifica no tocante ao Direito Comparado, pois «(. . .) não existem regras de direito comparado no mesmo sentido como há regras de direito civil ou de direito penal; as regras de direito comparado, se se pode empregar esta expressão, não são feitas para governar a conduta dos cidadãos, das pessoas de direito público ou do Estado; o direito comparado não é parte do direito positivo de uma determinada nação, do mesmo modo que o direito civil, o direito administrativo, ou o direito internacional privado ou público.» Assim, conclui que «o direito comparado nada mais é, realmente, que a comparação de direitos, é o método comparativo no domínio das ciências jurídicas» ^(5:3/4).

Por outro lado, Marc Ancel em sua obra «Utilidade e métodos do Direito Comparado; elementos de introdução geral ao estudo comparativo dos direitos», advoga a tese contrária, sustentando que o Direito Comparado é uma ciência, e aponta duas razões principais para justificar o seu entendimento. Em primeiro lugar, mostra que a preocupação de «(...) análise dos grandes sistemas jurídicos em

vigor (...) constitui ou tende a constituir uma geografia análoga, ou, mais exatamente, paralela à história das instituições jurídicas (...). Esta dimensão geográfica da pesquisa comparativa revela-se, incontestavelmente, de caráter científico». Em segundo lugar, se nos preocupamos em «(...) distinguir a utilização ocasional da comparação, e a utilização sistemática do método comparativo, percebe-se, facilmente, que esta nada mais é que o método de uma ciência que, mesmo se se admitir não ter ela objeto próprio no início, chega-se ao termo da pesquisa, a um resultado, a um produto que se torna um objeto de ciência específica» (1:59/1).

Ancel mostra que a utilização do método levará à dedução de um conteúdo científico novo, tornando-se, desta forma, «(...) a matéria de um conjunto de conhecimentos sistematicamente organizados.» Pergunta, então, o eminente comparativista: «(...) não está aí a característica fundamental de uma ciência?»

Qual das teses acima traduz, do ponto de vista epistemológico, a verdadeira natureza do Direito Comparado? Para solucionar a questão faz-se necessária a análise de alguns aspectos relacionados à definição de ciência. Para evitar maiores digressões, recorreremos a uma definição fornecida por Luís Washington Vita, que explica: «(...) modernamente se entende por ciência um conjunto de conhecimentos em torno de um determinado objeto, obtidos com determinados critérios metódicos e sistemáticos num organismo logicamente construído» (15:115).

O Direito enquadra-se perfeitamente nos termos da definição de ciência acima apresentado. É, incontestavelmente, um conjunto de conhecimentos sistematicamente organizados, que têm por objeto a regulação normativa das relações sociais. Constitui o resultado de um processo de construção e elaboração de conceitos. E o Direito Comparado?

A solução da controvérsia Direito Comparado como ciência ou simples método exige a análise do problema sob um novo prisma. René David e Gutteridge, entre outros, enfatizaram a falta de um corpo definido de regras, para recusar o estatuto de ciência ao Direito Comparado. Se a questão for enfocada sob esta ótica, obviamente, que não constituirá uma ciência como o Direito Civil, Direito Penal etc. Com efeito, não existe um corpo de regras definidas que possam ser consideradas como de Direito Comparado. Entretanto, a colocação do problema em outros termos poderá levar a um entendimento diferente.

A diferenciação das ciências entre si pode ser feita não só pelo objeto material (o conjunto de seres ou de realidades sobre que incide) como, também, pelo objeto formal (o peculiar ponto de vista sob o qual analisam esse conjunto). Nestes termos, duas ciências podem ter o mesmo objeto material e, no entanto, objetos formais diferentes. É o caso, por exemplo, da História e da Política. Ambas têm o mes-

mo objeto material — os fatos políticos — mas, no entanto, divergem no tocante ao objeto formal. Enquanto a História trata dos fatos políticos de forma diacrônica, a Política encara-os de maneira sincrônica. O mesmo raciocínio pode ser aplicado em relação ao Direito Comparado e à Ciência do Direito. O primeiro «(...) estuda o direito comparando sistemas jurídicos diferentes e figuras e institutos diferentes (...), já a segunda estuda o direito dogmático, pela construção de categorias num todo sistematizado e pelo estabelecimento de relações entre categorias definidas (4:79/81).»

Ainda, para reafirmar o estatuto científico do Direito Comparado, é conveniente trazer à tona mais uma vez a análise efetuada por Marc Ancel. A cientificidade do Direito Comparado, no seu entender, liga-se à dimensão geográfica da pesquisa comparativa e ao emprego sistemático do método comparativo, que possibilitam a produção de um conteúdo novo. As duas ordens de preocupações determinam o surgimento de um conjunto de conhecimentos sistematicamente organizados, que é um dos traços essenciais da ciência.

A tarefa de agrupar os diversos sistemas jurídicos em famílias também revela o caráter científico do Direito Comparado, uma vez que, conforme destaca Constantinesco, «(...) uma ciência é antes de mais nada um sistema de classificação.» Por outro lado, a comparação dos diversos sistemas jurídicos entre si favorece a elaboração de «sínteses conceituais», de enorme importância na abordagem científica da matéria.

O Direito Comparado atende, assim, aos requisitos substanciais da ciência: conhecimentos adquiridos de maneira metódica, sem o caráter de improvisação; validade universal dos conhecimentos produzidos; e que esses conhecimentos tenham passado pelo crivo da observação sistemática. A utilização do método comparativo preenche o primeiro requisito; as «sínteses conceituais» operadas pela atividade juscomparativista podem ser aplicadas no estudo dos diferentes ordenamentos jurídicos do passado ou da atualidade, cumprindo com o segundo requisito; enquanto que a utilização dos métodos e procedimentos consagrados pela ciência jurídica comparativista garante a observação sistemática dos fatos. Por último, não deixa de ser oportuna a lembrança das observações de Zweigert, de que «(...) dentro dos quadros do direito, o direito comparado é a única ciência», bem como a de Kutz, para quem «nenhum estudo merece o nome de ciência se se limita a fenômenos que se verificam dentro das suas fronteiras naturais (...). O direito comparado oferece a única via pela qual o direito pode tornar-se internacional e conseqüentemente uma ciência (4:82-3).»

Uma vez analisada a questão referente à natureza do Direito Comparado devemos, então, abordar a sua definição. Muitas são as conceituações, decorrentes da ótica peculiar, através da qual o estudioso enfoca a matéria. Já vimos que René David considera que «(...) nada mais é, realmente, que a comparação de direitos, é o

método comparativo aplicado no domínio das ciências jurídicas», posição esta adotada por diversos especialistas. No «Vocabulaire Juridique», elaborado sob a direção de Henri Capitant, é definido como «(...) o ramo da ciência do direito que tem por objeto a aproximação sistemática de instituições de diversos países^(1:43).» Sujiyama sustenta que «(...) a ciência do direito comparado é uma das disciplinas da ciência do direito supranacional, fundada no novo direito natural, que tem por objeto realizar o progresso comum do direito mundial, mediante a comparação positiva e a aproximação sistemática dos direitos, e em caso necessário, pela construção jurídica.» Martínez Paz afirma que «(...) é a disciplina jurídica que se propõe, por meio da investigação analítica, crítica e comparativa das legislações vigentes, descobrir os princípios fundamentais relativos e o fim das instituições jurídicas e coordená-las num sistema de direito positivo atual^{7:39)}.»

As diferentes definições, que não se esgotam nas apresentadas acima, traduzem de forma nítida o posicionamento epistemológico dos seus elaboradores. Para René Davi não passa de um método, o método comparativo aplicado à Ciência do Direito, para o «Vocabulaire Juridique» de Capitant constitui ramo da ciência jurídica, no que é seguido por Sujiyama (disciplina da ciência do direito supranacional) e por Martínez Paz. Sujiyama situa o fundamento ontológico do Direito Comparado «num novo direito natural». Martínez Paz limita-o à investigação das legislações vigentes, não se preocupando com as passadas. Como se percebe, variam as características das diversas definições, mas apresentam um certo fundo comum: a aproximação dos diversos direitos, a descoberta de princípios comuns entre eles, o aperfeiçoamento e a elaboração de um possível sistema único.

Da nossa parte, podemos considerá-lo como a disciplina científica que tem por objeto o estudo comparativo-sistemático de instituições ou sistemas jurídicos diversamente situados no espaço ou no tempo, com a finalidade de estabelecer os pontos comuns e as diferenças existentes entre eles, para compreender a sua evolução e determinar os parâmetros para o seu aperfeiçoamento e reforma.

2. Funções do Direito Comparado

O Direito Comparado era visto até certo tempo como uma preocupação desprezível, de mero diletantismo intelectual. No entanto, com o amadurecimento científico da matéria, os estudos realizados pelos especialistas, a promoção de congressos nacionais e internacionais dedicados ao tema e o aparecimento de instituições científicas, revelaram-se as suas finalidades, que comprovam o seu caráter prático e instrumental, bem como as suas repercussões não só na Ciência do Direito, como, também, no plano político, econômico, etc. René David sintetizou as suas vantagens nos seguintes termos: «(...) é útil nas investigações históricas ou filosóficas respeitantes ao direito; é útil para melhor conhecer e aperfeiçoar o

direito nacional; e, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional (6:28).»

O Direito Comparado preocupa-se, inicialmente, com a comparação de sistemas jurídicos particulares de diferentes países, destacando os seus pontos comuns ou distintivos, o que constitui a «macrocomparação». Por outro lado, pode limitar a sua atividade à comparação de determinados institutos jurídicos pertencentes a ordens jurídicas distintas, por exemplo, o contrato no Direito Brasileiro e no Direito Italiano, o que representa a «microcomparação».

A atividade juscomparativa foi, paulatinamente, ampliada no sentido de não se limitar à comparação de normas jurídicas, mas, também, de ciências jurídicas, procurando captar os diferentes tratamentos conceituais do fenómeno jurídico e as relações existentes entre o Direito e a realidade social subjacente.

Com efeito, o Direito Comparado tem objetivos específicos, como o de possibilitar uma melhor compreensão do espírito que anima as instituições jurídicas, as técnicas vigentes na época e responder indagações existentes no tocante à gênese dos sistemas jurídicos primitivos; objetivos práticos, notadamente no tocante aos esforços de unificação do Direito Privado no plano internacional e à solução dos conflitos de leis no Direito Internacional Privado; objetivos políticos, pois no mundo atual é impossível pensar em «muralhas chinesas» separando os sistemas jurídicos dos países, mesmo dos ideologicamente conflitantes, contribuindo, assim, o esforço comparativista para um melhor entendimento no plano das relações internacionais. No dizer de Constantinesco, a tendência dos estados não é no sentido de constituírem unidades fechadas, que intitula de «perspectiva ptolemaica», mas, sim, de ampliarem as suas relações com os demais, ou seja, a «perspectiva copernicana».

No mundo atual, em que pesem os antagonismos ideológicos, a tendência das relações internacionais orienta-se no sentido da aproximação entre os países, de uma vinculação necessária, o que, por sua vez, implica na criação e no desenvolvimento de mecanismos jurídicos para disciplinar o relacionamento e dirimir os inevitáveis conflitos de interesses. No plano regional, o surgimento de organização como o Mercado Comum Europeu, a Associação Latino-Americana de Livre Comércio, a Benelux, a Comunidade Européia do Carvão e do Aço, entre outras, possibilitou a criação de um «direito comunitário», de um «direito de integração». Fala-se, também, de um «direito transnacional».

Para muitos comparativistas a unificação do direito constitui a função básica do Direito Comparado. De um lado, a unificação do direito representa uma aspiração, uma meta a ser atingida no futuro. De outro, indica a série de iniciativas que objetivam a concretização desse ideal. O movimento pela unificação do direito procurou, ini-

cialmente, atingir a unificação de regras, evoluindo, posteriormente, para o nível de princípios, ou de «standarts» gerais de comportamento. Segundo Marc Ancel, «essa evolução implica, sob a ótica comparativa, em seqüências importantes, que serão, simplesmente, enunciadas brevemente:

— a unificação de regras deixa de ser o objetivo principal do direito comparado e a preocupação maior do comparativista;

— a harmonização, coordenação, até mesma a uniformização são viáveis entre sistemas e entre matérias onde a unificação das regras seria de difícil realização;

— evolui-se, por conseguinte, da antiga unificação para a nova uniformização: uma vez mais, o caminho científico consiste em superar a regra para atingir o sistema; e, uma vez mais também, ele consiste em considerar o sistema como um todo, nos seus métodos e no seu espírito ^(1:104).»

A unificação está, no entanto, mais restrita ao campo do Direito Privado e do Direito Processual Civil. No âmbito latino-americano registraram-se esforços no sentido do estabelecimento de um código tributário modelo, de um código penal típico e de um código aeronáutico. Inclusive, deve ser mencionado o trabalho desenvolvido durante as «Jornadas Latino-Americanas de Direito Processual», realizadas em diversos países do continente.

3. O aspecto metodológico

Após analisarmos a controvérsia sobre a natureza do Direito Comparado, verificamos que o mesmo constitui uma ciência. E, como toda ciência pressupõe um método, qual será, então, o método apropriado para o seu estudo? O método histórico, o funcional, o dialético, o exegético, o social, o indutivo, o dedutivo, o dogmático ou o estrutural. Enfim, todos os disponíveis no vasto arsenal metodológico e aplicáveis ao estudo do Direito.

Já está sobejamente demonstrada a necessidade e a importância do método na atividade científica. A sua correta utilização garante ao pesquisador de qualquer campo do conhecimento penetrar no objeto de estudo e atingir a essência do fenômeno para explicá-lo ou compreendê-lo. Ortega y Gasset situou lapidarmente o relevante papel da opção metodológica na prática científica ao colocar a seguinte questão: «Queda usted en entera libertad de elegir entre dos cosas: o ser filósofo o ser sonámbulo». O recurso ao método apropriado para determinada fase da pesquisa livra o estudioso da embaraçosa situação sonambúlica característica dos que se afastam deste pressuposto essencial da atividade científica.

O estágio atual de desenvolvimento da Epistemologia revela que o método não deve ser encarado como uma bitola estreita, que condi-

ciona e limita a liberdade do pesquisador. Antes, deve constituir um campo aberto para discussões e críticas, flexível e retificável a cada etapa da elaboração científica. Portanto, não se concebe mais as iniciativas no sentido de se privilegiar certo(s) procedimento(s) metodológico(s) em detrimento de outros existentes, sob a alegação de ser(em) mais ou menos científico(s), pois os métodos se interagem e se completam na prática científica. A palavra de ordem na atualidade é o «pluralismo metodológico».

Esta posição é compartilhada por destacados juscomparativistas contemporâneos, como Gino Gorla e Marc Ancel, que postulam para cada categoria de problemas comparativos um determinado método. Ainda, deve se ressaltar que a própria utilização do método está na dependência das fontes de informações disponíveis^(1:115). Ancel mostra que, ao nível da regra de direito, o método indicado será o informativo ou descritivo; ao nível do sistema, será o estrutural; tratando-se de instituição, será principalmente o técnico ou, em certos casos, o tecnicista. Propõe, ainda, revelando uma indisfarçável preferência, um outro ponto de partida — o de uma situação de fato determinada — que se liga ao «law in action», para justificar o emprego do método funcional.

A pesquisa conduzida pelo método funcional, no entendimento do renomado juscomparativista francês, apresenta certas vantagens, pois faz «(...) surgir a possibilidade de estudar o mesmo assunto em sistemas sócio-políticos totalmente diferentes (...) e revela a (...) interdependência das ciências humanas, permitindo uma abordagem ou um estudo que torna-se, poderíamos dizer, de certo modo metajurídico»^(1:114/121).

A reflexão metodológica deve ser ampla e pluralista para atender à dinâmica da ciência, e não limitada ao estéril sectarismo metodológico. Dizer aprioristicamente que o procedimento deva ser este ou aquele não se mostra como uma postura científica. Somente no processo de elaboração teórica, e em face do objeto de conhecimento, é que será possível a definição sobre o(s) método(s) mais indicado(s).

4. A evolução do Direito Comparado

A preocupação comparativista no Direito remonta à Antiguidade Grega, com Licurgo e Sólon, respectivamente, em Esparta e Atenas, que viajaram o mundo da época para conhecer as instituições estrangeiras antes de legislar. Platão, em «Nomoi», comparou as normas jurídicas das cidades gregas, bem como analisou os seus fundamentos filosóficos e metafísicos. Teofrasto efetuou um estudo descritivo-comparativo do direito privado da época. Já Aristóteles afirmou o princípio de que não há ciência do particular e analisou cento e cinquenta e oito constituições das «poleis» e cidades bárbaras, particularmente a cartaginesa.

Em Roma, os decênviros, elaboradores da «Lei das XII Tábuas», levaram em conta as legislações existentes na época, particularmente a grega, em sua tarefa legislativa. No século V da nossa era, encontramos a «Collactio Legum Romanorum et Mosaicarum», um trabalho comparativo das duas legislações básicas do mundo antigo: a romana e a hebráica. No século XV, deparamos com o «De Laudibus Legum Angliae», de Fontescue, na Inglaterra; Fulbeck escreveu uma obra em forma de diálogo entre um jurista inglês, um canonista e um romanista, intitulada «The parallele of Conference of the Civil Law, the Canon Law and the Canon of this Realm of England»; St. Germanin, na mesma linha de apresentação, publicou «Doctor and Student», uma discussão entre um jurista romanista e um inglês.

Embora, conforme verificamos, os primeiros esforços juscomparativistas possam ser localizados na Antiguidade, algumas razões impediram o desenvolvimento da sua feição científica. No entendimento de René David, a tendência da Ciência Jurídica até o século XIX era a de revelar «(...) os princípios e soluções dum direito justo, conforme a vontade de Deus, à natureza e à razão. Ela está dissociada dos direitos positivos.» Foi a época do primado do Direito Natural, colocado acima dos ordenamentos positivos, que acarretou uma dicotomia entre o Direito Natural e o Direito Positivo. Segundo o eminente comparativista francês, havia nos ambientes universitários um desprezo em relação ao estudo dos costumes e das Ordenações, preocupando-se apenas com «(...) o ensino da verdadeira ciência do direito, o método pelo qual se poderiam em todos os países, descobrir as soluções de justiça»^(6:26), o que seria alcançado através do estudo do Direito Romano e do Direito Canônico, vistos como o «jus commune» do mundo civilizado. Esta postura representou um «obstáculo epistemológico» na evolução do Direito Comparado, retardando o processo de formação do seu campo de conhecimentos autônomo. Só a partir do século XIX, com a divulgação desse direito comum e a sua substituição pelas codificações nacionais, é que se tornou possível o desenvolvimento científico da matéria.

No processo evolutivo da doutrina juscomparativista podem ser distinguidas quatro fases progressivas que, não obstante se interpenetrem em certos aspectos, apresentam características próprias, a saber:

1ª) dos princípios a meados do século XIX, caracterizada pelo exame e tradução da legislação estrangeira;

2ª) da fundação da «Société de Legislation Comparée, em 1869, até o fim do século XIX, cuja tônica foi o estudo da legislação comparada, a análise paralela e organizada das leis estrangeiras e nacionais;

3ª) do início do século XX (Congresso Internacional de Direito Comparado, em 1900, em Paris), com o aperfeiçoamento e ampliação do trabalho comparativo;

4ª) a partir da fundação da «Académie Internationale de Droit Comparé», em Haia, em 1924, prolongando-se até os dias atuais, com a internacionalização do Direito Comparado ^(14:409).

A criação da cadeira de «História Geral e Filosofia da Legislação Comparada», em 1830, no Collège de France, sob a direção de Leminier, representou o reconhecimento da importância e da necessidade do estudo do Direito Comparado. Anos depois, em 1837, surgiu outra cadeira na Faculdade de Direito de Paris, orientada por Ortolan. Nesta primeira fase, a preocupação principal era o exame da legislação estrangeira, com a tradução de obras, a análise e a divulgação dos códigos e textos legais de outros países. A divulgação da matéria foi feita principalmente em duas importantes revistas: «Krit Zeit für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes», criada por Mittermaier e Zacharie, na Alemanha, que funcionou de 1829 a 1856, e a «Revue Étrangere de Legislation», depois, intitulada «Revue Étrangere et Française de Legislation et Economie Politique» (1835 a 1850).

O desenvolvimento do comércio internacional, o incremento das relações humanas, dos meios de comunicação e o espírito científico da época criaram condições favoráveis para uma nova postura comparativista. Assim é que, em 1869, apareceram na França, a «Société de Legislation Comparée», fundada por Laboulaye; na Inglaterra, a cadeira de «Historical and Comparative Law», em Oxford, regida por Henry Summer Maine; na Bélgica, a «Revue de Droit International et de Droit Comparé» e, na Itália, Emerico Amari publicou uma «Critica di una scienza delle legislazioni comparate». Inclusive no Japão verificou-se o incremento dos estudos comparativistas, pois com a ocidentalização do país, a partir de 1868, promoveu-se a tradução dos códigos franceses para servir de base a uma nova codificação e chegaram os primeiros juristas ocidentais às universidades locais. É a segunda fase do comparativismo moderno, na qual o estudioso «(. . .) compara as leis, anotando as semelhanças, diferenças e relações; já é o desfile organizado das leis nacionais e estrangeiras ^(13:490/1).»

No começo do século atual, em 1900, por ocasião da Exposição Internacional de Paris, a «Société de Legislation Comparée» promoveu um Congresso Internacional de Direito Comparado, com a participação dos maiores juristas da época (dentre eles, Saleilles, Lambert e Pollock), cuja influência foi decisiva para o desenvolvimento do movimento juscomparativista e a formação do campo de conhecimentos científicos da disciplina. Saleilles, no relatório de síntese, fez um balanço do caminho percorrido pela entidade desde a fundação: «A vulgarização da vida jurídica particular dos povos civilizados, que segundo ele, assinalava o período de 1869, é conveniente substituir por uma ciência nova, «a ciência do direito comparado, no sentido jurídico da palavra», disciplina nova, «independente e autônoma», tendo por objeto «deduzir do conjunto das instituições particulares um fundo comum, ou ao menos pontos de aproximação suscetíveis de fazer

transparecer, sob a diversidade aparente das formas, a unidade profunda da vida jurídica universal ^(1:25).»

A criação de institutos dedicados ao estudo do Direito Comparado passou, então, a se verificar nos principais centros jurídicos, inicialmente, europeus, depois, estendendo-se para outras regiões. Sem a preocupação de fornecer uma enumeração exaustiva, podemos registrar a «Académie Internationale du Droit Comparé, em 1924, em Haia, um dos marcos mais significativos na evolução do Direito Comparado; o «Institut du Droit Comparé», em Lyon, criado por Lambert; o de Paris, fundado por Lévy-Ullmann; o «Instituto de Studi Legislativi», instalado na Itália, em 1924, por Galgano e Sarfatti; a «Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre e Gessenschaft für vergleichende Rechts und Staatwissenschaft», na Alemanha; o «Bureau of Comparative Law», anexo à «American Bar Association», nos Estados Unidos; o «Instituto Americano de Derecho y Legislación Comparada», na Espanha; a «Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional», em Havana, 1945, reinstalada mais tarde no Rio de Janeiro, em 1974, sob a presidência de Haroldo Valladão.

Após a Segunda Guerra Mundial, merece destaque a fundação do «Comité International du Droit Comparé» (desde 1954 «Association Internationale des Sciences Juridiques»), com o objetivo de «(...) promover a compreensão e o conhecimento recíproco das nações, e ajudar no aumento do saber, encorajando em todo o mundo o estudo de sistemas jurídicos estrangeiros e o uso do método comparativo na ciência do direito», ligado à UNESCO, e que tem contribuído de forma notável para o desenvolvimento do comparativismo jurídico. Congrega comissões nacionais de Direito Comparado de aproximadamente cinquenta países, com um comitê diretivo integrado por nove membros, que representam os diversos sistemas jurídicos do mundo e que são eleitos pelo conselho constituído por um representante de cada associação nacional filiada. Em nosso país, recebeu a denominação de «Comité Nacional de Direito Comparado», fundado em 1948, por Haroldo Valladão, junto à Faculdade Nacional de Direito.

A atividade desenvolvida pela «Académie Internationale du Droit Comparé» de Haia tem sido notável. Nos diversos congressos realizados, inclusive com a participação de representantes brasileiros, dentre os quais avulta a figura do Prof. Haroldo Valladão, em Paris (1954), Bruxelas (1958), Hamburgo (1962), Upsala (1966), Pescara (1970), Teerã (1974) e Budapeste (1978) efetua-se o intercâmbio de idéias através das teses apresentadas, que não só atestam o amadurecimento científico da matéria como, também, contribuem para o seu maior desenvolvimento e divulgação. No Congresso de 1932, presidido por Bustamante y Sirvén, foi aprovado, entre outras matérias, um voto para a criação de uma Faculdade Internacional de Direito. Só em 1958, ocorreu o início das atividades da Universidade Internacional de Ciências Comparadas, com a inauguração do Instituto Uni-

versitário Internacional Luxemburgo, que passou a oferecer cursos e conferências sobre o assunto aos interessados dos diferentes países.

A fase atual do Direito Comparado tem como característica a «(...) plena internacionalização do direito comparado, graças às reuniões e organismos internacionais específicos, que conduzem à universalização do direito comparado ^(13:490/1).» Apenas para citar alguns dos mais importantes institutos que se dedicam ao estudo e divulgação da matéria juscomparativista, mencionaremos a «Academia Internacional de Direito Comparado» (Haia), a «Associação Internacional de Ciências Jurídicas» (ligada à UNESCO, com sede em Paris, que está publicando a «International Encyclopedia of Comparative Law»), o UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, com sede em Roma), a UNCITRAL (ou CNUDCI, Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional), o Max Planck Institut (Alemanha Federal) e a centenária Société de Législation Comparée (França, que publica a excelente Revue Internationale de Droit Comparé). No campo universitário cabe registrar a Faculdade para o Ensino do Direito Comparado, em Estrasburgo; o Instituto Universitário Internacional Luxemburgo, acima mencionado, e o Instituto Universitário Europeu, de Florença. A atividade destas instituições tem possibilitado um crescente desenvolvimento da doutrina comparativista e a internacionalização dos seus princípios científicos.

O nível atingido pela ciência juscomparativista tem descortinado aos estudiosos do Direito novas perspectivas de análise dos sistemas jurídicos. O enfoque tradicional, caracterizado pelo maniqueísmo «direitos latinos» versus «direitos germânicos» foi paulatinamente superado com o reconhecimento da importância do «common law» e dos sistemas jurídicos emergentes da África e da Ásia.

O advento dos regimes autoritários na Europa e a eclosão da Segunda Guerra Mundial provocaram uma crise no comparativismo jurídico, logo em seguida, acentuada pela bipolarização do mundo em dois blocos políticos antagônicos — países comunistas e países capitalistas. No entanto, a evolução da política mundial e os esforços dos juscomparativistas e das organizações dedicadas ao assunto possibilitaram notáveis progressos no sentido da eliminação dos obstáculos e duma aproximação cada vez maior de sistemas jurídicos de países, mesmo dos separados ideologicamente.

Na atualidade, o Direito Comparado constitui um dos pontos culminantes dos estudos e pesquisas jurídicas; o seu caráter instrumental faz com que a cada dia aumente a sua importância. Quem sabe, no futuro, será possível realizar a unificação dos direitos, que na atualidade muitos colocam como uma utopia? Já existem as normas de «direito uniforme», incluídas nos ordenamentos jurídicos de diferentes países, cuja utilização poderá ser ampliada ainda mais. Também a integração regional dos países determina o aparecimento do direito comunitário, do «direito de integração». A unificação dos direitos, considerada como um dos objetivos da «Académie Internationale du

Droit Comparé», e reafirmada por Lévy-Ullmann, em 1925, ao apre- goar a necessidade da construção do «direito mundial do século XX», poderá ser atingida com o passar do tempo.

5. O Direito Comparado no Brasil

As raízes do comparativismo brasileiro podem ser encontradas em Portugal. A Lei da Boa Razão (1769), elaborada por iniciativa do Marquês de Pombal, determinou que para a aplicação do Direito Romano devia-se recorrer ao subsídio próximo das «(...) Nações Cristãs iluminadas e polidas, que com elas estão resplandecendo na boa, sã e depurada jurisprudência.» Ainda, no seu parágrafo nove, estabelecia como critério para revelar a boa razão a noção que dela se dá nas leis políticas, econômicas, mercantis e marítimas.

O conhecimento das instituições políticas e jurídicas de outros países, notadamente das idéias francesas e da experiência norte-americana, serviu de inspiração para os participantes do movimento da Conjuração Mineira, em 1789. Nas bibliotecas dos principais líderes figuravam obras da literatura política e jurídica de outras nações, notadamente a Constituição Americana.

A independência política do Brasil, em 1822, exigiu a implantação de medidas no sentido de consolidá-la em outros setores, inclusive no cultural. Assim, logo em 1825, foi aprovada a criação de uma faculdade de Direito na Capital do Império, sendo encarregado o Visconde de Cachoeira da tarefa de elaborar os seus estatutos. Entretanto, o curso não chegou a funcionar. Só em 1827, com a instalação dos cursos jurídicos de São Paulo e Olinda, é que a aspiração alimentada há tempos pelos brasileiros acabou sendo concretizada.

Os Estatutos do Visconde de Cachoeira passaram a regular a vida acadêmica dos recém-criados cursos. Dentre os seus dispositivos indicava-se a explanação do uso moderno do Direito Romano, bem como «(...) o exame da jurisprudência análoga das nações polidas», re-produzindo o que já preconizava a Lei da Boa Razão. Inclusive, era exigido do candidato ao ingresso o conhecimento do idioma francês, para que pudesse estudar nos livros franceses.

Essa época, conforme explica Haroldo Valladão, correspondeu à primeira fase do comparativismo, ou seja, do exame e tradução da legislação estrangeira. Não só nas faculdades como, também, nos tribunais, na administração pública e no parlamento, a tendência era a utilização das obras jurídicas estrangeiras e a adoção dos códigos das nações em evidência na época. Os mais destacados juristas do Império, como Teixeira de Freitas (considerado por René David «o Savigny americano»), Lafayette, Ribas, Bernardo de Vasconcelos, Pimenta Bueno, Tobias Barreto, entre outros, utilizaram em suas aulas e na elaboração das suas obras, muitas delas clássicas em nossa literatura jurídica, a doutrina estrangeira. Tobias Barreto, apenas para citar um dos casos, constitui um modelo acabado dessa postura. Apai-

xonado pela cultura alemã, aprendeu sozinho a língua germânica e devorou, por assim dizer, os principais autores como Jhering, Post, Noiré, Gneist, Hartmann, Lazarus e Steinthal, possibilitando a abertura de uma nova linha de pensamento filosófico e jurídico em nosso País. Em torno de si, congregou um grupo de discípulos, integrantes da chamada Escola do Recife, que um pouco mais tarde marcaria a cultura brasileira, dentre os quais Clóvis Beviláqua, autor do anteprojeto do Código Civil vigente.

O Decreto nº 7.247, de 19 de abril de 1879, prescreveu que «(. .) o estudo do Direito constitucional, criminal, civil, comercial e administrativo será sempre acompanhado da comparação da legislação pátria com a dos povos cultos.» Já o de número 9.360, de 17 de janeiro de 1985, criou a cadeira de «direito privado comparado», que só foi instalada com a Reforma Benjamin Constant (1891).

Na Academia de São Paulo a cadeira coube a João Monteiro; na de Recife, a Clóvis Beviláqua; e no Rio de Janeiro, na Faculdade Livre de Direito, ao Conselheiro Cândido Luis Maria de Oliveira. Estes três nomes contribuíram de forma marcante para a evolução do Direito Comparado no Brasil, pois senhores de cultura jurídica invulgar, não só em suas obras, mas, também, na atividade docente, promoveram a divulgação dos princípios básicos do juscomparativismo na época.

As preleções de Clóvis Beviláqua, inicialmente publicadas na Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, em 1891, posteriormente, resultaram na obra «Resumo das lições de legislação comparada sobre direito privado». Clóvis mostrou que a aplicação do método comparativo pode situar-se no espaço e no tempo. A comparação no tempo constituirá o «(.) estudo histórico e comparado do direito em gênero, ou de qualquer de seus institutos, desde a sua gênese indefinida e incoerente até suas últimas especialidades e abstrações desatadas à tona do pensamento moderno. A primeira parte deste estudo forma essa ordem de indagações atraentes que foi, com toda propriedade, chamada paleontologia jurídica. A segunda parte formará a história do direito propriamente dita, sua filogenia, ou poderá ser o estudo ontogenético de um direito ou mesmo de um agrupamento natural de institutos sob a luz da comparação.» Quanto à comparação no espaço, confrontando os diversos ordenamentos jurídicos vigentes «(. .) e procurando, sob o frio tecido tegumentar das leis, surpreender os estos da vida humana, constituirá o complemento da jurisprudência etnológica (...)»^(3:22).

João Monteiro, em sua aula inaugural da cadeira (1892), discorreu sobre o tema «Da futura universalização do Direito» e, posteriormente (1895), publicou um artigo «Cosmópolis do Direito», na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. Nesse trabalho, Monteiro vislumbrava «(. .) no futuro, que esta febril contemporânea renovação social vai a passos largos encurtando, não haverá grupos da civilização, mas a civilização humana, e com a unidade política

virá a universalização legislativa, e o mundo inteiro se chamará a «Cosmópolis do Direito». Aquilo que a «Académie Internationale du Droit Comparé» consagraria, em 1924, entre os seus objetivos, ou seja, a unificação do direito, e que Lévy-Ullman reafirmaria, em 1925, João Monteiro já preconizava em 1895. Anos depois, em 1900, no Congresso Jurídico Americano, o ilustre professor das Arcadas apresentou uma memória intitulada «Unidade do Direito», na qual afirmava que «(...) o mais poderoso elemento conservador da unidade nacional seria a unidade do direito, que o fracionamento da pátria ou a sua depauperação estaria na razão direta da separação legislativa (...) a universalização do direito era apenas uma aspiração humana; a unidade do direito nacional era, pois, necessidade prática de atualidade imperiosa ⁽⁸⁾.»

Cândido Luís Maria de Oliveira, além das suas notáveis aulas, publicou, em 1903, o «Curso de Legislação Comparada», obra de grande profundidade em matéria juscomparativista que, no entender de Haroldo Valladão, foi precursora de modernas concepções do método comparativo no Direito. Também René David dedicou referências elogiosas à sua obra.

A reforma do ensino de 1901 suprimiu o ensino da cadeira de Legislação Comparada, mas o interesse pela matéria permaneceu aceso no meio jurídico nacional. Só com a Reforma Francisco Campos, em 1931, é que foi reintroduzida, desta vez no curso de doutorado. No Rio de Janeiro, Virgílio de Sá Pereira e Roberto Lyra assumiram a responsabilidade das aulas, enquanto que no Recife coube a A. Andrade Bezerra, e em São Paulo a Ernesto Moura e Spencer Vampré.

O interesse pelo Direito Comparado possibilitou o aparecimento de estudos de alto nível, como o «Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comparado, Comentado, Analisado», de autoria de A. Ferreira Coelho (publicado entre 1922 e 1933), «Direito Comparado-Direito Internacional-Direito Uniforme», de Ilmar Penna Marinho (1939), e o «Tratado de Direito Civil Brasileiro», de Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho (publicado entre 1939 e 1941).

No período da Segunda Guerra Mundial houve um declínio dos estudos comparativistas no Brasil, como ocorreu nos demais países. Mas, um fato merece registro nessa época: a vinda para o Brasil do jurista italiano Tullio Ascarelli. A sua atividade didática na Faculdade de Direito de São Paulo deixou marcas indelévels na história da tradicional instituição de ensino superior. Ascarelli era um profundo conhecedor dos direitos estrangeiros, notadamente do direito anglo-germânico, e, em pouco tempo, assimilou o espírito do direito brasileiro. Em 1945, publicou a obra «Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado», na qual dedicou a parte introdutória ao estudo intitulado «Premissas do Estudo de Direito Comparado». A sua preocupação era a de situar o fenômeno jurídico em seu contexto histórico e sociológico, mostrando que na tarefa interpretativa há de

se considerar as «premissas implícitas» de todo sistema jurídico. No seu entender, tais premissas não aparecem com evidência aos juristas nacionais, devido ao fato de se incorporarem completamente à vida do Direito. Somente o estudioso estrangeiro é que poderá revelá-las com maior facilidade ^(2:13).

O ressurgimento do ensino do Direito Comparado, que fora suprimido logo após a sua reintrodução no curso de doutorado pela Reforma Francisco Campos, ocorreu em 1948, época em que Haroldo Valladão, A. Medeiros da Fonseca, José Ferreira de Souza, Roberto Lyra, Pedro Calmon, entre outros conceituados juristas, assumiram a responsabilidade de ministrá-lo nas Faculdades da Capital da República. Nos demais Estados, diversas faculdades incluíram no currículo de pós-graduação a matéria juscomparativista: em São Paulo, coube a responsabilidade a Lino de Moraes Leme (que, em 1962, publicou «Direito Civil Comparado»); na Bahia, a Orlando Gomes; no Ceará, a João Perboyre Silva; no Paraná, a Oscar Martins Gomes; e, em Minas Gerais, a Caio Mário da Silva Pereira. Este último publicou diversos trabalhos sobre a matéria, sendo um deles «O Direito Comparado e o seu estudo», onde apresentou uma visão panorâmica sobre aspectos históricos, a natureza, a técnica e aspectos didáticos do Direito Comparado. Justifica a sua posição de considerar o Direito Comparado como ciência, «(.) por não limitar sua atuação apenas à comparação de direitos, mas procurar, através da comparação, a obtenção de resultados, de finalidades, e de objetivos que lhe são próprios ^(11:532).»

É de se destacar o valioso trabalho desenvolvido pelo «Comitê Nacional de Direito Comparado». A iniciativa da sua instalação no Brasil coube a Haroldo Valladão, em 1948, com a colaboração de expressivas figuras do meio jurídico pátrio. Segundo o abalizado testemunho do seu fundador, a entidade promove reuniões anualmente de abril a dezembro, durante as quais são desenvolvidos estudos, debates e conferências, com a participação de juristas, professores e doutorandos, oriundos dos mais variados Estados e de outras nações. O Comitê tem se feito presente nos diversos congressos internacionais de Direito Comparado, nos quais os representantes brasileiros apresentaram contribuições do mais alto nível. Em seu artigo «O ensino e o estudo do Direito Comparado no Brasil», Valladão fornece a indicação dos trabalhos apresentados até o congresso de 1966, o que possibilita aquilatar a variedade de assuntos e o valor da produção científica dos comparativistas nacionais.

Em 1956, Cláudio Souto defendeu tese de doutoramento na Faculdade de Direito do Recife sob o título: «Da Inexistência Científico-Conceptual do Direito Comparado (Conceituação do indagar comparativo mais específico da ciência do Direito)». Em trabalho posterior, «Introdução ao Direito como Ciência Social», Souto retoma o assunto para reafirmar a inexistência de um Direito Comparado, colocando o problema da seguinte forma: «Parece lógico denominar aquilo que

é tradicional e inadequadamente chamado de Direito Comparado, tão só de investigação comparativa mais específica da ciência jurídica. E «investigação mais específica», porque ela é a determinante do jurídico, enquanto a comparação entre o jurídico e o social pressupõe a determinação do primeiro. Ou, ainda, se se prefere, a denominação mais simples, comparação determinante do jurídico, será aceitável.» A investigação comparativa mais específica da ciência do direito é, para Cláudio Souto, «(...) o estudo científico-dikelógico de princípios positivados ou de positivação possível em sistemas de conteúdos normativos de formas de coercibilidade ^(12:152/3).»

José Nicolau dos Santos, professor da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, publicou, em 1962, um estudo sobre «Direito Comparado e Geografia Jurídica», no qual procurou analisar as relações entre as duas matérias, acentuando as afinidades de métodos, objetivos e história comum. Considera o Direito Comparado como um «(...) simples método, quando muito uma ciência auxiliar», enquanto que a Geografia Jurídica preocupa-se «(...) em interpretar o fenômeno jurídico, que é o condicionamento ético-normativo da vida social, em suas relações permanentes com o meio antropogeográfico, que é o condicionamento material da sociedade ^(10:550).»

Em 1974, foi reinstalada no Rio de Janeiro, sob a presidência de Haroldo Valladão, a «Academia Internacional de Derecho Comparado» que, após a sua fundação em Havana (1945), fora transferida, em 1963, para Lima e, por fim para a ex-Capital da República.

O ensino do Direito Comparado é, atualmente, desenvolvido nos cursos de pós-graduação. Entre outras, a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo oferece disciplinas como «Direito Constitucional Comparado» (Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho), «Direito Administrativo Comparado» (Prof. José Cretella Júnior), «Direito Tributário Comparado» (Prof. Ruy Barbosa Nogueira) e, dentro do Direito Comercial, «As projeções da empresa no Direito Comercial Comparado» (Prof. Waldírio Bulgarelli), «Administração de sociedades comerciais no Direito Comercial Comparado» (Prof. Luiz Gastão Paes de Barros Leães), «Sociedades mercantis no Direito Comparado» (Prof. Fábio Konder Comparato) e «Títulos societários no Direito Comercial Comparado» (Prof. Nelson Abrão). A inclusão destas disciplinas no curso de pós-graduação, sob a responsabilidade dos ilustres professores indicados, tem possibilitado o alargamento da visão dos frequentadores dos cursos e a formação de uma nova geração de comparativistas.

O elevado nível do juscomparativismo brasileiro criou condições para o aparecimento de novos institutos e academias para congregar os aficionados pela matéria. Assim é que, em 1980, ocorreu a fundação da «Academia Internacional de Jurisprudência e Direito Comparado», no Rio de Janeiro. Sob a liderança do Prof. Custódio de Azevedo Bouças, seu atual presidente, a Academia reúne eminentes juscomparativistas brasileiros e estrangeiros. Correndo o risco de não

mencionar nomes de destaque, registramos dentre os associados Haroldo Valladão, José Eduardo Prado Kelly, Afonso Arinos de Melo Franco, Pedro Calmon, Orlando Gomes, Pinto Ferreira, Machado Paupério, Paulino Jacques e Alfredo Buzaid, do lado nacional, e Marc Ancel, Alfred Rieg, Jacques Robert, Roland Drago, Alain Chosi, Yves Gaudemet e Michel Fromont, do estrangeiro. A entidade já possui sede própria, biblioteca especializada e promove reuniões semanais para a discussão de assuntos ligados à Ciência Jurídica e, em especial, sobre Direito Comparado. Ainda conta com uma publicação, o «Mensageiro Jurídico», para a divulgação das atividades e publicação de artigos e estudos sobre matéria jurídica.

Outra entidade que atesta o interesse pelo Direito Comparado no Brasil é o «Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro», com sede no Rio de Janeiro. Criado em 1981, tem por objetivo a promoção do intercâmbio científico entre o Brasil e Portugal no campo jurídico, através da realização de reuniões periódicas entre os juristas interessados no estudo comparativo dos direitos dos dois países. Dentre os integrantes podem ser lembrados os nomes de Orlando Gomes, Haroldo Valladão, Caio Mário da Silva Pereira, R. Limongi França e Francisco dos Santos Amaral Neto (Presidente do Conselho Diretor da Entidade), do lado brasileiro, e A. Ferrer Correia, Antunes Varela, Diogo Leite de Campos e Francisco Pereira Coelho, do português. O Instituto, em que pese a sua juventude, já conta com uma publicação, a «Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro». Além de outras promoções científicas já realizadas, promoverá em setembro do próximo ano (1984) o «V Simpósio de Direito Comparado Luso-Brasileiro» e o «Congresso Luso-Brasileiro de Propriedade», prevendo-se a participação de expressivas figuras do cenário jurídico nacional e estrangeiro.

A realidade é que o juscomparativismo no Brasil fincou raízes profundas, sendo reconhecido internacionalmente como um importante centro de estudos. O interesse pelo assunto determinou a realização de trabalhos do mais alto nível, conforme apontamos acima na apresentação sumária da literatura brasileira do Direito Comparado, bem como a criação de instituições especializadas para congregar os aficionados. Prevê-se, inclusive, a ampliação do esforço juscomparativista em direção a novas áreas e países.

6. Considerações finais

O panorama apresentado permite-nos avaliar o alcance e o significado do estudo e da pesquisa jurídica comparativa na atualidade. A partir das manifestações iniciais, registradas na Antiguidade, verificou-se a formação paulatina do corpo de conhecimentos científicos, que hoje conhecemos por Direito Comparado. Da noção limitada do objeto do Direito Comparado, restrito ao simples exame dos direitos estrangeiros, evoluiu-se no sentido de uma preocupação mais ampla

que, em nossos dias, atinge o fator jurisprudencial e a Ciência Jurídica, visando a internacionalização dos seus princípios.

A pesquisa juscomparativista, conforme acentuam os mais abalizados especialistas no assunto, possibilita a abertura de novos caminhos à Ciência do Direito que, com base nos progressos alcançados pela contínua atividade científica dos seus cultores, poderá atender melhor as necessidades criadas pelo vertiginoso ritmo de mudança do mundo contemporâneo e à problemática e complexa comunidade mundial inextricavelmente inter-relacionada nos diversos planos da existência humana.

O amadurecimento científico registrado no século em curso coloca o Direito Comparado como um valioso instrumento para se obter um melhor entendimento no plano das relações internacionais. Através da análise e comparação de ordenamentos jurídicos distintos, será possível não só encontrar os seus pontos comuns e evidenciar as suas particularidades como, também, captar as características básicas dos diversos países, o espírito do seu povo, as suas instituições, o seu projeto histórico, etc. O conhecimento recíproco favorecerá a criação de canais de comunicações em bases mais sólidas, amplas e autênticas, que poderão eliminar as atuais controvérsias e disputas existentes no campo das relações internacionais, cujas dimensões ainda não foram suficientemente avaliadas pelos homens. O cultivo do Direito Comparado representa, assim, um esforço em direção à paz mundial.

É mister para que o Direito Comparado realize a sua missão, que haja uma maior divulgação da importância do estudo e da pesquisa juscomparativa. Além da produtiva atuação das instituições dedicadas à matéria no plano nacional e internacional, principalmente com a realização de congressos, da publicação e divulgação de obras especializadas, do ensino em nível de pós-graduação, e do esforço pessoal de muitos precursores passados e presentes, deve-se procurar novas formas de incentivar ainda mais o interesse pelo estudo do Direito Comparado. É um desafio para os juscomparativistas e especialistas em ensino do Direito.

Bibliografia

1. ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do Direito Comparado; elementos de introdução geral ao estudo comparativo dos direitos.** Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1980.
2. ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e Direito Comparado.** São Paulo, Saraiva, 1945.
3. BEVILAQUA, Clóvis. **Resumo das lições de legislação comparada sobre o Direito Privado.** 2ª ed. Bahia, Magalhães, 1897.
4. CASTRO MENDES, João. **Direito Comparado.** Lisboa, s.c.p., 1982-1983.
5. DAVID, René. **Traité Élémentaire du Droit Civil Comparé.** Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1950.
6. ————. **Os grandes sistemas de Direito Contemporâneo; Direito Comparado.** 2ª ed., Lisboa, Meridiano, 1978.

7. LEME, Lino de Moraes. **Direito Civil Comparado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1962.
8. MONTEIRO, João. **Universalização do Direito; Cosmópolis do Direito, Unidade do Direito**. São Paulo, Duprat, 1906.
9. RODIÈRE, René. **Introduction au Droit Comparé**. Paris, Dalloz, 1979.
10. SANTOS, José Nicolau dos. **Direito Comparado e Geografia Jurídica**. Separata do vol. II dos Estudos Jurídicos em honra de Soriano de Souza. Recife, Ministério da Educação e Cultura/Universidade do Recife/Faculdade de Direito, 1962.
11. SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Direito Comparado e o seu estudo**. Separata do vol. II dos Estudos Jurídicos em honra de Soriano de Souza. Recife, Ministério da Educação e Cultura/Universidade do Recife/Faculdade de Direito, 1962.
12. SOUTO, Cláudio. **Introdução ao Direito como ciência social**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, Universidade de Brasília, 1971.
13. VALLADÃO, Haroldo. O estudo e o ensino do Direito Comparado. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, Forense, 1970. Vol. 231.
14. ————. **Direito Comparado. Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo, Saraiva, 1977. Vol. 25.
15. VITA, Luis Washington. **Introdução à Filosofia**. São Paulo, Melhoramentos, 1964.

Administração Atípica do Estado*

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi

Professor Assistente-Doutor da Faculdade de
Direito da USP - Procurador do Estado
de S. Paulo

Há, no Estado contemporâneo, atividades administrativas materialmente atípicas que formalmente extravasam do conceito jurídico-administrativo de Administração Direta ou Centralizada e Indireta ou Descentralizada.

Para serem corretamente analisadas tais atividades administrativas atípicas, é mister ressaltar que a História da Administração aponta os principais elementos do rumo evolutivo da Administração Pública: **a)** natureza polivalente da vida administrativa pública; **b)** absorção de serviços públicos típicos pelas Administrações Centrais; **c)** descentralização de serviços públicos típicos; **d)** crescente participação estatal na área econômico-social; **e)** afloramento de órgãos e entidades administrativas irreduzíveis à Administração Central e à Descentralizada (compartimentação e especialização); **f)** incremento de atividades administrativas atípicas, de natureza sócio-econômica e integrante; **g)** necessidade de integração sistêmica do aparelhamento administrativo, para harmonização orgânico-estrutural e teleológica da Administração; **h)** dilatação e solidificação da disciplina jurídica cientificamente autônoma de normatização da Administração do Direito Administrativo (Interno e Internacional) ao Direito Administrativo Comparado.

Por outro lado, a Administração Comparada indica a existência atual de instituições e atividades administrativas atípicas em vários países, **verbi gratia**: Itália — fundações públicas e corporações públicas; **França** — estabelecimentos públicos, corporações públicas e **régies industrielles**; **Bélgica** — circunscrições de ensino, de culto, de minas e de fiscalização do trabalho; pessoas jurídicas públicas paraestatais (estabelecimentos públicos, Administrações personalizadas — **Régies**, Associações de Direito Público), **Polders** e **Wateringues**, e corporações

(*) Síntese da Tese de Doutorado homônima, do mesmo autor, aprovada por unanimidade na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, aos 24 de novembro de 1983, por Comissão Julgadora composta pelos Professores Drs. José Cretella Júnior (Presidente), Mauro Brandão Lopes, Eros Roberto Grau, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Nelson Abrão.

profissionais; **Portugal** — institutos públicos e corporações públicas; **Alemanha Ocidental** — sociedades de economia mista; **Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte** — órgãos administrativos autônomos para: a) desenvolvimento cultural internacional; b) controle de atividades econômicas privadas; c) gestão e coordenação das empresas nacionalizadas — corporações públicas; **Estados Unidos da América** — ofícios autônomos (**independent agencies**), sob a forma de Comissões e Juntas, com poderes regulamentares e «quase judiciais»; corporações públicas e quase corporações públicas (**quasi corporations**); **União das Repúblicas Socialistas Soviéticas** — órgão autônomo para matéria econômica; **Espanha** — organismos autônomos com personalidade jurídica e empresas nacionais.

Outrossim, sob o aspecto de Direito Positivo, em vigor, a Administração Pública Federal do Brasil apresenta o seguinte perfil institucional: I) — **Administração Direta** — Presidência da República e Ministérios; Órgãos de Assessoramento Imediato do Presidente da República; Órgãos Administrativos Parajudiciais; Procuradorias; Órgãos Autônomos; II) — **Administração Indireta** — autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista; III) — **entes legalmente excedentes da Administração Direta e da Indireta** — fundações públicas; corporações públicas de profissões liberais; entidades e organizações de serviço público-social, com contribuições parafiscais.

Esses elementos suscitam a necessidade de enquadrar os entes, órgãos e atividades atípicas numa nova classificação teórica da Administração Pública Brasileira, conectada aos princípios fundamentais da Reforma Administrativa Federal (Decreto-lei federal nº 200/67 e legislação subsequente): planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle. Considera-se **planejamento**, sob aspecto jurídico, consistir na objetivação normativo-programática de atividades administrativas, para a consecução do interesse público futuro, cuja execução se efetuará por intermédio de normas e atos jurídicos gradativamente específicos. **Coordenação** é a integração axiológica de meios administrativos idôneos para a consecução do interesse público, em harmonia com o plano geral do Governo. **Descentralização** jurídico-administrativa significa transposição de encargos públicos típicos, para pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas. **Delegação de competência** é a transferência de atribuições de um órgão a outro no aparelhamento administrativo. **Controle** é o princípio administrativo material, tutelar e autotutelar, de contrastamento e gestão integral da Administração, por meio de sistema horizontal de coordenação central.

Os cinco princípios básicos da Reforma Administrativa Federal são corolários do princípio da integração sistêmica da Administração, cuja indução resulta da articulação horizontal implícita dos princípios administrativos da especialidade, da continuidade e da tutela administrativa. O **princípio da integração sistêmica da Administração** consiste na necessidade de incutir-se nos entes administrativos a conse-

cução dos fins do aparelhamento administrativo do Estado, para assegurar-se o fluxo harmônico e unidirecional das atividades administrativas públicas.

A análise diacrônica da Administração Pública Comparada e Brasileira, bem como sincrônica da estrutura jurídica da Administração Brasileira, indica que se configurou, na Administração, uma infraestrutura integrante de serviços públicos administrativos **atípicos**, cientificamente excedente da Administração Direta e da Indireta, para cuja classificação teórica propomos a denominação de **Administração Infradireta ou Pericêntrica**, consistente na atividade administrativa pública, sistemática, atípica, de participação materialmente coordenada do Estado no planejamento e manutenção integrada do equilíbrio sócio-econômico interno e internacional.

Para melhor situar-se a Administração Infradireta ou Pericêntrica, cumpre definir-se Administração Pública, coligando-se os seguintes elementos: **a) formal** — natureza da entidade; **b) material** — objeto da atividade; **c) teleológico** — finalidade da fusão da natureza da entidade com o objeto da atividade. A coligação desses três elementos permite definir-se Administração Pública como o organismo executivo da atividade estatal e interestatal que assegura a integração coordenada, interna e internacional, da gestão especializada e técnico-científica do serviço público-administrativo, para consecução permanente e ininterrupta das necessidades, conveniências e interesses públicos.

Optamos, portanto, por concepção latíssima e global de Administração Pública, considerada como organicidade estatal e interestatal, destinada à consecução do interesse público interno e externo, para satisfação das necessidades coletivas nacionais e internacionais, em consonância com a indeclinável inserção do Estado no concerto da comunidade universal, composta não apenas pela soberania dos Estados, mas igualmente pela autonomia derivada dos organismos administrativos internacionais e outras entidades, internacionais e transnacionais (públicas, privadas ou mistas), de cunho administrativo, técnico-científico e especializado.

Destarte, **Administração Direta** é a estrutura orgânica mínima, matriz essencial, elementar e necessária, para a execução das atividades relativas à existência operativa do Estado. A Administração Direta consiste em fenômeno jurídico-administrativo comum a todos os Estados, com um cerne fixo, invariável, e algumas variações quantitativas. O cerne fixo da Administração Direta constitui o complexo administrativo das cinco atividades governamentais básicas de um Estado soberano, que compõem os cinco Ministérios típicos ou irredutíveis: Justiça, Exterior, Interior, Fazenda, Forças Armadas. Definimos Administração Direta como a estrutura orgânico-operativa elementar do Estado que, mediante autogestão, concretiza eficazmente os interesses e serviços públicos.

No tocante à **Administração Indireta**, verifica-se que o conceito formal, juspublicístico, de descentralização administrativa por colaboração é o de consistir no deslocamento funcional de um serviço público especializado e personalizado. Sob o aspecto material, descentralização administrativa por serviços é a transferência de serviço público em sentido estrito, próprio e típico da Administração Central ou Direta, para entidade gestora específica. Há Administração Indireta ou Descentralizada ao reunirem-se os seguintes elementos: **a)** gestão originária ou derivada de serviço público *stricto sensu*, especializado; **b)** personalização derivada; **c)** regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do Direito comum. Assim, definimos Administração Indireta como a estrutura personativa derivada do Estado que, mediante gestão autônoma, concretiza eficazmente serviços públicos especializados. **A latere**, cumpre exprimir que o Decreto-lei federal nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (com a redação dada pelo Decreto-lei nº 900/69 e legislação subsequente) classificou como Administração Indireta duas entidades que apenas por anomalia assim se classificam — empresas públicas e sociedades de economia mista; por outro lado, considerou possível que a entidade mais típica de Administração Indireta — autarquia — preste «serviços industriais» (art. 182); por fim, silenciou com relação a quatro figuras, que necessariamente abrangem descentralização de serviço público administrativo típico — concessão, delegação, permissão e autorização. Eis aí a defasagem entre a doutrina administrativa e o Direito Positivo, em vigor no Brasil.

Para completar-se o painel classificatório da Administração Pública, é mister referir-se ainda a **Administração Internacional** como o complexo orgânico-operativo, autocoordenado, de manutenção das entidades internacionais e satisfação às necessidades e interesses públicos da comunidade internacional, mediante prestação direta de serviços aos indivíduos e aos Estados ou coordenação de serviços estatais.

A **Administração Infradireta ou Pericêntrica** do Estado engloba precisamente a gama de atividades atípicas do Estado, relativas aos serviços administrativos sócio-econômicos, bem como aos de coordenação interna e integração internacional, que não se caracterizam exclusivamente pelo regime jurídico publicístico, pois admitem o regime jurídico privatístico ou mesclas. Os serviços administrativos sócio-econômicos referem-se às atividades estatais internas de implementação às carências sociais e econômicas, para indução do equilíbrio sócio-econômico global. Os serviços administrativos estatais de integração internacional abrangem o relacionamento administrativo entre entidades e órgãos especializados do Estado e as entidades e organismos congêneres da Administração Internacional (organismos especializados das Nações Unidas *et alii*), atividade do Estado que, por exceção, pode estar formalmente situada na Administração Direta ou na Indireta, mas **materialmente** é Administração Infradireta ou Pericêntrica (administração atípica do Estado). A concepção de Administração Infradireta ou Pericêntrica é mais perceptível sob o aspecto

material do que formal, pois soe configurar-se como um conjunto difuso de atividades administrativas heterogêneas, distribuídas quase a esmo no aparelhamento administrativo estatal, sob o aspecto formal, entre entidades e órgãos da Administração Direta e Indireta, onde funcionam sob regimes jurídicos diversificados, desde o regime de Direito Público até o regime de Direito Privado, sem exclusão de mesclas jurídicas, que caracterizam regimes jurídicos anômalos, excepcionais, mistos.

Em vista do exposto, adotamos concepção ampla de Administração Pública, sob a seguinte sinopse: I) **Administração Internacional** — Administração exterior (organismos administrativos internacionais) e Administração interior (organização administrativa interna das entidades e órgãos internacionais); II) **Administração Interna ou Estatal** — Administração Direta ou Centralizada, Administração Indireta ou Descentralizada e Administração Infradireta ou Pericêntrica (Administração Sócio-Econômica e Administração Interestatal).

No âmbito da teoria do **serviço público**, outrossim, adotamos-lhe concepção latíssima, perfilhada por minoria de autores. «Conforme o grau de submissão maior ou menor do serviço ao regime administrativo, temos várias modalidades de serviços públicos, que se localizam numa escala hierárquica: 1ª) serviços públicos administrativos ou serviços públicos propriamente ditos, submetidos a um regime de direito público ou regime jurídico administrativo puro, com uma série de prerrogativas e sujeições, informado por princípios publicísticos; 2ª) serviços públicos industriais e comerciais, aos quais se costuma acrescentar os denominados serviços sociais; 3ª) serviços judiciários» (José Cretella Júnior, **Administração indireta brasileira**, 1980, Rio de Janeiro, Forense, págs. 54-55).

Com efeito, serviço público é concepção que transcende o Poder Executivo, a Administração, assim como o âmbito do Direito Administrativo e mesmo do Direito Público (por exceção, imiscui-se no âmbito do Direito Privado), pois constitui o próprio fim do Estado em sua expressão dinâmica, operativa, de servir ao povo, à Nação, à sociedade nacional e universal, juridicamente organizada. O Estado realiza o serviço público por intermédio de todos os Poderes, principalmente (não exclusivamente) pelo Poder Executivo, executando o serviço público pela Administração, única organização estrutural do Estado cujo **objeto** precípua é o serviço público, **stricto sensu**. Inegável, contudo, que a **finalidade** de satisfação das necessidades e interesses públicos é comum a todos os Poderes estatais, observada a especialização de suas funções.

Por outro lado, não é somente o regime jurídico publicístico que tipifica uma atividade como serviço público ou serviço público administrativo: ambos utilizam o regime jurídico publicístico ou o privatístico (puros ou com atenuações e mesclas), se e quando parecem mais convenientes e oportunos para a realização de serviço público, típico ou atípico, **lato sensu** ou **stricto sensu**.

Serviço público é, portanto, em sentido lato, a institucionalização material da operatividade administrativa, legislativa e judicial do Estado, cuja finalidade consiste na satisfação das necessidades, conveniências e interesses juridicamente qualificados da coletividade, internos e internacionais, bem como na preservação da auto-organização administrativa estatal, mediante regime jurídico predominantemente publicístico e excepcionalmente privatístico ou categorial. **Regime jurídico categorial** é o regime jurídico indiferenciado, descomprometido, genérico, cujo cerne fixo se reduz apenas às «formas puras» do Direito, contingencialmente matizadas por conotações publicísticas e privatísticas, concomitantes, não elementares, meramente acessórias e incidentais.

A Administração pode e deve, em tese, utilizar todas as formas e modos, todos os regimes jurídicos, institutos e instituições da Ciência do Direito que possibilitem a concreção de uma finalidade pela qual o Estado se haja responsabilizado. O serviço público administrativo já não se pode caracterizar exclusivamente pelo regime jurídico publicístico (embora este regime predomine nitidamente), pois à Administração incumbe freqüentemente gerir serviços comerciais, industriais, sociais e integrantes (internos e internacionais), ou seja, **administrar tais serviços**, por meio de formas e regimes jurídicos que não são puramente públicos, nem puramente privados, visto consistirem em derrogações e exorbitâncias anômalas do Direito Público e do Direito Privado. O serviço estatal exercido por regime jurídico privatístico ou categorial, **jus gestionis** e não **jus imperii**, também é **administrativo**, não pode ser sumariamente excluído do Direito Administrativo. A Administração não deixa de ser **pública** quando gere, administra, opera atividades econômico-sociais ou de integração administrativa internacional: apenas passa a exercer atividade administrativa **atípica**, sob a ótica do Direito Administrativo. Conforme assinalou José Cretella Júnior, «por mais paradoxal que pareça, no âmbito do direito administrativo coexistem regimes jurídicos de direito público e regimes jurídicos de direito privado, regulando os institutos e operações do Poder Público» (**Tratado de direito administrativo**, vol. X, 1972, Rio, Forense, pág. 174).

Assim, definimos **serviço público administrativo** ou **serviço administrativo** como a institucionalização formal de gestão orgânica do Estado-Administração (Poder Executivo), cuja finalidade é a satisfação concreta, eficaz e ininterrupta das necessidades, conveniências e interesses legalmente qualificados da coletividade, internos e internacionais, bem como a integração jurídica da auto-organização estatal e interestatal, mediante regime jurídico publicístico, categorial ou privatístico.

O serviço administrativo, a seu turno, trespobra-se em três espécies: **a)** serviço administrativo potestativo; **b)** serviço administrativo sócio-econômico; **c)** serviço administrativo integrante.

No tocante à primeira espécie, verifica-se que os serviços englobados pela Administração tradicional constituem elementos funcionais mínimos do Estado, operatividade essencial da estrutura estatal, sem os quais se extingue a **figura juris** do Estado, por ausência parcial de elemento estrutural básico. Não há possibilidade lógico-jurídica de conceber-se o Estado totalmente desprovido da função administrativa policial e autotutelar, por conseqüência totalmente alheio à potestade pública, salvo como ficção política. As funções administrativas policial e autotutelar do Estado, assim como de proteção à dominialidade pública e à disciplina econômica e tributária, intrinsecamente públicas e indelegáveis, constituem a **administração típica do Estado**, cerne fixo e inconfundível, ossatura uniforme e perene sob a epiderme mutável de todos os Estados. Definimos **serviço administrativo potestativo** como a atividade típica elementar do Estado — caracterizada exclusivamente pelo regime jurídico publicístico — cuja finalidade é a preservação impositiva da ordem pública, de natureza policial, dominial, econômica, tributária e autotutelar.

No tocante à segunda espécie — serviço administrativo sócio-econômico, — verifica-se que indústria, comércio e serviços privados constituem atividades típicas do particular. Vários fatores extrajurídicos, a partir de 1914/18, abalaram a natureza extrinsecamente privada de tais atividades, que parcialmente se publicizaram, sob o aspecto orgânico-formal.

«A **teoria jurídica do serviço público** sofre profundas transformações, porque há um quiasma no mundo jurídico, ou seja, intensifica-se o **quantum** de colaboração dos particulares nos serviços públicos e multiplicam-se os serviços de objetivos econômicos, de índole industrial ou comercial, realizados pelo Estado. Os particulares caminham em direção ao Estado; o Estado caminha no sentido dos particulares. Em conseqüência, tornou-se difícil identificar, na prática, se uma dada atividade seria **serviço público**. E, se é **serviço público**, isto é, se se trataria de **serviço público propriamente dito**, cuja gestão o Estado outorgou ao particular, ou se se trataria de **serviço quase público**, serviço que se avizinha do serviço público, já que existem atividades privadas, de interesse geral, que, por sua importância, se identificam com o serviço público» (José Cretella Júnior, **Empresa pública**, 1973, São Paulo, EDUSP, pág. 37).

No regime libero-social, o Estado-Administração passou a complementar, suplementar, implementar e monopolizar atividades sócio-econômicas natural e tipicamente privadas, assim como atividades mesotípicas, neutras. O serviço administrativo sócio-econômico **complementar** configura-se como aquele que preenche uma carência parcial, quantitativa ou qualitativa, de atividade sócio-econômica tipicamente privada (como indústria e comércio), por necessidade ou conveniência microeconômica da coletividade. O serviço administrativo sócio-econômico **suplementar** constitui a colaboração ao aperfeiçoamento de atividade econômica mesotípica (como educação, ensino,

pesquisa, assistência médica ou social, previdência social e outras). O serviço administrativo sócio-econômico **implementar** destina-se à indução setorial do desenvolvimento sócio-econômico básico, por necessidade ou conveniência macroeconômica (**verbi gratia**, incremento ao setor industrial de insumos básicos e bens de capital). O serviço administrativo sócio-econômico **monopolístico** visa resguardar a exclusividade da operatividade pública em atividade tipicamente privada, considerada de interesse público relevante.

O serviço administrativo sócio-econômico do Estado é juridicamente normatizado pelo Direito Administrativo Econômico, capítulo do Direito Administrativo que estrutura juridicamente os meios institucionais de intervenção econômica do Estado, por direção ou participação, para preservação da disciplina econômica ou concreção do serviço administrativo sócio-econômico.

Na vigente Constituição da República Federativa do Brasil, o intervencionismo estatal no domínio econômico é previsto, **stricto sensu**, no inteiro teor dos artigos 163 e 170. Consoante a Constituição da República, em interpretação sistemática, infere-se que: a) no Brasil, o Estado-Administração, por lei federal, pode facultativamente intervir no domínio econômico (art. 163, **caput**), inclusive explorar diretamente atividade econômica, independentemente de condicionamento apriorístico quanto a regime jurídico, salvo a hipótese de exploração direta de atividade econômica por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista, casos em que fica jungido ao regime jurídico privatístico; b) o regime jurídico privatístico, atinente à exploração de atividade econômica por empresas públicas ou sociedades de economia mista, não é puro e exclusivo, pois se mescla a regime jurídico publicístico, por força do parágrafo único do artigo 163 da Constituição da República, que caracteriza tal intervenção como serviço público atípico, facultativo e excepcional (cf. José Cretella Júnior, **Regime jurídico das empresas públicas**, in Revista de Direito Administrativo, vol. 106, outubro/dezembro de 1971, FGV, Rio de Janeiro, pág. 72).

A intervenção do Estado no domínio econômico-social caracteriza-se, no Brasil, como serviço administrativo sócio-econômico, não apenas em virtude do Direito Constitucional Positivo, em vigor, mas também em face dos seguintes textos legais vigentes, **inter alii**: a) artigos 19 a 28 do Decreto-lei federal nº 200/67; b) artigo 1º (§ 2º) do Decreto-lei federal nº 1.632, de 4 de agosto de 1978; c) Decreto federal nº 79.706, de 18 de maio de 1977; d) Decreto federal nº 83.436, de 10 de maio de 1979; e) Decreto federal nº 84.128, de 29 de outubro de 1979; f) Decreto-lei complementar estadual nº 7, de 6 de novembro de 1969, do Estado de São Paulo; g) Decreto estadual nº 3.003, de 13 de dezembro de 1973, do Estado de São Paulo.

No aspecto jurisprudencial, as ressurgências do Direito Administrativo, nos serviços comerciais e industriais, restam nítidas no seguinte casuísmo francês: a) caso **Robert Lafreygere** (26/I/1923);

b) caso **Stein** (20/X/1950); c) caso **Jalanque de Labeau** (8/III/1957; d) caso **Société Coopérative Agricole de Stockage** (14/XI/1960); e) caso **Missa et Association «Les Résistants de la Radiodiffusion Française»** (10/XI/1961); f) caso **Préfet du Doubs** (24/VI/1968). O serviço público social, em França, assenta-se no seguinte casuísmo a) caso **Naliato** (22/I/1955); caso **Ville d'Asnières et Etat c/ dame veuve Radux** (26/V/1955); e) caso **Commune d'Arcueil** (17/IV/1964).

É escassa a jurisprudência brasileira, relativa a ressurgências do Direito Administrativo, na área do serviço administrativo sócio-econômico do Estado. Podem-se apontar somente os seguintes arestos: a) Acórdão de 11/IV/1975, da 2ª Turma do STF (RT nº 497, março de 1977, págs. 248-250); b) Acórdão de 5/VII/1972, da 8ª Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (RT nº 444, outubro de 1972, págs. 177-179); c) Acórdão de 8/VIII/1972, da 7ª Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (RT nº 445, novembro de 1972, págs. 191-192).

Definimos **serviço administrativo sócio-econômico do Estado** como a atividade atípica, não privativa da Administração, cujo objeto é a garantia ou a impulsão das relações de aperfeiçoamento produtivo da coletividade, mediante gestão mista de serviços públicos, sob qualquer regime jurídico, qualificados pela exteriorização imediata do fim de utilidade pública.

O serviço administrativo sócio-econômico endereça-se, imediatamente, a uma destinatária — a coletividade. Por isso, é exteriorização imediata do fim de interesse público, como atividade-fim atípica da Administração. Em suma, o serviço administrativo sócio-econômico busca preencher lacunas existentes no seio da sociedade, do público servido. Neste aspecto, distingue-se do serviço administrativo integrante, que em princípio visa preencher lacunas, necessidades e conveniências existentes no âmago da própria Administração.

Jean Rivero propõe classificação tricotômica dos serviços públicos, considerando na terceira espécie os «serviços destinados à coletividade inteira, sem que particulares sintam individualmente o benefício» (cf. **Droit administratif**, 7ª ed., 1975, Paris, Dalloz, pág. 433). O serviço administrativo integrante encontra-se implícito na acepção de Rivero. Assim, o objeto do serviço administrativo integrante é a coordenação horizontal da Administração, que se desdobra em dois segmentos interligados: a) coordenação interna; b) coordenação interestatal (integração administrativa internacional e transnacional).

A coordenação administrativa global efetua controle (acepção negativa), impulsão (acepção positiva) e recepção (acepção neutra). Por meio do controle, realiza o desbaste das atividades administrativas passíveis de caracterizar desvio ou excesso de poder, ou desconformidade com o plano ou com objetos ou objetivos específicos de órgãos e entidades da Administração. Por meio da impulsão, busca preencher lacunas na prestação do serviço público administrativo po-

testativo ou do sócio-econômico. Por meio de recepção, articula o ingresso, no serviço público estatal, dos elementos oriundos do serviço público internacional.

No Brasil, consoante o Direito Positivo federal, em vigor, a coordenação interna efetua-se por meio de seis Sistemas, três Subsistemas, três Secretarias, quatro Conselhos, uma Comissão e Medidas Especiais de Coordenação. A coordenação interestatal, no Brasil, efetiva-se por meio do Ministério das Relações Exteriores, do Serviço de Cooperação Exterior do Conselho de Segurança Nacional, de relações administrativas de Ministérios técnicos com organismos administrativos internacionais e por meio de relações administrativas e comerciais, assistemáticas, de entidades não pertencentes à Administração Internacional, a Administração Interna de outros países e entidades privadas não brasileiras.

Data venia, evidencia-se a necessidade de criação, na Administração Federal Brasileira, de um **Sistema de Integração Administrativa Internacional**, internamente coordenado com o Ministério das Relações Exteriores, a fim de o serviço realizar-se, na área internacional, de modo contínuo, ininterrupto, sistemático, eficiente, técnico-científico, **com a maior distância possível das relações políticas, internas e internacionais**, em paralelismo com a tendência prevalecente na Administração Internacional e na de outros países. A criação, no Brasil, de um **Sistema de Integração Administrativa Internacional** configurar-se-ia como conveniente e oportuno desdobramento do artigo 145 do Decreto-lei federal nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que prevê «reforma de profundidade» na Administração Federal (a ser «realizada por etapas», de acordo com o artigo 146, **caput**, do mesmo diploma legal).

Define-se **serviço administrativo integrante do Estado** como a atividade atípica da Administração cujo objeto é a gestão da coordenação estatal e interestadual, para preservação do equilíbrio intrassistêmico e preenchimento de lacunas técnico-científicas do serviço público estatal, mediante relações administrativas internas e internacionais, qualificadas pela interiorização mediata do fim de utilidade pública e imediata do interesse público internacional.

Em vista do exposto, propomos, **de lege ferenda**, estudo sobre eventual alteração na legislação federal brasileira, especialmente no Decreto-lei federal nº 200/67 e legislação subsequente, no sentido de legiferar-se a seguinte estruturação da **Administração Pública Federal Brasileira**:

Administração Direta ou Centralizada — Presidência da República e Ministérios, Órgãos de Assessoramento Imediato do Presidente da República; Órgãos Administrativos Parajudiciais; Procuradorias;

Administração Indireta ou Descentralizada — autarquias; entidades concessionárias, permissionárias, autorizadas e delegatárias;

Administração Infradireta ou Pericêntrica — empresas públicas; sociedades de economia mista; autarquias industriais; fundações públicas; corporações públicas de profissões liberais; entidades e organizações de serviço público-social, com contribuições parafiscais; órgãos autônomos.

Em conclusão, **típico** é atributo de um juízo de valor, a significar a melhor conformação de determinada matéria a uma forma conhecida, ou seja, a melhor adequação de um conteúdo a um continente. **Atípico** é atributo que não significa cabal desconformidade de um conteúdo em relação a um continente, mas qualquer grau **mediano** de adequação, com exclusão da perfeita (típica) e da impossível (inadequação).

Por conseguinte, definimos **administração atípica do Estado** como a parcela de atividade imperfeitamente compatível com a Administração Interna ou Estatal, caracterizada pelo desempenho de serviço público administrativo, de natureza sócio-econômica ou integrante, mediante regime jurídico predominantemente publicístico ou excepcionalmente privatístico.

Assim, assoma como necessário, conveniente e oportuno inserir-se, no Direito Administrativo, em doutrina e **de lege lata**, a concepção de Administração Infradireta ou Pericêntrica, **tertium genus** da Administração Pública Interna, apta a abarcar a gama de atividades administrativas atípicas que materialmente não se coadunam com os conceitos tradicionais de Administração Direta ou Centralizada e Indireta ou Descentralizada.

As Presunções na Teoria da Prova

Carlos Alberto Dabus Maluf

Professor Assistente do Departamento do Direito
Civil da Faculdade de Direito da USP

SUMÁRIO: 1. *Introdução* — 2. *A presunção no Direito Romano* — 3. *As presunções no Código Visigótico* — 4. *As presunções no Livro “Flores de las Leyes”* — 5. *As presunções no Livro “Las Siete Partidas del Sabio Don Afonso”* — 6. *As presunções no Antigo Direito Lusitano e no Renascimento* — 7. *As presunções no Direito Canônico* — 8. *As presunções no Regulamento 737 de 25-11-1850* — 9. *A presunção no Código de Processo Civil de 1939* — 10. *A presunção no Código de Processo Civil de 1973* — 11. *A presunção no Direito Comparado - Direito francês, italiano, espanhol e alemão* — 12. *A presunção na jurisprudência* — 13. *Conclusões* — 14. *Bibliografia*.

1. Introdução

Afirma Mittermaier que as expressões indício e presunção são sinônimas, e que assim tanto os legisladores como os práticos as empregam indiferentemente.

Alguns autores, não obstante, têm estabelecido grandes diferenças.

Caravantes (in **Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos em materia civil**, t. II, p. 262) citado por Lopes-Moreno, D. Santiago (**La prueba de indicios**, Madrid, Lib. Victoriano Suarez, 1897), «entiende que la presunción surge del indicio, y que ni uno ni otra deben confundirse con la sospecha, que no es más que un ligero juicio».

O próprio Lopes-Moreno diz que atendendo à origem etimológica das palavras, se podem notar que expressam idéias distintas. Presunção, segundo o **Dicionário** da Real Academia, vem da palavra latina **praesumptio**, assim como esta deriva do particípio **praesumptum** do verbo **praesumo**, composto da preposição **prae** e do verbo **sumo**, que significa, em sentido literal, tomar antes. Indício vem de **indicium**, do verbo **indico**, e mais propriamente poderia considerar-se derivado do verbo **induco**, composto da preposição **in** e do verbo **duco**, **ducere**, **levar a**.

Segundo Valentin Silva Melero (**La prueba procesal**, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, Tomo I), o termo latino **presumere**

originariamente dá a entender um movimento corporal, e em muitas passagens da literatura jurídica clássica ou moderna, vem acompanhado da reprovação de ilicitude e atrevimento que implica em apoderar-se de algo.

O usurpador Juan que depois da morte do Imperador Honório subiu ao poder, recebeu o sobrenome de **Presumptor**.

Prosegue Silva Melero, na obra citada, p. 112, que em um sentido estritamente jurídico, vem a significar «algo semelhante a suponer o admitir en virtude y como consecuencia, de un labor intelectual difícil de explicar, por ser el resultado de la particular y privada formación científica y experimental de cada uno».

Moacyr Amaral Santos, em sua preciosa obra **Prova Judiciária no Cível e Comercial**, 3ª ed., vol. V, Max Limonad, 1968, p. 398, diz que opinião largamente difundida confere a presunção e indício sinónmia. Pensam desta maneira, segundo o renomado processualista, Carlo Lessona, Giorgio Giorgi e Marcel Planiol. Este ponto de vista escora-se no direito romano, onde não raro se encontram textos referentes à prova indiciária com o significado de prova por presunção.

Prosegue Amaral Santos sua ensinança dizendo que a teoria dominante, todavia, esclarece perfeitamente a relação entre indício e presunção.

Indício é o fato conhecido do qual se parte para o desconhecido, ou seja o fato conhecido em que se funda o raciocínio do juiz para chegar ao fato desconhecido; (Ramponi, **Teoria Generale delle Presunzioni**, 1890, e Coppola in **Nuovo Digesto Italiano**, Torino, Utet, 1939, vol. X). Diz este último no nº 4 do verbete «Presunzione»: «La presunzione si distingue poi dall'indizio. **Indicium**, dal verbo **indicare**, manifestare, non è che il segno o l'argomento da cui si deduce ciò che si vuol provare. Anche nell'indizio, come nelle presunzioni, vi deve essere un rapporto di causalità tra il fatto noto (che indica, che manifesta una qualche cosa, che guida al fatto ignoto) ed il fatto ignoto, che si vuol provare. L'indizio è il fatto noto (circostanza indiziata), che si assume poi come vero, cioè si presume. La differenza tra la presunzione e l'indizio e in questo: che l'una prova su di un punto di fatto, e, se è presunzione **juris et de jure**, non ammette la prova contraria; l'altro non è che un elemento di convincimento, sempre discutibile e sempre oppugnabile da contrari argomenti».

Amaral Santos, obra citada, p. 399, diz que do indício como ponto de partida, por inferência se chega a estabelecer uma presunção. Por isso a prova por presunção constitui um silogismo, em que a premissa maior é o princípio geral, a premissa menor é o fato conhecido e a conclusão é o fato que se deseja conhecer. Donde o indício ser a causa, isto é, o fato conhecido, e a presunção o efeito, isto é, o conhecimento do fato antes ignorado. Na mesma ordem de idéias

poder-se-ia dizer, com João Monteiro, que indício é o meio e a presunção um resultado (**Processo Civil e Comercial**, 1912).

Citando Lessona, Ramponi e Giorgi, o insigne Moacyr Amaral Santos, na mesma página diz que conquanto sejam dois conceitos distintos, justo é reconhecer-se que as duas palavras, na ordem lógica, se equivalem, por isso que significam o procedimento racional pelo qual de um fato conhecido e certo se infere por concatenação de causa a efeito, o fato desconhecido.

Sobre a matéria merece ser consultada a famosa obra intitulada **A Lógica das Provas em matéria Criminal** de autoria de escritor italiano Nicola Pramarino Dei Malatesta, trad. de J. Alves, 2ª ed.

2. A presunção no direito romano

No direito romano, príncipes e jurisconsultos submetidos que lhes eram casos particulares, ao resolvê-los, constantemente de fatos conhecidos e mediante raciocínio lógico extraíam presunções, nas quais fundavam seus julgamentos. Para assegurar a eficácia de fontes do direito atribuída aos rescritos dos príncipes e às respostas dos jurisconsultos, quando do procedimento formulário se passou para o da **cognitio extraordinaria**, «aconteceu o fenômeno notável de as presunções livremente acolhidas por aqueles príncipes e jurisconsultos serem elevadas a textos de lei e dignidade e eficácia de normas gerais» (C. Ferrini, **Le presunzioni in diritto romano Opere**, vol. III, Milano, 1929, pp. 417 e ss. citado por Virgilio Andrioli, in **Novissimo Digesto Italiano**, verbete «Presunzioni» (**Diritto Romano**, vol. XIII, 1966, p. 765).

Salienta Ferrini que essa transformação de presunções comuns em **praesumptionis iuris** coincidia com a mutação das idéias acerca das funções do julgador, «agora tornado um funcionário do Estado e cada vez a este mais ligado pelos laços da burocracia e dos regulamentos».

Em razão disso tais presunções, até então havidas como inferências de um fato conhecido para outro desconhecido, livremente colhidas e apreciadas pelo juiz, perderam essa natureza e se constituíram em preceitos legislativos, dos quais os relativos às presunções condicionais (**iuris tantum**) tinham por efeito inverter o natural ônus da prova entre as partes em juízo. Do exemplo romano se aproveitaram as legislações posteriores, que continuaram e ainda continuam a estabelecer tais inversões do ônus probatório.

Pela importância merece ser transcrita a lição de Andrioli, na obra e página acima citadas: «Il concetto giuridico della **praesumptio** va riportato necessariamente al momento in cui i giuristi si trovarono nella necessità di risolvere casi pratici, implicanti **quaestiones facti**, per l'addietro campo di elucubrazioni dei retori, sostituendosi, così ad essi. Il Donatuti, definitiva la **praesumptio iuris** come «la norma giuri-

dica che ordina di ammettere nel giudizio come provato un fatto la cui esistenza sia dubbia finchè non si sia avuta la prova del contrario».

O intuito dos romanos, transformando presunções comuns em presunções legais, era o de assegurar eficácia de fontes de direito aos rescritos dos príncipes e às respostas dos juriconsultos. Os autores discutem a questão de saber se essa transformação operou-se na época bizantina ou a partir da aparição do processo extraordinário; uns vêem a presunção como «uma criação infeliz de Bizâncio»; outros entendem que ela nasceu no dia em que o juiz, de simples particular que era, se tornou «un funcionário submetido cada vez mais aos regulamentos que lhe impunham seus superiores hierárquicos». Se se não pode fixar com precisão a data do nascimento, a filiação, entretanto é certa: a presunção legal representa a herança das presunções que o juiz estabelecia por instigação dos juriconsultos; o papel destes últimos era tão importante que Quintus Mucius Scaevola pode ligar o seu nome à presunção referente à origem dos bens adquiridos pela mulher durante o casamento». É o que nos informa Roger Deccottignies (**Les présomptions en droit privé**, Paris, Pichun et Durand, 1950, nº 12, p. 30). Era a presunção muciana.

Semelhantemente, os legisladores, que os seguiram, também criaram presunções legais por motivos de ordem pública, que exige maiores garantias a determinadas relações jurídicas, isto é, para tutelar o interesse social, facilitando a prova, diminuindo o arbítrio do juiz na apreciação das provas ou na decisão de certas questões de fato.

3. As presunções no Código Visigótico

Não obstante a grande influência eclesiástica sobre o Código Visigótico por influxo do Código Teodosiano (cf. Moacyr Lobo da Costa, **O agravo no direito lusitano**, Rio, Borsoi, 1974, p. 15), e o fato de se terem desenvolvido amplamente no direito canônico as diversas modalidades de presunções, o direito visigótico silencia sobre elas.

No **Fuero Juzgo** (versão castelhana da coleção original das leis visigóticas com o título de **Liber Judicum** ou **Forum Judicum**), no título sob o rubrica «Del iudez que quiere bien entender el pleyto que deve primeramente fazer» (**Fuero juzgo en latin y castellano**, Madrid, Real Academia Española, 1815), encontra-se somente a insistência no sentido de que o juiz, para o perfeito conhecimento do pleito, deve saber a verdade dos testemunhos ou dos documentos e, na falta de provas testemunhais ou documentais, «venha o juramento se for mister».

Vamos transcrever literalmente o texto: «El iudez que bien quisiere oyr el pleyto, deve primeramente saber la verdad de los testimonios, si los oviere en el pleyto, ó del escrito si lo y oviere, e non deve venir al sacramiento de las partes, nin las deve coniar livianamente. Ca esto semeia mayor derecho, que el escrito venga

primeramiente por saber la verdad, é depues venga el iuramiento si fuere menester. Et mandamos que en los pleytos sea dado el sagramiento de las partes quando non pudier seer provado por testigos, ni por escripto» (**Fuero Juzgo**, cit. 2, 1, 21).

A importância do Código Visigótico na história das nossas instituições jurídicas é notória e indiscutível.

Conforme a lição de Juan Antonio Alejandro (**Temas de historia del derecho; derecho primitivo y romanización jurídica**, Universidade de Sevilla, 1977, p. 135), o Código Visigótico foi realizado com assessoramento de São Bráulio, revisado no Concílio VIII de Toledo e promulgado em 654, sob o rei Flávio Recesvindo. O Código apresenta o relevante significado de constituir o diploma unificador dos estatutos romano e godo, além de que, na forma pela qual chegou até nós, engloba um grande número de Constituições de reis posteriores, até alguns anos antes da conquista árabe.

Sobre o significado do Código Visigótico merece ser lembrado o ensinamento do ilustre Prof. Rubens Limongi França, inserido no verbete **Código Visigótico**, publicado na **Enciclopédia Saraiva de Direito**, vol. 15, p. 490: «O monumento de maior importância para o estudo das origens do direito galo-ibérico, pois, com efeito, em Portugal, constitui lei até as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, e, na Espanha, só foi revogado no século XIX».

Guilherme Braga da Cruz (**O direito subsidiário na história do direito português**, Coimbra, 1975, p. 181) lembra entretanto, que não menos importante é, a partir da primeira metade do século XII, o chamado renascimento do direito romano justinianeu e o concomitante movimento de renovação dogmática e doutrinária do direito canônico.

Sem determinar regras sistemáticas sobre as presunções, o **Fuero Juzgo**, todavia, no título sob a rubrica «De los escriptos que son dubdosos, cuemo deben seer provados por otros escriptos dessa misma mano», referindo-se aos escritos das pessoas que já faleceram, determina que se devem acatar os outros sinais e os outros escritos que elas fizeram e confirmar aquele escrito com os outros escritos: «Todos los escriptos é los pleytos que son fechos, é aquel que lo fizo fazer, é las testimonias son muertas, si parece su sennal dellos en el escripto, deve omne actar las otras sennales, é los otros escriptos que ellos fizieron, é confirmar aquel escripto con los otros escriptos. E deven abondar tres escriptos, ó quatro que sean semeiables daquel, por provar à aquel; fueras ende si los tiempos en que fuéron fechas las leyes, dizen que aquellos escriptos non deven valer» (**Fuero Juzgo**, cit. 2, 5, 14).

4. As presunções no livro «Flores de las leyes»

No antigo livro **Flores de las leyes**, precioso compêndio de direito processual, sem dúvida uma das obras mais importantes da literatura

jurídica medieval (Moacyr Lobo da Costa, ob. cit., p. 23), que em Portugal, logo desde o século XII, constitui uma das fontes subsidiárias de direito (Guilherme Braga da Cruz, ob. cit., p. 195), a rejeição das presunções como meios de prova aparece claramente no «Título das prouas de como se deuën dar e quando seér recebudas», estabelecendo-se literalmente que as presunções não são para provar por si, servindo apenas para ajudar a provar o feito: «Todos as cousas se poden prouar per maneyras a primeyra e cõfysson da qual quer das partes. A segunda e por testigos. A terceyra e por cartas ou por enstrumentos publicos os enducios e as enndições e as prosonções nõ son pera prouar por sy, pero que ajuda a prouar o feyto» (ver Aloísio Surgik, verbete **Presunção absoluta e relativa** in **Enciclopédia Saraiva de Direito**, 60/391).

5. As presunções no livro «Las siete partidas del sabio Don Afonso»

No livro **Las siete partidas del sabio Don Afonso**, que alcançou grande aceitação em Portugal, a ponto de constituir-se numa importante fonte da primeira codificação portuguesa digna de menção, que foram as Ordenações Afonsinas (Guilherme Braga da Cruz, ob. cit., p. 201-2), provavelmente por influência já dos canonistas, uma vez que na época da promulgação da Lei das Sete Partidas (meados do século XIII) o direito canônico já gozava do maior prestígio, as presunções passam a merecer um especial tratamento no campo das provas.

Com efeito. Mister se faz esclarecer que no Título XIV da Terceira Partida («De las prueuas e delas sospechas que los omnes aduzen en juyzio sobre las cosas negadas e dubdosas»), após a enumeração das maneiras diversas de se provar («Quantas maneras son de prueua»), passa-se especificamente à presunção, nos termos seguintes: «E a van ay otra natura de prouar, a que llaman presuncpion: que quiere tanto dezir, como grand sospecha que vale tanto en algunas cosas como aueriguamiento de prueua» (**Las siete partidas del sabio Don Afonso**, 3, 14, 8).

Como se pode notar pelos próprios termos («E a vn ay otra natura de prouar»), a presunção assume aqui a natureza de prova.

Contudo, na seqüência, o mesmo texto deixa bem claro que não se deve ter por suficiente tão-só a prova de sinais e de suspeita, a não ser nos casos em que determina a lei: «Pero en todo pleyto non deue ser cabido solamente prueua de señales, e de sospecha: fueras ende en aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro: porque las sospechas, muchas vegadas non aciertan con la verdad» (**Las siete partidas**.. 3, 14, 8).

Depois dessas considerações e citações, chegamos às seguintes conclusões: a) no regime das Sete Partidas, a presunção é tida como prova; b) apesar de sua natureza probatória, ela não é suficiente

por si; c) é feita a distinção entre a presunção legal e a chamada presunção **hominis**.

Aliás, cumpre ressaltar que na glosa feita em latim, ao lado do referido texto, feita por Gregorio Lopez, insiste-se na distinção da presunção, dando-se, inclusive, uma definição da **praesumptio hominis**: **Nota hic deffinitionem praesumptionis... praesumptio hominis est quidem conceptus causatus in mente ab aliqua probabili coniectura** (a presunção **hominis** é na verdade o conceito causado na mente humana por alguma provável conjectura) (**Las siete partidas** . . 3, 14, 8, glosa).

Há também um trecho no qual se estabelece que não devem ser recebidas provas sobre as questões ou argumentos de filosofia: «Ca non deuen ser recebidas prueuas sobre las questionones, o argumentos de filosofia, porque tales contiendas como estas non se han de librar por fuero, nin por juyzio, si non por sabiduria de aquellos que se trabajan de saber, e de partir estas cosas. Otrosi, dezimos que aquella prueua deue ser tan solamente recebida en juyzio que pertenece al pley principal sobre que es fecha la demanda» (**Las siete partidas** . . . 3, 14, 7)

É curioso notar que ao lado deste texto, há uma glosa esclarecendo que a prova se faz não só por testemunhas ou instrumentos, mas também pela legítima confissão e também por presunção nos casos em que a lei expressamente determina: «Fit probatio non solum per testes, vel instrumenta: sed etiam per legitimam confessionem: et etiam per praesumptionem, ubi est expressum in alias non» (**Las siete partidas** .3, 14, 7, glosa).

6. As presunções no antigo direito lusitano e no renascimento

A despeito da grande influência exercida pelas Sete Partidas sobre o antigo direito lusitano e não obstante terem as compilações romano-canônicas passado a constituir a inesgotável fonte de soluções concretas dos problemas jurídicos a que os tribunais podiam recorrer para preencher os vazios de uma legislação incipiente, as presunções não tiveram realce nas obras legislativas e doutrinárias que antecederam as condificações lusitanas, nem tampouco nestas últimas.

Realmente. Como ensina Moacyr Lobo da Costa (ob. cit., p. 11), no Livro de Leis e Posturas, antiga coletânea da legislação portuguesa, que foi sempre o ponto inicial de todas as pesquisas históricas sobre a legislação e costumes dos primeiros séculos da monarquia, não há qualquer exposição da matéria referente às presunções.

Somente uma ou outra passagem se refere eventualmente a elas, como e.g., na Ordenação de D. Afonso IV, que contém dezoito leis e várias outras resoluções sobre a forma pela qual se procederia nos processos. A lei referente aos feitos do crime assim estabelece: «Entom os oujdores consiijrando a maneyra do fecto e a acusazom

se sse proua, e a presençom quegenda he E outrossi que pessôa he a do acusado podem no meter a tormento e pergunta lo per aquela quisa que o deryto manda E se confessar ou o confirmar sem tormento condanen o como dicto he E se o nom confessar e o fecto graue for o ascondudo detenham no pera saberem uerdade per alhur, ou pera o meter outra uez a tormento E todo esto podem os ouujdores fazer ssegundo as maneyras dos fectos ca em todos nom podia seer dada hua maneyra nenhua Regla» (**Livro de Leis e Posturas**, Lisboa, 1971, p. 237).

Como se verifica da passagem acima, o Livro de Leis e Posturas não considera as presunções como meios de prova, uma vez que, neste período da história, dispõe-se de outros meios para o descobrimento da verdade, inclusive a tortura, embora pela lei undécima se tenha estabelecido que a verdade é sabida pelas inquirições ou pela confissão de ambas as partes ou de cada uma delas: «E ssabuda a uerdade pelas enquerições que forem tomadas como dicto he ou per confissom danbas as partes ou de cada hua delas os sobre Jujzes os deuen liurar o preyto per sentença defenetjua» (**Livro de Leis e Posturas**, p. 232).

Com efeito. As Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e as Filipinas), não tratam especificamente das presunções, a não ser indiretamente ou de passagem, como, por exemplo, no seguinte texto: «E se a parte, contra quem em juízo é oferecido algum instrumento, ou escritura pública, alegar e quiser provar que é falsa, ora o alegue por via de acusação, ou por via de exceção, o juiz, que do feito conhecer, a não receberá a isso, sem primeiro se obrigar e subscrever que, não provando a falsidade, haja a mesma pena que haveria aquele, que por sua parte oferece a dita escritura, se falsa fosse. E feita dita subscrição, lhe faça fazer declaração da razão da falsidade, em que parte é falsa, e de que maneira, e como entende provar essa razão de falsidade, e todas as outras circunstâncias porque melhor se possa entender e conhecer a dita falsidade, se é com verdade, se com malícia alegada. E logo sem outro intervalo faça vir perante si o tabelião, ou escrivão, que faz o instrumento, ou escritura, e alguma ou algumas das testemunhas nela nomeadas, para serem perguntadas sobre a verdade da escritura. E por qualquer presunção de falsidade, ou de malícia, que achar contra cada uma das partes, prenda logo aquele, contra quem achar a presunção, e não seja solto, até o feito ser determinado»; (Ordenações Filipinas, 3, 60, 5). Cumpre esclarecer que o texto acima citado tem como fonte as Ordenações Manuelinas, (3, 46, 5).

No Renascimento, o retorno aos estudos dos textos romanos, diretamente, fora da Glosa, parece que surtiu efeito nos autores dessa época que escreveram sobre a matéria. Suas obras assumem enormes proporções. Lembraríamos neste período os nomes de Le Duaren (**De probationibus**, in **Opera Omnia**, 1746, v. 3, Cap. IV), Alciat (**De praesumptionibus**, in **Tractatus universi juris**, v. 5, t. 4) e a grande obra de Jacobus Menochius (**De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis**, comentaria, Venetiis, 1617, 2 vols.).

Cumpre ressaltar que Ramponi considera Menochius o pai da teoria da presunção. A sua obra não é de doutrina, mas uma coletânea de jurisprudência e das opiniões emitidas pelos autores da época sobre a matéria.

7. As presunções no Direito Canônico

Foi no Direito Canônico que as presunções, no terreno específico das provas, se desenvolveram e ramificaram nas várias modalidades.

Ludovico Engel em substanciosa obra (*Collegium Universi Juris Canonici anthec juxta triplex juris objectum partitum, nune vero servato ordine Decretalium . . .* 8ª ed. Beneventi, 1742, p. 146), segundo a ordem das Decretais de Gregório IX, dedica um extenso título às presunções. Define a presunção como sendo uma prova de coisa duvidosa ou controversa que se tira de outros fatos, esclarecendo que a presunção não prova imediatamente a intenção daquele em favor de quem se aduz, como ocorre com os documentos e as testemunhas, mas indiretamente, a modo de consequência.

Eis o texto original: «*Praesumptio describi potest, quod sit rei dubiae seu controversae ex aliis positis desumata probatio. Dico, ex aliis positis; nam praesumptio non ita immediate et directe probt intentionem ejus, pro quo adducitur, sicut instrumenta et testes, sed tantum indirecte, seu potius in consequentiam, ut ex his, quaes modo sequentur, apparebit*».

Engel faz a classificação, distinguindo as presunções em **praesumptiones hominis** e **praesumptiones iuris**, subdividindo as **praesumptiones iuris** em **iuris tantum** e **iuris et de iure**, explicando cuidadosamente cada uma delas (ob. cit., p. 146).

Pela importância, pedimos vênia para transcrever o texto latino: «*Praesumptiones communiter in duas classes distinguuntur, ut scilicet aliae dicantur praesumptiones hominis et aliae juris, sed praesumptiones juris subdividuntur, quod aliae sint juris tantum, aliae juris et de jure*».

Cumpre também ressaltar que, por mais insofismável que seja uma presunção, Ludovico Engel não admite que alguém possa ser condenado em causa criminal, apenas por presunção (ob. cit., p. 147).

No regime do Código de Direito Canônico atualmente vigente, as presunções encontram-se regulamentadas a partir do cânon nº 1.825: «*Praesumptio est rei incertae probabilis coniectura; eaque alia est iuris, quae ab ipsa lege statuitur; alia hominis, quae a iudice coniiicitur. § 2. Praesumptio iuris alia est iuris simpliciter, alia iuris et de iure*». Ou em vernáculo: Presunção é a conjectura provável de uma coisa incerta; pode ser **iuris** — de direito, que é a determinada pela mesma lei, e **hominis** — de homem, que é a formada pelo juiz. § 2. A presunção de direito pode ser de direito simplesmente e **iuris et de iure** — de direito e por direito.

Em continuação, nos cân. 1.826 e seguintes regula-se a matéria detalhadamente, estabelecendo-se que, contra a presunção simplesmente de direito, se admite prova tanto direta como indireta, ao passo que, contra a presunção de direito e por direito (**iuris et de iure**), somente indireta, ou seja, contra o fato em que se funda a presunção (cân. 1.826).

Se a lei não diz claramente que a presunção é **iuris et de iure**, entende-se que é **iuris tantum**. Contra esta se admite não só a prova indireta, consistente em negar o fato indiciário, mas também a prova direta, que consiste em admitir aquele fato é negar sua conexão com o fato incerto que se pretende demonstrar. Contra a presunção declara **iuris et de iure** não se admite a prova direta, mas tão-somente a indireta. Isto nos informa Miguelez-Alonso Cabrerros (**Código de Direito Canônico bilingüe y comentado**, Madrid, MCMLI, p. 679).

Além do mais, quem tem em seu favor a presunção de direito está relevado da obrigação de provar, que recai sobre a parte contrária, e, se esta não prova, a sentença deve ser proferida em favor da parte a quem favorece a presunção; (cân. 1.827).

Ensinam os canonistas modernos que presunção é a consequência lógica que a lei ou o juiz deduzem de um fato certo em ordem a provar outro incerto, fundando-se na conexão que entre ambos os fatos geralmente costuma mediar. O fato que serve de base à presunção chama-se indício (Miguelez-Alonso Cabrerros, ob. cit., p. 679). Contudo, preceitua o cân. 1.828 que o juiz não pode formar presunções que o direito não estabelece, a menos que as baseie em algum fato certo e determinado, relacionado diretamente com aquele que é objeto da controvérsia.

Muito embora no Código de Direito Canônico se encontrem diversos exemplos de presunção legal, como se depreende pela leitura dos cân. 16, § 2, 63, § 2, 1.015, § 2, 1.814 e 1.904, § 1, Fernando Della Rocca («De morali certitudine in sententia canonica», in **Saggi di diritto processuale canonico**, Padova, Cedam, 1961, pp. 275-6) faz questão de esclarecer que o princípio da prova legal é muito mais reprimido no processo canônico que nos processos regidos pelas leis dos Estados, lembrando que no processo canônico, por tradição, sempre prevaleceu a chamada **probatio libera** ou **probatio moralis**, sendo poucas as provas legais, encontrando-se entre elas a **praesumptio iuris et de iure** (cân. 1.826) e outras provas legais «singulares» expressamente indicadas nos cân. 1.747, n° 1, 1.191, § 2, 1.816, 1.836, § 2, 1.836, § 4 etc.

No entanto, esclarece Fernando Della Rocca que o processo de formação da certeza moral deve evoluir dentro de certos limites, de acordo com um roteiro, e tal roteiro é representado pelas regras processuais e principalmente pelos elementos constantes dos autos (ob. cit., p. 278), devendo-se observar, segundo ele, que, nos termos do cân. 1.869, § 3 («probationes autem aestimare iudex debet ex sua

conscientia»), confirma-se pelo legislador eclesiástico o fato de que o princípio da prova legal é uma exceção no direito processual canônico (ob. cit., p. 279).

Da pesquisa até aqui feita, pode-se perceber claramente que as presunções, enquanto vinculadas às provas, na verdade, ramificaram-se e multiplicaram-se principalmente no seu terreno mais fértil, que foi o direito canônico.

Outrossim, cumpre ressaltar que a finalidade principal do direito canônico não é outra senão preparar o ser humano para a vida eterna. Por força deste objetivo espiritual que constitui o princípio fundamental de todo o direito canônico, sacrificam-se quaisquer outros princípios que se lhe contraponham, ainda que assentados sem divergência na doutrina processual.

E para provar nossa assertiva, vamos mencionar um caso concreto que está estreitamente ligado ao tema das presunções: o princípio da coisa julgada.

No direito canônico, contrariamente do que sucede com os direitos processuais civis, a regra da coisa julgada fica sujeita a uma grave exceção no ensinamento de Fernando Della Rocca (ob. cit., p. 3), pois várias causas são subtraídas à coisa julgada e podem ser repropostas em juízo. Entre elas, as causas matrimoniais, cujas sentenças **nunquam transeut in rem iudicatum** (cân. 1.903). O direito divino sobre o qual repousa o instituto do matrimônio, a indissolubilidade do vínculo, em suma a natureza sacramental do próprio matrimônio consolidam e valorizam o motivo da salvação eterna, que é o objetivo espiritual da Igreja, não permitindo o trânsito em julgado, assim como, de uma maneira genérica, nunca transitam em julgado as causas sobre o estado das pessoas.

8. As presunções no regulamento 737 de 25-11-1850

Art. 184: «As presunções legais ou são absolutas, ou condicionais».

Art. 185: «São presunções legais absolutas os fatos, ou atos que a lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrário, como a coisa julgada».

Art. 186: «Presunção legal condicional é o fato, ou o ato que a lei expressamente estabelece como verdade, enquanto não há prova em contrário. Estas presunções dispensam do ônus da prova àquele que as tem em seu favor».

Por sua vez, o Código de Processo do Estado de São Paulo tratou da matéria em seus arts. 304 e 305. Não faremos comentários sobre esses dispositivos legais do passado, eis que nossa maior preocupação é analisar a matéria nos Códigos de 1939 e de 1973.

9 A presunção no Código de Processo Civil de 1939

Muita confusão existe a respeito das presunções e dos indícios, que o Código de Processo Civil de 1939 incluiu entre as provas, e colocou como epígrafe do capítulo VI, título VIII, do Livro II.

Explica François Gorphe, citado por José Frederico Marques nas **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. III, Forense, Rio, 1959 — que a prova por indícios, presunções e circunstâncias é de grande extensão e mal definida, consistindo ela em «recolher e interpretar todos os fatos ou circunstâncias que possam levar à descoberta da verdade». Sem embargo disto, não há denominação bem precisa sobre essa prova. «Os civilistas preferem falar de presunções», enquanto que os criminalistas usam da expressão indícios e «les juristes anglais ou américains de circonstances» (**L'Appréciation des Preuves en Justice**, 1947, p. 246).

A doutrina discute as relações entre a presunção e a prova, no intuito de averiguar se entre elas existe realmente uma relação de dependência.

No que concerne às suas relações externas, é pacífica a doutrina, porque, apoiando-se num fato conhecido, a presunção supõe necessariamente a prova direta deste fato, de que ela resulta como prova indireta.

Segundo Pedro Batista Martins em seus **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2ª ed., Rio, Forense, 1960, vol. III, t. 2º, p. 69, as teorias, entretanto, se multiplicam quando se trata de analisar as relações intrínsecas entre a presunção e a prova. Dessas várias teorias emerge, em primeiro plano, a da sub-rogação, segundo a qual a presunção não é uma prova, mas dela apenas faz as vezes, na impossibilidade, ou na extrema dificuldade, de produção da prova direta do fato.

De acordo com uma outra teoria, a diferença única que existe entre a presunção e a prova é que esta gera a certeza moral e aquela apenas a probabilidade.

Prossegue aquele autor: «Uma terceira corrente, distinguindo embora entre ambas, só lhes encontra uma diferença: a presunção ao contrário do que ocorre com a prova, é a consequência resultante de um fato que não tinha especialmente por fim estabelecer a verdade do outro fato que vem revelar e que era, precisamente, o fato que se deveria provar.»

Rezava o art. 251 do Código de Processo de 1939: «A prova contra presunção legal será sempre admitida, salvo quando a própria lei a excluir».

Digna de menção é a definição de Neves e Castro em sua **Teoria das Provas**, nº 333: «Presunção é a consequência ou ilação, que a lei

ou o juiz tira de fato conhecido, para decidir a existência de outro, que se pretenda provar».

Dividem-se as presunções: a) legais absolutas, ou **juris et de jure**; b) legais condicionais, ou **juris tantum**; c) comuns ou **hominis**.

São presunções legais absolutas (**juris et de jure**) os fatos ou atos, que a lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrário (Reg. 737, art. 185).

São chamadas **juris**, porque foram introduzidas pela lei, e **de jure**, porque sobre tal presunção a lei estabelece um direito constante e a considera como verdade. Esta é a opinião de Fabreguettes, em **Lógica das Provas**, p. 205, nota 4, citado por Carvalho Santos no **Código de Processo Civil Interpretado**, vol. III, 3ª ed., 1946.

As presunções dessa natureza não admitem prova em contrário, só se verificando em casos expressos em lei.

Não se exige que haja uma lei especial determinando a natureza da presunção **juris et de jure**, mas em todo caso, como excepcionais que são, somente quando a lei determina, ou proíbe expressamente qualquer prova em contrário, poder-se-á admitir tenham as presunções essa natureza.

Em caso de dúvida, o melhor critério, como bem observa Câmara Leal, citado por Carvalho Santos, obra citada, pp. 401/402 será perquirir o motivo que levou o legislador a estabelecer a presunção e verificar se ela obedeceu a uma razão de ordem pública ou de interesse coletivo, ou se teve por fim assegurar a estabilidade de uma relação de ordem geral, para, em qualquer desses casos, ou em outros da mesma relevância, concluir pelo caráter absoluto da presunção.

Vejam agora a presunção legal condicional. É o fato ou o ato que a lei estabelece expressamente como verdade, enquanto não há prova em contrário. Estas presunções dispensam do ônus da prova aquele que as tem em seu favor (Regulamento 737, art. 186).

A consequência desta última modalidade cifra-se na inversão do ônus da prova. O Código de 1939, nos dois parágrafos do art. 209, contém as seguintes regras relativas à distribuição do **onus probandi**: a) se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova; b) se o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação.

Caem, entretanto, sem aplicação, estas regras, sempre que a lei estabelece uma presunção **iuris tantum**, isto é, uma presunção condicional da existência de um fato. Em tal caso, o fato se considerará existente até que o interessado, não importe se o autor ou o réu, apresente prova em contrário.

Segundo Pedro Batista Martins, obra citada, p. 71, as presunções legais são idênticas, no concernente à sua gênese lógica, porque todas

elas se apresentam como ilações deduzidas de um fato conhecido; mas relativamente à sua função judiciária são de tal modo diversas, que, como observa Lessona, a pouquíssimas se reduzem as normas comuns às três espécies. Conforme a lição de Carlo Lessona (**Trattato delle Prove in Materia Civile**, 3ª ed., vol. 5º, pp. 135-137) entre os caracteres comuns pode registrar-se: 1º) a circunstância de implicarem todas elas o cerceamento do arbítrio do juiz na apreciação da prova; 2º) todas elas importam em dispensar da prova a parte a favor da qual se haja estabelecido a presunção; 3º) finalmente, não haverá presunção legal, de qualquer natureza, que não se assente numa disposição especial de lei.

As presunções legais absolutas, também **juris et de jure**, isto é, aquelas contra as quais não se admite a prova em contrário, não são propriamente presunções, no sentido lógico-jurídico, no dizer de Pedro Batista Martins, obra citada, p. 72, mas disposições imperativas da lei.

Para demonstração dessa tese, Lessona, obra cit., p. 179 menciona os dois exemplos seguintes: 1º) Quando a lei declara a incapacidade do menor de 21 anos para o exercício dos direitos, esta norma se funda na presunção de uma incapacidade natural absoluta de todas as pessoas que ainda não tenham atingido aquela idade: mas a presunção, fundada na lógica e na experiência, assume a forma de uma disposição absoluta. E nenhum menor poderá arrogar-se o exercício dos direitos, que lhe é negado pela lei, provando que, ao contrário da presunção, tem plena capacidade para tal exercício; 2º) Igualmente, quando a lei exige forma especial para determinados atos, esta sua vontade parte da presunção de que, sem a observância daquela forma, o ato não pode realizar-se sem prejuízo da segurança das relações jurídicas. Baldada seria, em tais casos, a prova de que a realização do ato por outra forma não constituiria perigo para a segurança dos direitos.

As presunções legais condicionais, como já se disse, têm como característica principal a inversão do **onus probandi**. A lei, para assim estatuir, considera: 1º) a impossibilidade ou a extrema dificuldade que haveria, para aquele em favor de quem estabelece a presunção, de produzir a prova direta do fato **probandum**; 2º) a facilidade que há para o interessado na produção da prova contrária ao fato presumido; 3º) a existência de relações de causalidade, ligando os fenômenos uns aos outros, de modo tal que a experiência nos ensina que, dado um certo fato, outro possivelmente lhe seguirá.

A presunção legal relativa não importa, como sustenta certa corrente doutrinária, em dispensa do ônus da prova.

Segundo Pedro Batista Martins, obra citada, p. 73, o que ocorre é apenas a facilitação da prova, pois que se desobriga a parte de provar diretamente o fato **probandum**, contentando-se a lei com a prova de um outro fato, do qual se possa inferir o primeiro.

São muito comuns na nossa legislação as presunções **juris tantum**, podendo ser mencionadas como exemplos: a) a da legitimidade dos

filhos, concebidos na constância do casamento (art. 338 do CC); b) a morte do ausente, que se presume após 30 anos de seu desaparecimento (art. 482 do CC); c) a boa fé, que se presume no possuidor com justo título (art. 490 do CC); d) a presunção de pagamento resultante da entrega do título, etc. (art. 945 do CC), etc.

Pontes de Miranda mencionado por Carvalho Santos, obra citada, p. 402, ensina que, em nosso direito, há também as presunções legais intermediárias, de que fala Alves Moreira, as quais se verificam quando a lei, sem excluir completamente a prova em contrário, só a admite em condições especialíssimas, citando exemplos, como os casos dos arts. 333 e 339 do CC brasileiro.

Aubry et Rau e outros tratadistas referem-se, também, a essa espécie intermediária de presunções.

Contudo, a categoria de presunções mistas não é reconhecida por todos os escritores. Há quem entenda que tais presunções mais se aproximam das **juris et de jure**. Nesse sentido Pontes de Miranda, em suas anotações a Neves e Castro: «O caráter de tais presunções é, contudo, o das presunções **juris et de jure**, razão por que preferimos denominá-las presunções de **jure** intermédias».

Parece todavia, acentua Amaral Santos, **Prova Judiciária**, p. 477, que as presunções mistas mais se assemelham às condicionais. Na verdade entre umas e outras há um ponto relevante de contato: podem ser contrariadas. Distinguem-se, porém, porque às condicionais pode ser oposta toda e qualquer prova, enquanto que contra as mistas se permitem tão-somente aqueles meios de prova especialmente referidos e previstos na própria lei.

Como diz Pedro Batista Martins nos **Comentários**, p. 73, a prova contrária é limitada, pela própria lei que estabelece a presunção a uma determinada espécie de prova.

O art. 340 do CC, por exemplo, ao presumir a legitimidade do filho concebido na constância do casamento, restringe, ao mesmo tempo, a prova contrária, que deverá versar: 1º) sobre a impossibilidade física do marido de coabitar com a mulher, nos primeiros 121 dias, ou mais, dos 300, que houverem precedido ao nascimento do filho, e 2º) sobre o fato de se acharem os cônjuges legalmente separados ao tempo da concepção. Digna de nota é a lição de Jorge Americano nos **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1958, vol. 1º, p. 393: «Presunção legal absoluta é, pois, a conclusão que a lei impõe ao julgador para valer definitivamente como verdade, desde que se verifiquem as premissas supostas na lei. Presunção legal condicional é a conclusão que a lei sugere ao julgador, verificadas as premissas nela supostas, para valer como verdade, se se não apresentar prova convincente em sentido diverso».

Prossegue o festejado autor dizendo que a determinação das presunções absolutas pertence ao direito substantivo. Distinguem-se ex-

ternamente das presunções legais condicionais, pela forma peremptória com que a lei as exprime. Em regra, as presunções legais são condicionais, e excepcionalmente são absolutas, nos casos expressos, ou ainda, nos implícitos, quando de outra forma não se possa entender.

Quanto às presunções comuns, também denominadas de fato, ou **hominis**, convém desde logo, esclarecer que não são estabelecidas na lei. Ao contrário, fundam-se naquilo que ordinariamente acontece (Reg. 737, art. 187). Dá-se-lhes a denominação de presunções **hominis** por serem presunções de que o juiz, como homem, «se utiliza no correr da lide para formar sua convicção como faria qualquer raciocinador fora do processo». Esta é a explicação de Chiovenda em seus **Principi di Diritto Processuale Civile**, 4ª ed., p. 853, que a seguir acrescenta: «Quando, segundo a experiência que temos da ordem normal das coisas, um fato constitui causa ou efeito de outro, ou de outro se acompanha, nos é conhecida a existência de um dos dois, presumimos a existência do outro. A presunção equivale, pois, a uma convicção fundada sobre a ordem normal das coisas».

Para Manuel de La Plaza, citado por José Frederico Marques, **Instituições**, p. 486, a presunção **hominis** que se inscreve entre as provas críticas, dá margem a que o juiz atue livremente na escolha do «fato que há de servir de base para formular a presunção», e ainda, sob certo aspecto, «para deduzir suas conseqüências».

Segundo Carvalho Santos, **Código de Processo Interpretado**, p. 403, duas condições são exigidas para que as presunções comuns sejam admitidas: uma, de direito, outra, de fato. É essencial: 1º) que seja possível a prova por testemunhas; 2º) que as presunções sejam graves, precisas e concordantes. Prossegue o renomado jurista esclarecendo «que não sendo admissível a prova testemunhal, não será possível fazer a prova por presunções. Pelo menos em regra, porque no sistema do nosso Código (de 1939) como sabemos, poderá o juiz livremente formar a sua convicção o que não impede, portanto, que ele deixe de lado essas regras doutrinárias, a não ser que se trate de prova da essência ou da substância do ato».

Continua o saudoso escritor: «O que se exige, também, é que as presunções sejam graves, precisas e concordantes. São graves, quando as relações do fato desconhecido com o fato conhecido são tais, que a existência de um estabelece, por indução necessária, a existência do outro. São precisas, quando as induções, resultando do fato conhecido, tendem a estabelecer direta e particularmente o fato desconhecido e contestado. São concordantes, enfim, quando, tendo todas uma origem comum ou diferente, tendem, pelo conjunto e harmonia, a firmar o fato que se quer provar (Laurent, e Labori, obra cit., vol. **Preuve**, nº 522).

Ao que parece, Carvalho Santos, colheu esta lição de **Fabreguettes in Lógica Judiciária e a Arte de Julgar**, tendo sido um dos capítulos publicados na **Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal**,

dirigida pelo Dr. Antonio Bento de Faria, vol. 39, Fasc. II, fevereiro de 1916, sob o título — «Da prova indireta — Das presunções legais humanas».

Quando estivermos analisando o direito comparado, e em particular o direito francês, voltaremos a abordar tal estudo de Fabreguettes.

Jorge Americano, em seus **Comentários**, p. 393, diz que «quando a construção é um produto livre do espírito, temos a presunção comum; e esta é a conclusão do que só acontecer, tirada pelo julgador, dos fatos provados na causa, para valer como verdade se não se provar coisa diversa».

O número de presunções, ensinam os doutores, necessário para constituir uma prova convincente, fica entregue ao arbítrio do juiz. Pode ele, por conseguinte, fundar sua decisão numa só presunção, quando lhe parecer suficiente para firmar sua convicção. Com as presunções acontece o mesmo que com as testemunhas: pesam-se, mas não se contam. Uma presunção pode, embora isolada, ser mais poderosa que várias presunções reunidas, ainda aqui se revelando a repulsa do direito moderno pelo antigo adágio: **testis unus, testis nullus** (Laurent **Principes de Droit Civil**, nº 637 e Demolombe, **Cours de Code Napoleon**, nº 245).

Há entre as presunções legais e as presunções simples um traço comum, pois que ambas são resultados da indução que, partindo do fato conhecido, infere o desconhecido. Mas, entre ambas, há igualmente caracteres diferenciais que nitidamente as distinguem.

Segundo a lição de Pedro Batista Martins, obra citada, p. 74, as presunções simples dependem da livre avaliação do juiz, que as aprecia à luz de critérios subjetivos, ao passo que as presunções legais se impõem ao seu exame de modo necessário e imperativo.

Vejamos agora, o art. 252 do Código de Processo de 1939 que rezava **in verbis**: «O dolo, a fraude, a simulação e, em geral os atos de má fé, poderão ser provados por indícios e circunstâncias».

Nem o dolo, nem a fraude, nem a simulação, nem, em geral, os atos de má fé se presumem. Devem ser provados, para que o juiz admita a existência de tais vícios. Mas, como em geral todo ato que envolve má fé, é praticado secretamente, afastada a possibilidade de qualquer testemunho, admite a lei uma certa liberdade quanto à sua prova, no sentido de facilitá-la, pois, não seria justo que, da dificuldade de prova, deliberadamente procurada, pudesse a parte que agiu de má fé tirar partido (conforme Carvalho Santos, obra cit., p. 405).

É assentado pelos tratadistas que, em matéria de fraude, e, em geral, quanto à prova de todo ato em que se procura iludir a outrem, admite-se como de grande relevo, não a prova incisiva, mas a certeza inferida de indícios e circunstâncias. Por isso mesmo que o ato é

rodeado das máximas cautelas para não ser conhecido ou para ser interpretado sob prisma diverso do verdadeiro, o processo da investigação e julgamento deve ser livre de entraves ou preceitos formais, que só serviriam para que o dolo ficasse encoberto.

Como diz Jorge Americano, obra citada, p. 395 — «se é recomendável a maior liberdade no exame e crítica dos fatos, na pesquisa de todos os elementos de convicção presentes ao magistrado, cumpre-lhe revestir-se, porém, de critério superior às causas de erro, às vezes, dirigem o pesquisador apaixonado pelas próprias investigações, para que não tome por indícios convincentes certos fatos que, desapaixonadamente observados, nada mais revelam senão a boa fé presumível em todos os atos humanos».

E conclui Americano: «Se da combinação dos elementos em estudo transparece o conluio ou a má fé, dela não se pode exigir prova incisiva. O fato de natureza oculta foge à luz, procurando vestir-se sob formas irreconhecíveis, e a prova direta jamais pode trazer contingente de relevo à elucidação do dolo ou da fraude».

Passemos agora ao art. 253 do CPC de 1939, que assim dizia: «Na apreciação dos indícios, o juiz considerará livremente a natureza do negócio, a reputação dos indiciados e a verossimilhança dos fatos alegados na inicial e na defesa».

O juiz tem ampla liberdade de dar ao indício o valor probante que lhe parecer cabível. Tudo dependendo das circunstâncias. Como acentua Carvalho Santos, obra cit., p. 406, «não é outra coisa que o Código aqui dispõe, afastando-se daquelas legislações que expressamente dispunham que os indícios, sendo graves e concordantes, fazem prova plena». Prossegue Carvalho Santos esclarecendo que não quer isso dizer que o juiz não deva se orientar, buscando conhecer o ensinamento da doutrina, mas certo de que a este não ficará adstrito, quanto à formação de sua convicção, na apuração do exato valor probante que deva dar aos indícios provados nos autos.

10. A presunção no Código de Processo Civil de 1973

Ao contrário do Código de 1939, que dispensou um Capítulo às presunções e aos indícios, o Código vigente tratou da matéria em apenas um artigo (334) que reza: «Não dependem de prova os fatos: IV — em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade».

Não nos deteremos muito na análise desse dispositivo, eis que já expusemos com alguma minúcia as ponderações doutrinárias, quando estudamos o Código de 1939. Mas, por uma questão de boa técnica, faremos algumas considerações a respeito do assunto.

Uma das características das *praesumptionis juris*, está no seu efeito: dispensa do ônus da prova aquele que as tem em seu favor.

Por outras palavras, é o que preceftua o art. 334, IV do Código de Processo vigente.

É preciso que se entenda essa regra nos seus devidos limites. Ela não atribui à parte, que invoca uma presunção legal, o benefício de poder ficar inativa, ou como adverte Bonnier, citado por Moacyr Amaral Santos nos **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio, Forense, 1976, vol. IV, p. 49, ela não quer dizer que «aquele que invoca uma presunção legal nada tem que provar». Quem a invoca deverá necessariamente demonstrar que está na situação de poder invocá-la.

Por ser legal, a presunção não deixa de ser uma presunção, e, portanto, constituída de três elementos: 1º) o fato conhecido; 2º) o fato desconhecido; 3º) o nexo de causalidade entre o fato conhecido e o fato desconhecido. O fato desconhecido é havido como provado pela lei, que também tem como reconhecido e preestabelecido o nexo de causalidade, mas isto e aqui somente se verificam quando quem invoca a presunção faça provado o fato do qual ela dimana, isto é, o fato conhecido.

Aliás, nesse sentido é a lição de Coppola, no verbete «Presunzione», no **Nuovo Digesto Italiano**, nº 8, Torino, Utet, 1939, Vol. X: «Ogni presunzione è costituita da tre elementi necessari: 1º il fatto noto; 2º il fatto ignoto; 3º il nesso di causalità tra il fatto noto ed il fatto ignoto. Il nesso di causalità è riconosciuto e prestabilito dalla legge; il fatto ignoto è ritenuto provato dalla legge stessa; per il fatto noto non vi è differenza di prova».

Digna de nota é a lição de Couture, em seu **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, nº 91, esclarecendo que «uma presunção supõe o concurso de três circunstâncias: um fato conhecido, um fato desconhecido e uma relação de causalidade. O que na realidade fica fora do campo do objeto da prova são os dois últimos desses elementos: o fato desconhecido e a relação de causalidade. Porém nada subtrai da atividade probatória a demonstração do fato em que a presunção deve apoiar-se».

«De conseguinte — escreve Aguilera de Paz citado por Moacyr Amaral Santos, **Comentários**, p. 50 — é indispensável que o fato-base da presunção (o fato auxiliar, o indício) esteja plenamente provado», e isso é da «essência e do fundamento das presunções, porque estas qualquer que seja a sua classe, necessitam partir de um fato conhecido, vale dizer de um fato provado, do qual possa inferir-se o fato desconhecido havido como certo pela presunção». Ora — continua o mesmo autor — se o fato-base tem que ser provado, não pode haver dúvida alguma de que sua prova compete ao favorecido pela presunção», o qual terá que produzi-la para poder beneficiar-se desta.

Assim, por exemplo, se um dos cônjuges, na ação de desquite (hoje, separação judicial pela nova lei do divórcio de dezembro de 1977), alegar em seu favor a presunção do perdão contida no art. 317,

parágrafo único do CC — pelo qual o adultério se presume perdoado, quando o cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitar com o culpado —, cabe-lhe provar dois pontos: que o outro cônjuge conhecia o adultério e que, apesar disso, continuou a coabitar com ele. Não provando estes fatos não surgirá a alegada presunção.

O insigne Pontes de Miranda, em seus **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio, Forense, 1974, t. IV, pp. 235 e 236 ensina: «A presunção legal toma alguns elementos, fáceis de prova, e tem-nos como suficientes para que se considerem acontecidos, ou não acontecidos, outros elementos. No fundo, há prova indireta, posto que nem toda prova indireta se prenda a presunção: pode ser certa, sem qualquer alusão à simples probabilidade. A presunção simplifica a prova, porque a dispensa a respeito do que se presume. Se ela apenas inverte o ônus da prova, a indução, que a lei contém, pode ser elidida, **in concreto** e **in hypothesis**. Se ao legislador parece que a probabilidade contrária ao que se presume é extremamente pequena, ou que as discussões sobre provas seriam desaconselhadas, concebe-as ele como presunções inelidíveis, irrefragáveis: tem-se por notório o que pode ser falso. A confusão das ficções com as presunções ainda se nota em W. Endemann e Adolf Wach em (**Das deutsche Zivilprozess**, III, 534, e **Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts**, I, 302).

Do exposto se depreende que a citada regra, segundo a qual a presunção legal dispensa do ônus da prova aquele que a tem a favor, deve ser assim entendida: a) quem invoca a presunção legal não deve provar o fato presumido pela lei, mas, b) deverá provar os fatos nos quais a lei funda a presunção.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira (**Temas de Direito Processual**, São Paulo, 1977, Saraiva, pp. 65-66) o Código de Processo vigente confunde presunção com ficção, empregando terminologia inexata.

Exemplo desse equívoco no entender de Barbosa Moreira, depara-se na redação do art. 343, § 1º do CPC de 1973, referente à intimação da parte para prestar depoimento pessoal e às conseqüências do eventual não-comparecimento ou recusa de depor. Lê-se no texto legal: «A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor». Ora, é evidente diz o insigne processualista — que, se a parte não comparece, ou se recusa a prestar depoimento, de modo nenhum confessa: o fato da confissão, em tal hipótese, é fato que não se pode considerar senão como inexistente. Aqui não há qualquer «juízo de probabilidade»: estamos diante de algo que sabidamente não ocorre, e ao legislador não é dado «presumir» que ocorra. Nem é isso, aliás, que ele pretende: quer apenas atribuir um fato diverso (o não-comparecimento, ou a recusa a depor) os mesmos efeitos que decorreriam do fato não verificado (a confissão). Estamos, assim, em pleno domínio da ficção, e não é por acaso que se costuma falar a propósito de **facta confessio**. Outro seria o enquadramento dogmático, vale notar, se a norma esta-

tuisse que os fatos alegados contra a parte, nas hipóteses de não-comparecimento ou de recusa a depor, «se presumirão verdadeiros». Aí, sim, existiria realmente presunção, i.e., equiparação de efeitos baseada em «juízo de probabilidade»; ao ver do legislador, se a parte, intimada a depor, se absteve de comparecer ou de prestar depoimento, esse modo de proceder, revelando o temor de ser inquirida, autorizaria a conclusão de que as alegações do adversário espalham a verdade. Tal como está redigido o dispositivo, porém, o caso é de ficção, e não de presunção legal.

Também de ficção — são ainda ponderações de Barbosa Moreira — é outra hipótese em que o Código, incidindo no mesmo equívoco, usa a expressão «presumindo-se». É no art. 832, 2ª parte, onde se prevêem as conseqüências do não-cumprimento, pelo obrigado, da sentença que lhe imponha o reforço da caução: «Não sendo cumprida a sentença, cessarão os efeitos da caução prestada, presumindo-se que o autor tenha desistido da ação ou o recorrente desistido do recurso». Entra pelos olhos a absoluta falta de correspondência entre o fato que se diz «presumido» e a realidade das coisas: não ocorre, é claro, desistência alguma; apenas se quer dar ao descumprimento da sentença efeito idêntico, no particular, ao que produziria a desistência, se ocorresse. Isso, porém, é mais que presumir: é fingir.

Feitas essas considerações dentro do direito pátrio, passaremos de imediato a estudar a matéria no direito estrangeiro.

11. A presunção no Direito Comparado

Direito francês

Segundo o art. 1.349 do CC francês — «Presunções são conseqüências que a lei ou o magistrado tira de um fato conhecido para um fato desconhecido».

O Código francês inclui as presunções no número das provas e distingue-as em duas espécies: legais e ordinárias.

Nos termos do art. 1.350 do CC: «Presunção legal é a que por uma lei especial é ligada a certos atos ou a certos fatos que são: 1º) os atos que a lei declara nulos, por considerá-los feitos em fraude das suas disposições, de acordo com a sua simples qualidade; 2º) os casos em que a lei declara a propriedade ou a liberação resultar de certas circunstâncias determinadas; 3º) a autoridade que a lei atribui à coisa julgada; 4º) a força que a lei dá à confissão da parte ou ao juramento.

Segundo o art. 1.352 do mesmo Código — «a presunção legal dispensa de toda a prova aquele em proveito de quem ela existe».

Nenhuma prova é admitida contra a presunção da lei, quando, com fundamento nessa presunção, ela anula certos atos ou denega

ação em justiça, a não ser que tenha reservado a prova em contrário, e salvo o que será dito sobre o juramento e a confissão judicial».

Como exemplo podemos citar os arts. 312 e ss., 911, 1.099 e 1.351 todos do CC francês.

As presunções legais constituem antes dispensas de provas, do que modos de provas.

Estas presunções são de direito estrito. Não é completa a enumeração do art. 1.350. Há ainda outros casos de presunções, como os dos arts. 185 e 341 da lei civil francesa.

Presunções *juris e de jure*

Há presunções legais absolutas. Qualificam-se em presunções **juris e de jure**. Esta presunção legal é acompanhada de proibição feita ao adversário de lhe destruir o efeito pela prova do contrário.

São presunções invencíveis indubitáveis, no dizer de Fabreguettes, obra citada, p. 210. O legislador atribuiu-lhes certeza absoluta, porque admite como certa a consequência de um princípio físico ou moral.

Interessantes os subsídios trazidos por Fabreguettes, à p. 211 de sua obra: «É por isso, dizem Aubry et Rau, que a presunção de filiação legítima resultante da máxima **Pater, is est quem nuptiae demonstrant** só pode ser combatida nas hipóteses previstas pelos arts. 312 e 313 do CC».

E prossegue: «dos arts. 312 e 319 do CC estabelecendo que o indivíduo concebido durante o casamento tem por pai o marido e que a filiação legítima se estabelece pelo ato de nascimento, resulta que o indivíduo, cujo ato de nascimento constata que tem por mãe uma mulher casada prova, por essa própria constatação, que tem por pai o marido dessa mulher. Pouco importa que no ato de nascimento a mulher casada seja mencionada pelo seu nome de solteira e que um indivíduo, que não é o marido, nele declare ser o pai da criança. Por um lado basta que a identidade da mãe possa ser reconhecida e, por outro lado, a declaração do pretense pai natural, no que toca ao reconhecimento, é nula segundo o art. 335 do CC».

Presunções simples

Por vezes a lei, quando dispensa da obrigação da prova uma das partes, deixa à parte contrária o direito de restabelecer a verdade e destruir assim a presunção. Diz-se então que a presunção admite prova em contrário: é uma presunção **juris tantum**. Alciat citado por Fabreguettes definiu muito bem a presunção **juris tantum**: «Probabilis conjectura ex certo signo proveniens quae alio non adducto pro veritate habeatur». O termo **ex certo signo** quer dizer indício certo.

Das presunções que não são estabelecidas pela lei —

Das presunções ordinárias

Dispõe o art. 1.353 do CC francês: «As presunções que não são estabelecidas pela lei são confiadas às luzes e à prudência do magistrado, que só deve admitir as **presunções graves, precisas e concordantes**, e nos casos somente em que a lei admite a prova testemunhal, a não ser que o ato seja impugnado por fraude ou por dolo» (grifamos).

Eis em resumo as regras estabelecidas pelo legislador: 1º) O juiz, sob pena de censura da **cour suprême**, não deve admitir as presunções de fato senão nos casos em que a lei admite a prova testemunhal; 2º) Quando um ato é argüido de fraude e dolo, o juiz pode sempre admitir as presunções; 3º) Uma única presunção é bastante (Démolombe, nº 245); 4º) Toda a presunção deve ser grave, precisa e concordante. Sobre esse item ver atrás este nosso estudo, onde transcrevemos a lição de Carvalho Santos, em seu **Código de Processo Civil Interpretado**.

Direito italiano

O CC italiano tratou das presunções em seus arts. 2.727, 2.728 e 2.729. Dispõe o primeiro desses dispositivos: «Art. 2.727 (noção) As presunções são as consequências que a lei ou o juiz tira de um fato notório para chegar a um fato ignorado».

Vejamos agora, o art. 2.728 que reza **in verbis**: «Art. 2.728 (prova contra as presunções legais). As presunções legais dispensam de qualquer prova aqueles em favor dos quais são estabelecidas. Contra as presunções com fundamento nas quais a lei declara nulos certos atos ou não admite ação em juízo, não pode ser feita prova em contrário, a não ser que esta seja consentida pela própria lei».

Finalmente o art. 2.729 do CC italiano assim dispõe: «Art. 2.729 (presunções simples). As presunções não estabelecidas pela lei são deixadas ao critério do juiz, o qual só deve admitir presunções graves, precisas e concordantes. As presunções não se podem admitir nos casos em que a lei exclui a prova por testemunhas».

Como se pode notar o Código Civil italiano recebeu uma grande influência do Código Civil francês, no que tange às presunções. Aliás Virgílio Andrioli, in **Novissimo Digesto Italiano**, verbe «presunzioni», vol. XIII, p. 766 assim se manifesta: «La sostanza della normativa disciplinatrice delle presunzioni contenuta negli arts. 2.727-29 C. Civ., non differisce dagli arts. 1.349-54 C. Civ. del 1865, il quale, a sua volta, si riallaccia al Codice Civile francese (arts. 1.349-53)».

Prossegue Andrioli dizendo que: «L'art 2.727 è una norma a contenuto formale perchè non indica le conseguenze, che la legge o il giudice trae, ma si limita a delineare il rapporto tra fatto noto e fatto

ignoto reproduzindo a nota estrutura do procedimento dedutivo, e normas a conteúdo formal crano gli art. 1.349 del Codice del 1865 e 1.349 del Codice francese, che lo ha preceduto».

Nesse mesmo verbete «presunzioni», Andrioli faz uma análise das presunções legais absolutas, das presunções legais relativas e das presunções simples.

Como exemplos das presunções absolutas menciona os arts. 599 e 238 do CC. Pela importância merece ser transcrito este último: «Art. 238 (termo de nascimento conforme a posse de estado) — Com exceção do que se acha disposto no artigo seguinte, ninguém pode reclamar um estado contrário àquele que lhe atribuem o termo de nascimento de filho legítimo e a posse de estado conforme o próprio termo. Igualmente não pode ser contestada a legitimidade daquele que tem uma posse de estado de acordo com o termo de nascimento».

No que tange as presunções legais relativas acentua que tem sido longamente discutido pela doutrina se as presunções são institutos do direito processual ou do direito substancial. Diz o professor peninsular **in verbis**: «Si è lungamente discusso sul se le presunzioni siano istituti del diritto processuale ovvero del diritto sostanziale (G. Chiovenda, **Principi**, p. 791; G. A. Micheli, **L'onere della prova**, Padova, 1942, p. 168), ma questa, como ogni altra questione di regolamento di confini, è stucchevole; se le disposizioni sulla ripartizione dell'onere della prova hanno per immediato destinatario il giudice e sol per indiretti interessati le parti, non sembra negabile il **carattere processuale delle norme che disciplinano le presunzioni legali relative**, laddove a diverso risultato perviene chi, capovolgendo la prospettiva, ravvisa nelle parti gli immediati destinatari di dette norme» (grifos nossos).

A seguir, Andrioli menciona vários artigos do Código Civil, onde são encontradas presunções relativas. Assim, exemplificativamente temos: a) art. 880 (presunção de comunhão da parede divisória); b) art. 881 (presunção de propriedade exclusiva da parede divisória). Diz Andrioli: «Gli arts. 880 e 881 C. Civ., che prevedono l'uno la presunzione di comunione e l'altro la presunzione di proprietà del muro divisorio, delineano temi di prova di estremo interesse»; c) art. 1.141 (mudança da detenção em posse); d) art. 1.142 (presunção de posse intermediária); e) art. 1.143 (presunção de posse anterior).

Pela natureza desse nosso estudo, que vem procurando ser o mais objetivo possível, deixaremos de transcrever os artigos acima citados.

Andrioli ainda cita como exemplos de presunções relativas os arts. 1.767 e 1.709 do CC. O primeiro deles diz respeito a presunção de gratuidade do depósito, e o segundo se refere à presunção de onerosidade do mandato.

Como já dissemos anteriormente, citando o próprio Andrioli, o Código Civil italiano de 1942 seguiu as normas e diretrizes do Código

de 1865. E para provar nossa assertiva é só examinar o **Manuale delle prove in materia civile**, de Carlo Lessona, Firenze, Fratelli Cammelli, 1898, que no seu capítulo sobre as presunções simples, pp. 197 a 202, faz uma análise sobre as presunções legais, fixando as diferenças entre estas e as simples, encerrando seu trabalho expondo o valor probatório das presunções simples.

Assim ensinava Lessona: «Le presunzioni semplici non hanno valore, se non quando siano gravi, precise, concordanti. Basta che il giudice di merito negli loro uno di questi caratteri, e potrà senz'altro rifiutarsi a tenerne conto. Ma il giudice che le reputi fornite di quei caratteri, può dare loro il valore che crede, cioè reputarle prova, piena, o semplice principio di prova».

E concluiu Lessona: «La legge vuole che il giudice non apprezzi se non presunzioni gravi, precise e concordanti: ma ciò non toglie che anche una sola presunzione sia ammissibile, cioè valutabile: la legge contempla l'ipotesi più comune, ma, come più non vige la regola **testis unus testis nullus**, così non vige il divieto difondarsi su di una sola presunzione (Bonnier, Mattiolo, Ramponi)».

Como se vê o Código de 1942 manteve em seus artigos, as regras dos arts. 1.349-1.354 do CC de 1865.

Direito espanhol

O Código Civil espanhol em seus arts. 1.259 e seguintes regula as presunções.

Como diz Valentin Silva Melero, obra citada, p. 117 «es de notar que el artículo 1.225 del Código anterior al vigente definía las presunciones «como inducciones que la Ley o el Juez sacan de un hecho conocido para juzgar otro desconocido».

E prossegue Silva Melero: «En este aspecto, pues, a las simples las calificaba de judiciales, por no estar sujetas a otras reglas que las del criterio humano, y ser sólo admisibles en los casos en que tenía lugar la prueba testimonial. En realidad aquel precepto seguía la ruta del artículo 1.353 del Código de Napoleón, que más expresivo, imponía la no admisibilidad de las presunciones **hominis si no eran graves, precisas y concordantes**, y que Garcia Goyena concretaba en la frase de «que estas presunciones debían quedar abandonadas a la ilustración y prudencia del Magistrado» (grifos nossos).

Vejamos alguns artigos do Código Civil espanhol que cuidaram das presunções: a) presunções de morte (arts. 33, 34 e 195); b) da legitimidade dos filhos (arts. 188 a 210); c) da boa fé (arts. 69, 434 e 436); d) dos direitos dos tutores (art. 267); e) da propriedade (art. 359); f) da participação em bens comuns (art. 393); g) presunções em matéria de posse nos (arts. 434, 436, 448, 449 e 459); h) em matéria de testamento cerrado com a quebra do lacre (art. 742); i) em erro no pagamento (art. 1.901).

Poderíamos enumerar muitos outros casos, mas entendemos que os já mencionados são suficientes para este estudo.

Direito alemão

Dispõe o § 292 do ZPO: «Cuando la ley establezca una presunción de existencia de un hecho, se permitirá la prueba de lo contrario si la ley no dispusiere otra cosa. Tal prueba se podrá aportar incluso mediante petición de interrogatorio de la parte, conforme al § 445».

James Goldschmidt em seu **Derecho Procesal Civil**, traduzido por Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1936, diz às pp. 259 e 260 que «tão pouco estão necessitados de prova os fatos que têm em seu favor uma presunção legal» (uma **praesumptio iuris**, § 292).

E prossegue Goldschmidt **in verbis**: Las presunciones legales son reglas jurídicas del Derecho judicial material que obligan a deducir de un hecho otro hecho (por ej. los §§ 484 y 1.591 do BGB); o un derecho (por ej. 891, 1.006, 1.362 do BGB); mientras no se demuestre lo contrario».

Continua Goldschmidt dizendo que as presunções legais se diferenciam das normas de prova legal, em que estas regulam a força probatória de um meio de prova, enquanto que aquelas regulam a força probatória de um meio de prova, enquanto que aquelas regulam a força probatória de um fato que teria de se provar. Por conseguinte, toda presunção legal significa uma prova de indícios, fortalecida com a atribuição de força probatória em virtude da Lei.

Conclui Goldschmidt seu pensamento esclarecendo que devem diferenciar-se as presunções legais das presunções naturais, cuja força probatória não repousa na Lei, senão nas normas da experiência. As presunções naturais se referem por exemplo, a existência de capacidade processual, ao caráter causal de determinada conduta, etc. As presunções naturais não invertem tampouco como as legais o ônus da prova.

Ademais, deve delimitar-se o conceito das presunções legais frente a das irrefutáveis (**iuris et de iure**). E como exemplo dessas últimas temos os §§ 39, 269, 551, 877 e 1.591 do BGB.

12. A presunção na Jurisprudência

Levantamos em nosso direito pretoriano os seguintes acórdãos que cuidaram da matéria:

1. TJSP — 20-8-71 — AC 200.598 — 6ª Câm., Votação unânime.

Simulação — Legítimo interesse de terceiros interessados em argüir a simulação — Prova do ato simulado **in fraudem creditorum** — A causa simulante — Evidência da alienação simulada **in**

fraudem creditorum e o nexu causal entre ela e a iminência da ação dos credores do alienante — Ação julgada procedente.

Prova — Presunção — Só se devem admitir presunções graves, precisas e concordantes e só nos casos em que a lei admite a prova testemunhal — Um único indício, a tal ponto grave, pode formar a convicção do juiz (RJTJSP 18/130).

2. TASP — 5-11-70 — AC 139.971 — 6ª Câmara — Votação unânime.

Ação — Nome — Transformação de ação pauliana em simulatória — Possibilidade.

Simulatória — Simulação evidenciada — Insolvência comprovada dos devedores — Transmissão de propriedade quando já pendiam várias ações ajuizadas pelo próprio autor — Arts. 147, II do CC e 252 do CPC (1939) — Ação procedente, embora proposta como revocatória. TASP (Cível) 14/73.

3. TJSP — 16-5-67 — Ap. Cível 161.564 — 1ª Câmara — Votação unânime.

Responsabilidade civil — Prova insuficiente para a procedência da ação e prova produzida no Juízo Criminal — Prova circunstancial desacompanhada de outros elementos — Ação improcedente. Na esfera do livre convencimento do julgador deve ser considerado o elemento circunstancial desde que outros elementos também existam para demonstrar a verossimilhança dos fatos alegados — Já se tem dito que a prova circunstancial «acabou por se tornar praticamente inoperante» — Nem tanto assim — Mas para que opere há de entrosar-se com outros elementos convergentes para a mesma convicção (RJTSP 2/114).

4. TJSP — 8-6-61 — Ap. 107.154 — 3ª Câmara.

Ato jurídico — Dolo — Prova — Embora indubitável que o dolo possa ser provado através de presunções estas devem ser graves, precisas e concordantes para determinar a nulidade do ato jurídico (RF 205/182).

5. TASP — 11-8-53.

Prova — Indícios e presunções — Promissórias perfeitamente formalizadas que corresponderiam a juro usuários — Inexistência de outro meio de prova — Arguição repelida — Da aplicação do art. 252 do CPC. Tratando-se de títulos formais, completos, autônomos, cuja validade se ataca, mister se faz que os indícios se coordenem e avulsem de tal maneira que concludente e incontestável se apresente a presunção neles procurada (RT 219/412).

6. TASP — 25-11-53.

Transporte de passageiro — Ônibus — Perda de bagagem — Ação de indenização procedente — Prova do valor da coisa perdida por meio de indícios e presunções.

Responsabilidade civil — Transporte de passageiros — Perda de bagagem — Ação de indenização precedente.

Prova — Indícios e presunções — Valor da bagagem perdida — Admissibilidade — Aplicação do art. 136, V do CC e do art. 253 do CPC — Não se tendo dado valor à mala extraviada, nem se tendo feito uma relação das coisas que ela continha, poderá o caso ser solucionado por presunções que são também meio de prova, resultantes as mais das vezes de indícios, na apreciação dos quais o juiz considerará livremente a natureza do negócio, a reputação dos indiciados e a verossimilhança dos fatos alegados na inicial e na defesa (RT 220/417).

7. TJSP — 30-4-53.

Recurso — Agravo no auto do processo — Interposição pela parte que a final não apelou — Não conhecimento.

Casamento putativo — Casal que procurou regularizar, pelo matrimônio, uma situação de concubinato — Averbção de sentença inexistente de anulação do casamento anterior da mulher — Providências tomadas pelo nubente, que se incumbiu também da habilitação e do preparo dos papéis para o novo consórcio — Má fé atribuída à esposa, que teria ocultado, a situação real — Inexistência — Ação de anulação ajuizada pela progenitora do cônjuge varão, após a sua morte — Ônus da prova a seu cargo — Pedido improcedente — Aplicação do art. 221 do CC.

Prova — Indícios e circunstâncias — Admissibilidade para demonstração da má fé — Objetivo não colimado — Casamento considerado putativo. Não se conhece de agravo no auto do processo interposto pelo litigante que a final não apelou — No casamento putativo a boa fé se presume, cumprindo à parte que a nega o ônus da prova — O direito tem admitido, sem vacilações, a prova semiplena, indireta, circunstancial e indiciária, estando atualmente o princípio integrado em nossa legislação (RT 214/141).

13. **Conclusões**

Do estudo que fizemos, procuramos analisar a matéria sob vários ângulos. Assim, pesquisamos o instituto das presunções desde o direito romano até os dias de hoje.

Trouxemos subsídios de várias legislações estrangeiras, como a francesa, italiana, espanhola e alemã.

Expusemos com alguma minúcia as várias doutrinas a respeito do assunto. Mostramos também a influência das teorias alienígenas nos Códigos de 1939 e de 1973 e na jurisprudência dominante de nossos tribunais.

Enfim, sem nos alongarmos em extensas considerações, pois, fugiria à objetividade do trabalho, tentamos dar uma visão global da matéria em todas as suas nuances.

Mas, ainda aqui ficaria a pergunta: seria a presunção instituto de direito material ou de direito processual?

Para Chiovenda, as presunções relativas (*iuris tantum*) não têm caráter processual, nem atuam no processo civil, porque aparecem determinadas por razões de direito substantivo. Indagaríamos ainda: seria esta uma posição isolada, ou conta ela com um grande número de adeptos?

Dizemos isto porque o Direito italiano, apesar de dedicar em seu Código Civil, um capítulo sobre as presunções (arts. 2.727-29), não deixou de inserir também em seu Código de Processo Civil, regras sobre a matéria.

Com efeito, dispõe o art. 192 do CPC italiano: «Il giudice valuta il risultato della prova secondo il suo libero convincimento, salvo che la legge disponga diversamente. Il comportamento stesso delle parti può costituire elemento di convinzione».

Como se vê, o Direito italiano cuida das presunções tanto em seu Direito Civil, como no Processual.

E não é só. A disposição do art. 253 do CPC 1939 é uma aplicação especializada do princípio geral, expressamente consagrado no Código, da livre avaliação da prova pelo juiz, conforme o disposto no art. 118 do mesmo ordenamento de 1939.

O Código de Processo Civil alemão (ZPO) também dispensou vários parágrafos para tratar das presunções. Pela importância, pedimos vênia, para transcrever o de número 286: «El tribunal teniendo en cuenta todos los elementos que hayan proporcionado las discusiones orales sobre el negocio y los resultados de la prueba que se haya ejecutado, resolverá según su libre convicción acerca de si debe tenerse por verdadera o no cada alegación de hecho de las partes. En la sentencia se indicarán los fundamentos y motivos de la convicción del tribunal. Este no estará sujeto a reglas legales sobre la prueba más que en los casos señalados en esta ley».

Encerrando diríamos que são de grande importância as presunções na teoria da prova. Tanto é verdade, que Carnelutti em sua obra **La prueba civil** (traduzida por Niceto — Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1944), dedica várias páginas no estudo das presunções.

Se não, vejamos. O problema das fontes de presunções, ou simplesmente presunções, como disse mais tarde, preocupou largamente o pensamento de Carnelutti, em duas direções: formação do conceito e sistematização do mesmo.

Acerca do primeiro desses pontos, aprecia um notável desnível entre o exame da prova histórica e da prova crítica, no sentido de que enquanto o campo da primeira se encontra notadamente dominada pela distinção entre prova testemunhal e prova documental, no campo da segunda reina todavia, o caos; a única distinção que se tem conseguido formular entre as provas críticas não se referem nem a sua estrutura nem a sua função, mas, tão-somente à sua eficácia legal, que serve para separar as presunções simples das presunções legais.

Na obra **Lezioni di Dir. Proc. Civ.**, vol. III, também de Carnelutti, se estuda profundamente as regras legais da prova crítica e especialmente a propósito das presunções legais absolutas, onde se defronta o problema de sua ambígua natureza, situada entre o direito processual e o material (p. 334 e ss.).

Pela importância merece ser transcrito o ensinamento de Carnelutti, à p. 340 de suas **Lezioni**, numa tradução livre que fizemos: «Creio que se possa tranquilamente concluir que a presunção legal absoluta está sempre fora do campo processual, no sentido de que o fato, que a determina, não tem nem a função da prova, mas constitui pelo contrário um fato jurídico material, ao qual a lei dá um efeito em consideração de um outro fato (fato presumido), que segundo a experiência o acompanha. A presunção legal absoluta torna-se então uma categoria histórica além de uma categoria lógica do direito; podem ser indicadas com este nome algumas normas para significar-se que foram formadas mediante a transformação de presunções legais relativas, com respeito às quais acaba por cair a faculdade da prova contrária, como ocorre provavelmente com as presunções previstas nos parágrafos dos arts. 773 e 1.279 do CC (1865). Mas uma vez derrubada a prova contrária à presunção, isto é, a prova em sentido próprio, desaparece e a equivalência não é mais processual, mas material, no sentido de que o próprio legislador a considera para atribuir efeitos jurídicos ao fato, que gera a presunção, primordialmente ao fato presumido» (**Lezioni di diritto processuale civile**, Padova, Cedam, 1933, vol. III).

Vimos no decorrer dessa exposição, que se não fossem as presunções, muitas questões ficariam insolúveis, deixando o magistrado sem qualquer base para seu decisório, e este sendo falho, causaria danos irreparáveis às partes litigantes e ao próprio processo.

Bibliografia

- ALEJANDRE, Juan Antonio. **Temas de historia del derecho; derecho primitivo y romanización jurídica**, Universidade de Sevilla, 1977.
- AMARAL Santos, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**, 3ª ed., vol. V, Max Limonad, 1968.
- AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código de Processo Civil no Brasil**, 2ª ed., vol. 1º, São Paulo, Saraiva, 1958.

- ANDRIOLI, Virgilio. **Presunzioni in Novissimo Digesto Italiano**, vol. XIII, Torino, Utet, 1966.
- AUBRY et Rau. **Cours de Droit Civil Français**, 4^o ed., Paris, 1869.
- BARBOSA Moreira, José Carlos. **Tomas de Direito Processual**, São Paulo, Saraiva, 1977.
- BENTO de Faria, Antonio. **Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal**, vol. 39, Fascículo II, fevereiro de 1916.
- BRAGA da Cruz, Guilherme. **O Direito subsidiário na história do direito português**, Coimbra, 1975.
- CABREROS, Miguelez-Alonso. **Código de Derecho Canónico bilingue y comentado**, Madrid, MCMLI.
- CARNELLI, Lorenzo. **El hecho notorio, La Ley**, Buenos Aires, 1944.
- CARNELUTTI, Francesco. **La prueba Civil**, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Arayú, Buenos Aires, 1955.
- . **Lezioni di Diritti Processuale Civile**, Padova, Cedam, vol. III, 1933.
- CARVALHO Santos, J. M. **Código de Processo Civil Brasileiro Interpretado**, 3^a ed., vol. III, Freitas Bastos, 1946.
- CHIOVENDA G. **Principi di Diritto Processuale Civile**, 4^a ed.
- COPPOLA. **Presunzione in Nuovo Digesto Italiano**, vol. X, Torino, Utet, 1939.
- DECCOTTIGNIES, Roger. **Les présomptions en droit privé**, Paris, Pichun et Durand, 1950.
- DELLA Rocca, Fernando. «De morali certitudine in sententia canonica», in **Saggi di diritto processuale canonico**, Padova, Cedam, 1961.
- DEMOLOMBE, C. **Cours de Code Napoléon**, Paris, Auguste Durand & Hachette et Cie, 1872.
- ENGEL, Ludovico. **Collegium Universi Juris Canonici anteaec juxta triplex juris objectum partitum, nunc vero servato ordine**, Decretalium... 8^a ed., Beneventi, 1742.
- FABREGUETTES, M. P. «Da prova indireta — Das presunções legais humanas», publicada na **Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal**, dirigida pelo Dr. Antonio Bento de Faria, vol. 39, Fasc. II, fev. de 1916.
- GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal Civil**, traduzido por Leonardo Prieto Castro con adiciones sobre la doctrina y la legislación espanhola por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Barcelona, Labor, 1936.
- LAURENT, F. **Principes de Droit Civil Français**, 3^a ed., Paris, Librairie A. Marescq, Aîné, A. Chevalier Marescq, Successeur, 1878.
- LE DUAREN. «De probationibus», in **Opera Omnia**, vol. 3, cap. IV, 1946.
- LESSONA, Carlo. **Manuale delle prove in materia civile**, Firenze, Fratelli Cammelli, 1898.
- LIMONGI França, Rubens. «Código Visigótico», verbete publicado na **Enciclopédia Saraiva de Direito**, vol. 15.
- LOBO da Costa, Moacyr. **O Agravo no Direito Lusitano**, Rio, Borsoi, 1974.
- LOPES, Moreno, D. Santiago. **La prueba de indicios**, Madrid, Lib. Victoriano Suárez, 1897.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**, trad. de J. Alves, 2^a ed.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. III, Forense, Rio, 1959.

- MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., vol. III, t. 2. Forense, Rio, 1960.
- MELERO, VALENTIN Silva. *La Prueba Procesal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, t. I.
- MENOCHIUS, Jacobus. *De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis*, comentario, 2 vols. Venetiis, 1617.
- PONTES de Miranda, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. Forense, Rio, 1974.
- RAMPONI. *Teoria Generale dell Presunzioni*, 1890.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, Forense, Rio, 1976.
- SURGIK, Alísio. «Presunção absoluta e relativa», verbete publicado na *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 60.

A Revogação da Sentença no Direito Brasileiro

(PERFIL HISTÓRICO)

Moacyr Lobo da Costa

Professor Adjunto Aposentado

SUMÁRIO: 1. *A divisão em dois períodos; o primeiro do descobrimento até 1890* — 2. *O julgamento do recurso como atribuição do Supremo Tribunal de Justiça* — 3. *A competência dos Tribunais da Relação para a revisão dos feitos* — 4. *Regulamento das Relações do Império* — 5. *A forma do julgamento pelas Relações* — 6. *Mantido o recurso e a forma de seu julgamento com a reforma legislativa de 1842* — 6.1. *A revista na Consolidação Ribas* — 7. *O projeto de reforma de Carvalho Moreira* — 8. *A revista nos livros de Souza Pinto e Moraes Carvalho* — 9. *A revista no livro de Pimenta Bueno* — 10. *Natureza jurídica do recurso de revista* — 11. *O recurso extraordinário republicano* — 12. *Os casos de revista segundo Pimenta Bueno.*

PRIMEIRA PARTE

1. A história da revogação da sentença nas causas cíveis e comerciais, no Brasil, divide-se em dois grandes períodos, caracterizados pelo sistema processual em vigor em cada um deles, independentemente do regime político a que o país esteve sujeito nas diversas épocas históricas, bem como das diferenças verificadas quanto ao modo de atuação do sistema em cada época.

O primeiro período, sob o ponto de vista cronológico, estende-se do descobrimento, em 1500, até 19 de setembro de 1890, data do decreto republicano nº 763, que mandou observar no processo das causas cíveis em geral o Regulamento Comercial nº 737, de 25 de novembro de 1850.

Compreende as épocas históricas do Brasil Colônia, Estado do Brasil, Reino Unido e Império do Brasil.

Durante o longo período, de quase quatro séculos, o meio jurídico-processual admitido para a revogação de sentença de última instância foi sempre o recurso de revista, nas modalidades de Revista de Justiça e Revista de Graça Especial, consagradas sucessivamente nas Ordenações Afonsinas de 1446, Manuelinas de 1521, no Código Sebastião de 1569, nas Filipinas de 1603, e nas leis extravagantes posteriores a 1640, quando ocorreu a restauração da Coroa Portuguesa.

Enquanto Colônia de Portugal, depois transformado em Estado do Brasil e elevado a Reino Unido, as revistas nos feitos providos do Brasil, nos casos em que coubesse o recurso e fosse admitido, eram processadas e julgadas na Metrópole, na Casa da Suplicação, de acordo com as normas processuais então vigentes.

Após a independência, operou-se uma radical modificação quanto ao modo estabelecido para o julgamento do recurso de revista, mantendo-se, porém, inalterada a sua específica finalidade, como vinha definida nas Ordenações Filipinas e demais leis que se encontravam em vigor no momento da emancipação política do Brasil.

Com o escopo de declarar quais as leis, decretos, regulamentos e alvarás que continuavam em vigor no país e quais os que deixavam de ter eficácia, por serem havidos como revogados, a Assembléia Constituinte e Legislativa do Império aprovou a lei que foi promulgada pelo Imperador, a 20 de outubro de 1823, cujo projeto fora apresentado à consideração da Assembléia pelo deputado Antonio Luiz Pereira da Cunha, na sessão de 5 de maio de 1823, logo em seguida à sua instalação solene ocorrida a 3 daquele mês.

Em decorrência das determinações dessa lei o processo civil continuou a ser regido pelas disposições do Livro 3º das Ordenações Filipinas, acrescidas das normas introduzidas pelas leis extravagantes, dentre as quais sobreleva, no concernente ao recurso de revista, a Carta de Lei de 3 de novembro de 1768, de **D. José**, promulgada no âmbito da chamada reforma pombalina, e que alterou de maneira significativa aquele recurso.

2. A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, dispôs sobre o Poder Judicial nos artigos 151 a 164. No artigo 163 foi determinada a criação do Supremo Tribunal de Justiça, com sede na Capital do Império, ao qual foi atribuída a competência para «conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinar» — art. 164.

Em cumprimento ao estabelecido no artigo 163 da Constituição, a lei de 18 de setembro de 1828 criou o Supremo Tribunal de Justiça e declarou suas atribuições.

Ao Supremo Tribunal competia «conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que esta lei determina» — art. 5º.

O artigo 6º dispunha sobre o recurso de revista, cuja concessão era limitada, nas causas cíveis e crimes, aos casos de manifesta nulidade ou injustiça notória, nas sentenças proferidas em todos os Juízos em última instância.

O recurso de revista, no cível, devia ser interposto no prazo de dez dias da publicação da sentença e reduzido a termo pelo escrivão, assinado pela parte ou seu procurador e duas testemunhas. Em seguida, as partes tinham o prazo de quinze dias para apresentarem

suas razões escritas sobre o fundamento do recurso, nulidade ou injustiça da sentença, não podendo oferecer novos documentos. Os autos com as razões, ou sem elas, eram remetidos ao secretário do Supremo Tribunal, ficando traslado. Na Corte, e Província do Rio de Janeiro, os autos eram apresentados na Secretaria do Supremo Tribunal dentro de quatro meses; de um ano nas Províncias de Goiás, Mato Grosso, Ceará, Piauí, Maranhão e Pará; de oito meses nas demais Províncias, contados do dia da interposição do recurso.

A revista era examinada por três Ministros, que tinham vista dos autos, e julgada em sessão pública e plenária pelos Ministros presentes.

Denegada a revista, os autos eram devolvidos «ex-officio» ao Juízo originário, que proferiu a sentença recorrida, sendo condenado o recorrente nas custas.

Concedida a revista, os autos eram remetidos «ex-officio» a uma Relação, que o Supremo Tribunal designasse, tendo em vista a comodidade das partes, que, entretanto, não seriam novamente ouvidas.

No Tribunal da Relação tinha lugar novo julgamento do mérito da causa, mediante a revisão do julgado recorrido, nos termos do que ficou decidido e assentado pelo Supremo Tribunal ao conceder a revista.

Proferida a nova sentença pela Relação revisora, os autos eram remetidos «ex-officio» pelo Presidente da Relação ao Juízo originário, comunicando-se oficialmente ao Supremo Tribunal.

3. O decreto de 9 de novembro de 1830 disciplinou o modo como nas Relações devem ser distribuídas, relatadas e julgadas as apelações das Juntas de Justiça e as revistas, quando concedidas pelo Supremo Tribunal.

Foi o primeiro passo no sentido de harmonizar a atividade jurisdicional das Relações com o sistema introduzido com a criação do Supremo Tribunal de Justiça.

Poucos dias depois, o decreto de 20 de dezembro de 1830 estabeleceu regras processuais mais precisas para o cumprimento das normas da lei de 18 de setembro de 1828, a propósito da competência do Supremo Tribunal.

No concernente ao recurso de revista o artigo 5º do decreto de 20 de dezembro prescreveu que, nos dois casos de manifesta nulidade, ou injustiça notória, pode ser interposta a revista, na conformidade com o disposto nos artigos 6º e 16 da lei de 18 de setembro de 1828, das sentenças proferidas em última instância em todos os Juízos, mesmo privilegiados, exceto os do Senado e Supremo Tribunal de Justiça.

Em consonância com a relevante determinação de ser concedida revista de todas as sentenças, ainda que proferidas em Juízos privile-

giados, o artigo 6º dispunha que, de todas as sentenças proferidas em última instância nos Tribunais Eclesiásticos, depois da dita lei, poder-se-á interpor revista nos dois referidos casos, apesar de terem passado os dez dias, salvo se as matérias julgadas forem meramente espirituais.

Era a consagração da supremacia da jurisdição do Supremo Tribunal de Justiça sobre os Juízos privilegiados, inclusive os eclesiásticos.

O artigo 7º confirmou a regra que todas as causas, em que o Supremo Tribunal houver concedido a revista, serão julgadas nas Relações segundo o artigo 16 da lei de 18 de setembro, e o processo, tanto para a interposição, como para a apresentação, será o mesmo estabelecido nos artigos 8º e seguintes.

Os dois casos de manifesta nulidade, ou injustiça notória, só se julgarão verificados nos precisos termos da Carta de Lei de 3 de novembro de 1768, §§ 2º e 3º. Quando ocorrerem casos tais, e tão graves e intrincados, que a decisão de serem ou não compreendidos nas disposições desta lei se faça duvidosa ao Tribunal, dispunha o artigo 8º do decreto que o Tribunal solicitará as providências legislativas por intermédio do Governo.

Na Carta de Lei de 1768 a competência para resolver, em semelhantes hipóteses, estava reservada para El Rei. Vivia-se, então, em pleno absolutismo monárquico.

A substituição do rei pelo legislativo denota o prevalecimento do princípio da legalidade, no sistema da monarquia constitucional, que, introduzido pelos fundadores do Império, regulou a vida da nação até a queda do regime.

No artigo 9º foi editada uma nova regra, que importava em significativa modificação quanto à capacidade profissional dos advogados para a interposição do recurso de revista, que no Direito Português constituia privilégio exclusivo dos advogados credenciados junto à Casa da Suplicação, e o citado dispositivo declarou poder ser feita por qualquer procurador, ou seja bastante e geral, ou seja particular, dos que estiverem autorizados para o prosseguimento do feito na instância em que se proferiu a sentença, cuja revisão é pleiteada no recurso.

Desaparecia no Brasil aquela antiga prerrogativa criada em 1564, no reinado de D. Sebastião.

O termo dos dez dias, fixados para a interposição da revista, é declarado no artigo 10 como peremptório e improrrogável, sem embargo de qualquer restituição. Todavia, eventuais erros cometidos pelos Escrivães dos Juízos em que se interpuser a revista, ou pelo Secretário do Tribunal, não prejudicarão às partes que tiverem cumprido as disposições legais. No caso de se provarem tais erros pe-

rante o Tribunal, este conhecerá do direito das partes como se eles não existissem, salva a responsabilidade dos que os tiverem cometido.

As revistas que tiverem sido denegadas por motivo dos mencionados erros admitirão, segundo o disposto no artigo 12, novo conhecimento para se deferir, como for justo, contanto que as partes o requeiram na Corte e Província do Rio de Janeiro dentro de trinta dias; de um ano nas Províncias de Goiás, Mato Grosso, Ceará, Piauí, Maranhão e Pará; e de oito meses nas demais Províncias, contados da publicação da presente Resolução.

Os artigos 13, 14 e 15 estabeleciam regras a propósito da hipótese do falecimento da parte vencida pela decisão, antes de se findarem os dez dias para a interposição da revista, e do direito que passava a seus herdeiros de a interpor.

As hipóteses de morte do procurador de qualquer das partes, ou de alguma delas, estavam previstas e reguladas nos artigos 18, 19 e 20.

Nos artigos 21 a 25 foram traçadas as normas a serem observadas para o preparo e remessa dos autos para o Supremo Tribunal.

Cuidava o legislador, no alvorecer do Império, de estabelecer regras novas e adequadas para disciplinar o processo daquele importante recurso, segundo o sistema judiciário implantado no país.

4. Após a abdicação de D. Pedro I, o Governo da Regência, em nome do Imperador infante, tendo em vista o disposto no Código de Processo Criminal e no Título Único da Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil, baixou o decreto de 3 de janeiro de 1833, que deu Regulamento para as Relações do Império.

A competência das Relações foi estabelecida no artigo 9º, que especificou nos itens 4 a 12 os assuntos de natureza civil abrangidos.

No item 8º estava prevista a competência para o julgamento das revistas.

O artigo 60 do Regulamento prescreveu que as revistas continuariam a ser processadas e julgadas nas Relações pela maneira estabelecida nos artigos 16 e 17 da lei de 18 de setembro de 1828 — que criou o Supremo Tribunal de Justiça — e no decreto de 9 de novembro de 1830, devendo estar presente o procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional, quando se tratasse de revistas de sentenças proferidas em causas, em que a mesma Coroa, Soberania e Fazenda, por seu procurador tivesse sido parte como autora, ré, oponente ou assistente, para poder fazer ao relatório as observações facultadas pelo artigo 3º do decreto de 9 de novembro de 1830.

Como afirmação da soberania nacional, a lei de 28 de setembro de 1837 reivindicou para o Poder Judiciário do Império o poder de julgar em última instância as causas instauradas no território do país, e declarou nulas as decisões proferidas pelos Tribunais de Ultramar a partir da proclamação da independência.

Disponha o artigo 1º serem nulas as sentenças proferidas pelos Tribunais de Lisboa sobre recursos interpostos das decisões das autoridades judiciais das Províncias do Ceará, Piauí, Maranhão e Pará, ao tempo em que se proclamou a independência do Brasil. As partes que se sentissem agravadas pelas sentenças da Relação do Maranhão — que tinha jurisdição sobre as referidas Províncias — se houvesse agravos ordinários pendentes, poderiam interpor, segundo o disposto no artigo 2º da lei, dentro do prazo de quatro meses da publicação da mesma lei nas referidas Províncias, o recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça, que devia ser apresentado ao Presidente daquela Relação, não obstante o lapso de tempo decorrido.

O recurso de revista, nesses casos, devia ser processado nos traslados dos autos principais, existentes nos Cartórios, e remetido ao Supremo Tribunal para julgamento.

5. Em 1838 o Regente interino, Pedro de Araújo Lima, em nome do Imperador D. Pedro II, baixou o Regulamento nº 9º, de 17 de fevereiro, subscrito por Bernardo Pereira de Vasconcellos, como Ministro da Justiça, que prescreveu os casos em que as Relações revisoras haviam de decidir da nulidade ou injustiça das sentenças, bem como do merecimento das causas.

O Regulamento é um diploma que faz honra à ciência jurídica de seu ilustre autor. Pelo esmero da redação e clareza dos conceitos, revela a atenção que o espírito superior do Ministro devotava às coisas da justiça. Em poucos dispositivos, concisos e abrangentes, o Regulamento disciplinou de maneira adequada a forma como deveriam ser julgadas as arguições de injustiça notória e de nulidade manifesta das sentenças recorridas.

Começa o Regulamento por acentuar a qualidade da Relação revisora de substituta das outras Relações, ou Juízos, que proferiram as sentenças que deram motivo ao recurso, e, nessa condição, devendo julgar à vista do que se achar alegado e provado nos autos, como se não tivesse sido anteriormente julgado por aquelas Relações, ou Juízos.

No caso da revista ter sido concedida por motivo de injustiça notória, proveniente de cerceamento da defesa, não recebimento de embargos ou artigos relevantes, ou por ter sido denegada a produção de prova que era indispensável para a elucidação da matéria e perfeito conhecimento da causa, bem como por não ter sido dado provimento ao agravo no auto do processo, a Relação revisora, se reconhecer provada a injustiça alegada, limitar-se-á a remediá-la, não podendo proferir sentença definitiva sobre a matéria principal da causa por falta desses elementos.

Quando a revista tiver sido concedida por motivo de nulidades manifestas, se a Relação revisora as julgar procedentes e forem daquelas declaradas insanáveis pelo Direito, sua decisão ficará limitada a declarar nulo o processo, no todo ou em parte.

Se as nulidades, embora reconhecidas, forem sanáveis, ou daquelas que apesar de não serem sanadas nenhum prejuízo resulta para o essencial do feito, sendo os litigantes partes legítimas e existindo o quanto seja necessário para o conhecimento da verdade, a Relação revisora julgará definitivamente, sem atenção a tais nulidades ou erros do processo.

No caso de não poder a Relação revisora proferir sentença definitiva que ponha fim a toda a causa, por alguma das razões expostas nos artigos anteriores, os autos deverão ser remetidos aos Juízos, em que foram proferidas as sentenças recorridas, para neles se prosseguirem os devidos termos, na conformidade da emenda da injustiça ou da nulidade que se tiver julgado.

Nessa hipótese, se na sentença da Relação não estiver bem explícita e claramente determinado o andamento que deverá ter o processo nos Juízos de que se recorreu, a fim de se remediar a injustiça, ou nulidade reconhecida, as partes poderão apresentar embargos para o único efeito da declaração do que entenderem obscuro.

Finalmente, nas causas pendentes e paradas por não terem as Relações revisoras designado claramente o andamento que deveriam ter, poderão as partes interessadas requerer a volta dos autos à Relação revisora para pedir a declaração prevista no artigo anterior.

Em sete artigos, de exemplar contextura jurídica, o grande Ministro, que não era especialista em direito processual, formulou as soluções corretas e adequadas para os diferentes casos que podiam ocorrer.

A esse respeito o Regulamento é um modelo.

Lendo-o, verifica-se a inferioridade do sistema adotado no vigente Código de Processo Civil no tocante ao julgamento da ação rescisória, pela falta clamorosa de um dispositivo estabelecendo como proceder, quando o Tribunal julgar procedente a ação e rescindir a sentença, mas não puder proferir novo julgamento da causa, por não ser o caso (art. 494). Por exemplo, nas hipóteses de juiz impedido, ou absolutamente incompetente; de sentença dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; ou quando o Ministério Público não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção.

Em tais casos, para que não ocorra a supressão de uma instância, a causa deveria prosseguir no juízo de origem, para ser novamente julgada por juiz competente, ou não impedido, ou por outro juiz isento de qualquer tacha, ou depois da intervenção do Ministério Público.

O Código, entretanto, não contém qualquer regra a respeito.

A norma para suprir essa lamentável lacuna, na esperada e indispensável revisão do Estatuto processual, já foi formulada no vetusto Regulamento genuinamente brasileiro, dispensando-se o legislador processual de ir copiá-la de Códigos estrangeiros.

Por se tratar de diploma pouco conhecido e de difficil accesso, o Regulamento em apreço vai transcrito abaixo em sua ortografia original.

REGULAMENTO Nº 9º — de 17 de Fevereiro de 1838

Marca os casos em que as Relações revisoras hão de decidir da nullidade ou injustiça, e do merecimento das causas.

O Regente Interino, em Nome do Imperador o Senhor D. Pedro II, Ordena.

Art. 1º As Relações a que forem remettidos quaesquer Autos para a Revista, em todo o caso se considerarão, plena e perfeitamente substituidas às outras Relações, Tribunaes, Corpos Collegiaes, e Juizes singulares, que tiverem proferido as sentenças que derão motivo ao recurso, para julgarem as causas á vista do que acharem allegado, e provado nos Autos, da mesma fôrma, que por taes Relações, Tribunaes, Corpos Collegiaes, e Juizes singulares nunca tivessem sido julgadas.

Art. 2º Se a Revista tiver sido concedida por motivo de injustiça notoria, proveniente de se não ter admittido ás Partes alguma essencial defesa; como por se não terem recebido embargos ou artigos, que provados relevarião, por se não haver ordenado a vistoria e exame, ou qualquer outra diligencia legal, que era indispensavel para a planea dilucidção da materia, e perfeito conhecimento de causa, ou por se não ter dado provimento em agravo do auto do processo no caso do art. 45 do Regulamento das Relações; e se as Relações revisoras reconhecerem esta injustiça, limitarão o julgado a remedia-la; não se podendo em tal caso proferir sentença definitiva sobre a materia principal da Causa a que falta a necessaria illustração.

Art. 3º Se a Revista se conceder por motivo de nullidades manifestas, e as Relações revisoras as julgarem procedentes, sendo daquellas que o Direito tem declarado insanaveis, limitar-se-ha a sentença a julgar o Processo nullo, em todo, ou em parte, conforme o prejuizo que dellas deve resultar á sua total, ou parcial validade.

Art. 4º Quando porém as nullidades, posto que reconhecidas, forem daquellas que se podem sanar, e das que apesar de não serem sanadas, nenhum prejuizo resulta ao essencial do Feito, existindo a legitimidade das pessoas dos litigantes, e quanto seja necessario para ser sabida a verdade, em tal caso as Relações revisoras julgarão definitivamente, sem attenção a taes nullidades, e erros do Processo.

Art. 5º No caso de não poderem as Relações revisoras proferir sentenças definitivas, que ponhão fim a toda a causa, por alguma das razões expostas nos arts. 2º e 3º, remetter-se-hão os Autos aos Juizos, em que se proferirão as sentenças recorridas, para nelles se proseguirem os devidos termos, na conformidade da emenda da injustiça, ou nullidade que se tiver julgado.

Art. 6º Se, proferidas algumas destas sentenças pelas Relações revisoras, não estiver nellas bem explicita e claramente determinado o andamento que deverão ter os Processos nos Juizos, de que se recorreu, a fim de se remediar a injustiça, ou nullidade reconhecida, para o unico effeito da precisa declaração do que as Partes, a este respeito julgarem obscuro, admitirão as Relações revisoras a petição dessa declaração por meio de embargos, que nada mais continhão, offerecidos pelas Partes dentro do termo legal.

Art. 7º Para se dar andamento ás Causas, que ora se achão pendentes, e paradas, por não terem as Relações revisoras proferido sentenças definitivas, e não estar bem claramente designado o seguimento, que deverão ter, poderão as Partes interessadas requerer a remessa dos Autos ás Relações revisoras, para lhes pedirem a declaração pela maneira decretada no artigo antecedente, ou seja por despachos, e mandados das Autoridades dos Tribunaes e Juizos, em que os mesmos Autos se acharem; ou seja por meio de Precatorias das referidas Relações revisoras, dirigidas a esses Tribunaes e Juizos.

Bernardo Pereira de Vasconcellos, Ministro e Secretario de Estado dos Negócios da Justiça, o tenha assim entendido, e faça executar. Palácio, do Rio de Janeiro em dezasete de Fevereiro de mil oitocentos trinta e oito, decimo sétimo — da Independencia e do Imperio.

Pedro de Araújo Lima.

Bernardo Pereira de Vasconcellos.

6. Tão logo os conservadores assumiram o Governo, após a declaração da maioria do Imperador D. Pedro II, trataram de adotar providências contra as tendências liberais que haviam inspirado o Código de Processo Criminal, de 1832, e a Disposição Provisória acerca da administração da Justiça Civil.

A lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, votada pela Câmara dos Deputados depois de renhidos e acalorados debates entre liberais e conservadores, destinava-se à reforma do Código de Processo Criminal, para armar o poder público (a polícia) de meios mais eficazes para a investigação e repressão dos delitos, como afirmou o reacionário Ministro da Justiça, Paulino José Soares de Souza, no longo e polêmico discurso com que encerrou a discussão do projeto na Câmara.

A lei nº 261 compreendida dois Títulos: o Título I, «Disposições Criminaes», com 113 artigos, e Título II, «Disposições Civis», com 11 artigos, de 114 a 124. Em vista do que o Governo expediu dois diferentes decretos para regulamentá-los; o decreto nº 120, de 31 de janeiro de 1842, que «Regulamenta a execução da parte policial e criminal da lei» e o decreto nº 143, de 15 de março de 1842, que «Regulamenta a execução da parte civil da lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841.»

Foram muitas as modificações introduzidas pelo Regulamento nº 143 com respeito à jurisdição e competência dos diferentes juízos e

das Relações, especialmente quanto à forma, condições e casos dos vários recursos, seu processo e julgamento.

O recurso de revista, porém, não sofreu qualquer alteração.

Segundo o disposto no artigo 31 do Regulamento, as revistas continuam a ser processadas e julgadas em conformidade com as disposições da lei de 18 de setembro de 1828, do decreto de 20 de dezembro de 1830 e mais prescrições legais e regulamentares em vigor. No artigo 32 foi estabelecida a inadmissibilidade de recurso, ainda mesmo de revista, das sentenças proferidas em causas cujo valor couber na alçada do juiz que as houver proferido.

A forma do julgamento das revistas nas Relações foi mantida, posteriormente, sem alteração, pelo decreto nº 5.618, de 2 de maio de 1874, que aprovou o novo Regulamento daqueles tribunais.

6.1 Em cumprimento à autorização constante do § 14 do artigo 29, da lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, chamada Lei da Reforma Judiciária, o Governo incumbiu ao Conselheiro Antonio Joaquim Ribas, lente da Academia de Direito de São Paulo e jurisconsulto de renome, a organização do relevante trabalho de reunir e consolidar as leis do processo civil, esparsas em número considerável de diferentes diplomas legislativos e regulamentares.

A Consolidação das Leis do Processo Civil, elaborada por aquele jurisconsulto, foi aprovada pelo Poder Executivo pela Resolução de Consulta de 28 de dezembro de 1876.

Na Parte II, o Título V trata dos recursos. A revista é objeto do Capítulo IV, que está dividido em quatro secções, a saber: Secção I. «Disposições Preliminares», artigos 1.610 a 1.621; Secção II, «Do Processo da Revista na Relação recorrida», artigos 1.622 a 1.647; Secção III, «Do Processo da Revista no Supremo Tribunal de Justiça», artigos 1.648 a 1.656; Secção IV, «Do Processo da Revista na Relação revisora», artigos 1.657 a 1.666.

Os dispositivos consolidados, de forma sistemática, reproduzem com estrita fidelidade os textos das leis e regulamentos que, ao longo de quase meio século, vinham sendo promulgados para disciplinar o processo e julgamento daquele importante recurso.

O artigo 1.611 prescreve, como regra geral, que as revistas somente serão concedidas, nas causas cíveis, das sentenças proferidas em todos os juízos em última instância, quando se verificar um dos dois seguintes casos: manifesta nulidade, ou injustiça notória.

Os dois casos de manifesta nulidade, ou injustiça notória, segundo o disposto no artigo 1.613, só se julgarão verificados nos precisos termos da Carta de Lei de 3 de novembro de 1768.

Em sua essência e finalidade o recurso de revista permaneceu o mesmo, tal como foi herdado do Direito Lusitano. Sua natureza ju-

ridica, o processo e a forma de julgamento é que sofreram consideráveis modificações.

De recurso extraordinário de índole graciosa, que por suplicação se dirigia ao rei, transformou-se, no Brasil, em recurso ordinário de cunho legal a ser interposto para o Supremo Tribunal de Justiça.

O órgão de cúpula do Poder Judiciário do Império, ao contrário do rei português, decide tão somente da procedência, ou não, do recurso de revista, mas não procede à revisão do feito para novo julgamento do mérito, o que deverá ter lugar na Relação revisora para a qual for enviado o processo, quando a Revista tiver sido concedida pelo Supremo.

O sistema consagrado na Consolidação Ribas, de 1876, esteve em vigor, aplicando-se ao processo das causas cíveis, até a promulgação do decreto republicano nº 763, de 19 de setembro de 1890, que o revogou.

A partir do Decreto nº 763, de 1890, o processo das causas cíveis passou a ser regido pelas disposições do Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, que até então só se aplicavam às causas comerciais.

Operou-se na República a reunificação do sistema processual, que havia se bipartido, no Império, em processo civil e processo comercial.

7. No decurso do dilatado espaço de tempo (1828 a 1890), em que o recurso de revista foi o remédio específico para impugnação de sentença cível de última instância, para sua revogação nos restritos casos de manifesta nulidade, ou de injustiça notória, inexpressiva foi a contribuição dos autores brasileiros para a elaboração de uma doutrina nacional sobre o relevante tema processual, de vez que, seguindo a linha da escola exegética os trabalhos publicados nessa época tinham por escopo, apenas, a exposição metódica dos assuntos, com a interpretação literal dos textos legais, que eram invariavelmente reproduzidos no corpo da exposição sem qualquer comentário crítico, não demonstrando os autores a menor preocupação com os problemas teóricos que o assunto tratado pudesse ensejar no plano da doutrina, exceção feita a Carvalho Moreira e Pimenta Bueno.

Aos juristas da época, especialmente aos advogados militantes no foro, foi a maneira estabelecida na lei de 18 de setembro de 1828 para o julgamento do recurso de revista pelo Supremo Tribunal de Justiça, e, não a revista em si, pelos motivos de manifesta nulidade, ou injustiça notória, que mereceu críticas e ensejou a apresentação de propostas para sua reforma.

Ao comemorar-se, em sessão pública de 7 de setembro de 1847, o quarto aniversário da fundação do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, o advogado Francisco Ignácio de Carvalho Moreira, membro do seu Conselho Diretor, ofereceu à consideração do Sodalício a Memória intitulada «Do Supremo Tribunal de Justiça, sua

composição, organização e competência». (Rio de Janeiro, na Tipografia Nacional, 1848).

Nesse trabalho, o primeiro no gênero publicado no Brasil, o ilustre publicista — que já havia dedicado ao exame da «Constituição Política do Império do Brasil» um livro (Rio de Janeiro 1842), e, em 1846, uma Memória, «Da Revisão Geral e da Codificação das Leis Civis e do Processo», com que firmara sua reputação — submete a percuciente análise crítica o sistema da lei de 18 de setembro de 1828, a propósito da composição, da organização e da competência do Supremo Tribunal, apontando os defeitos que impedem a realização plena do fim para que foi criado. «Assim tem ele existido até hoje, não direi desnaturado, pois que a Constituição o criara supremo; mas de certo sem proveito real para a administração da justiça, não podendo obstar o mal que quer remediar, e incapaz de fazer o bem que reconhece e deseja». (p. 11)

Além da crítica à forma da organização do Tribunal e ao modo de recrutamento dos juizes para sua composição, «o ponto capital e realmente mais melindroso» da memória concerne à competência do Tribunal, «no tocante aos efeitos de suas decisões». (p. 10).

Com ampla e erudita argumentação, demonstrou o autor da Memória o desacerto e os inconvenientes do sistema em vigor, propugnando por uma reforma no sentido de as revistas serem julgadas, em caráter definitivo, pelo Supremo Tribunal e não pelas Relações revisoras, como então se dava.

Para a correção dos defeitos apontados, apresentou um Projeto de Lei, com trinta artigos, destinado a substituir a lei de 18 de setembro, propondo, entre outras coisas, a divisão do Supremo em três turmas, ou secções, de seis juizes cada uma, sendo duas secções civis e uma criminal.

Tendo dissertado na Memória sobre a conveniência de se alterar a designação dos casos de cabimento da revista, «por quanto todos os casos em que a sentença se pode considerar **notoriamente injusta** por ter algum dos vícios consignados nas Ordenações livro 3º tít. 75 e tít. 95, à que se refere o Alvará de 3 de novembro de 1768, §§ 2º e 3º, suscitado pelo art. 8 da resolução de 20 de dezembro de 1830, se resolvem em meras **nulidades**», pelo que «seria mais natural e positivo formar sempre a regra de competência do Tribunal pela idéia de nulidade, eliminando a de injustiça notória», propôs, então, que «a revista tivesse lugar nos dois casos, de nulidade do processo e de nulidade da sentença». (p. 28 e 29)

Em consonância, estabeleceu no Projeto de Lei:

«Art. 11. Cada uma das secções civis conhece em recurso de revista da nulidade do processo e da nulidade da sentença.

§ 1. É nulo o processo em que houver preterição de algum ato essencial, ou de fórmula para ele estabelecida por lei com pena de nulidade.

§ 2. É nula a sentença que julgar diretamente contra a disposição de qualquer lei do Império; ou em falta de lei expressa, contra princípios fundamentais de Direito; ou daquela e destes fizer aplicação manifestamente errada; ou que tiver algum defeito substancial, ou de que resulte nulidade na conformidade da Ord. liv. 3 tít. 75 e mais leis em vigor.»

«Art. 12. Cada uma das secções civis julga sempre definitivamente e suas sentenças são irrevogáveis.»

O Projeto não vingou. O sistema instituído na lei de 18 de setembro de 1828, para o julgamento do recurso de revista, foi mantido pela Consolidação Ribas e esteve em vigor até 1890, quando foi revogado pelo Decreto nº 763, do Governo Provisório da República.

8. Exemplo típico de livro nos moldes da escola exegética é o de José Maria Frederico de Souza Pinto, «Primeiras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro», publicado em 1850 e reeditado em 1874.

Tomando por modelo as «Primeiras Linhas» de Pereira e Sousa, o processualista brasileiro ordenou a exposição da matéria de maneira sistemática, agrupando em cada secção os dispositivos correspondentes, cujos enunciados vão reproduzidos nos textos dos respectivos parágrafos, no corpo da exposição, com a indicação nas notas de rodapé do diploma legal a que pertencem.

Destituído de merecimento como livro de doutrina, tendo sofrido acerba crítica de Teixeira de Freitas no Prólogo à edição brasileira das «Primeiras Linhas» do mestre lusitano, é de justiça reconhecer-se o grande mérito da prioridade na exposição metódica do sistema processual vigente no Brasil, particularmente quanto ao recurso de revista, com a coordenação dos diversos textos legais e regulamentares, de modo a propiciar seguro conhecimento do processamento daquele recurso à luz do direito positivo em vigor.

No Título VIII, que trata «dos Recursos», o Capítulo III é dedicado à Revista. O Capítulo está dividido em quatro secções: a preliminar, com disposições gerais, compreendendo os §§ 1.716 a 1.725; a Secção I, «Do Processado da revista na Relação recorrida», do § 1.726 ao § 1.750; a Secção II, «Da revista no Supremo Tribunal», de § 1.751 ao § 1.759; a Secção III, «Da revista na Relação revisora», do § 1.760 aos § 1.770.

Postos em confronto os dois trabalhos, o teórico de Souza Pinto, de cunho meramente expositivo, e o de natureza legislativa do Conselheiro Ribas, ressalta evidente que, na organização do capítulo referente à revista, Ribas tomou por modelo o sistema elaborado por Souza Pinto, com a ordenada divisão e distribuição da matéria.

No mesmo ano de 1850, mas com alguns meses de diferença, vem a público, no Rio de Janeiro, o livro de Alberto Antonio de Moraes Carvalho, «Praxe Forêense, ou Diretório Prático do Processo Civil

Brasileiro», redigido nos mesmos moldes do livro de Souza Pinto, pois, também como aquele, tivera por modelo as «Primeiras Linhas» de Pereira e Sousa, como se disse na Advertência dos Editores: «será Pereira e Sousa sim; mas com melhor método, menos longuras e sobretudo em trajas brasileiros». (p. III)

Semelhante quanto à forma expositiva, o livro de Moraes Carvalho apresenta melhor conteúdo teórico, uma vez que, nas notas de rodapé o Autor não se limita à indicação dos dispositivos legais e regulamentares, passando a expender sua própria opinião a propósito dos assuntos tratados no texto, muitas vezes de crítica à praxe observada no foro, ou à opinião de outros autores, o que lhe valeu maior acolhimento nos meios forenses.

A exposição sobre o recurso de revista não difere da elaborada por Souza Pinto. A mesma sistemática da divisão da matéria por secções e a mesma forma de enunciar em §§, no texto, os tópicos em que se desdobra o desenvolvimento do assunto, citando nas notas de rodapé os correspondentes artigos de lei ou regulamento.

No § 812, p. ex., consta a definição, «revista é um recurso ordinário interposto das decisões proferidas em última instância para o Supremo Tribunal de Justiça»; e, na nota 475 o Autor esclarece: «A definição que formulei é derivada da atual legislação, pois, considerando a Constituição, art. 158 e leis respectivas, as Relações como última instância, era indispensável conformar-se com essa idéia, bem que para mim seja contra-senso haver recurso da última instância ou denominar-se última aquela de que há recurso ... o meu dever porém é cingir-me ao direito constituído.»

Ao tratar das Relações revisoras que, pelo artigo 1º do Regulamento nº 9º,d e 1838, foram consideradas como substituídas plenamente às outras Relações que proferiram as sentenças que deram motivo ao recurso faz o seguinte comentário na nota 486, ao § 845: «Quem duvidará de que essas Relações formam uma terceira instância? E como combinar isto com o artigo 158 da Constituição? As leis da revista bem carecem de revisão.»

Afora as pequenas notas de crítica, revelando os pontos de vista do Autor, o livro não traz contribuição doutrinária para o estudo da revista, cuja exposição fica adstrita aos textos do direito positivo.

9. Os dois compêndios publicados em 1850, para uso dos estudantes das Academias de Direito do Recife e de São Paulo, não cuidam do recurso de revista. Ambos, os «Elementos de Teoria e Prática do Processo» de Lourenço Trigo de Loureiro e os «Elementos de Processo Civil» de José Arouche de Toledo Rendon, contêm a reprodução condensada das aulas sobre o processo civil ministradas nos respectivos cursos, no Recife e em São Paulo, mas não chegam a tratar da revista dos feitos.

Nem Pimenta Bueno, nos «Apontamentos sobre as formalidades do Processo Civil», pequeno grande livro publicado, também, em 1850, com que inaugura o estudo do processo civil à luz dos princípios e sob o enfoque do racionalismo crítico, superando os métodos tradicionais da escola da exegese ainda seguidos pelos processualistas brasileiros, nem ele, ao examinar e discutir os problemas relativos às nulidades da sentença, oferece uma visão conceitual diferente do recurso de revista. Como nos demais livros da época, os fundamentos da revista, herdados do Direito Lusitano e trasladados para a legislação do Império, são estudados como assunto consolidado em sua estrutura legal.

O grande mérito do livro de Pimenta Bueno, como veremos mais adiante, reside em ter posto em evidência e chamado a atenção dos juristas e advogados para a ação rescisória, como meio de ser argüida a nulidade da sentença, depois de ter transitado em julgado.

Publicado antes do Regulamento nº 737, que é de 25 de novembro de 1850, o livro de Pimenta Bueno antecipa no plano doutrinário a colocação dogmática da função da ação rescisória, e, sob certos aspectos, supera o legislador com as soluções que apresenta para as diferentes questões.

10. As «Primeiras Linhas» de Pereira e Sousa exerceram preponderante influência na formação dos processualistas brasileiros, quer através das edições originais, que eram amplamente difundidas nos meios jurídicos, quer por meio dos livros dos autores nacionais, que as tomaram por modelo.

Em 1879 Teixeira de Freitas publicou, no Rio de Janeiro, uma edição especial das «Primeiras Linhas», com grande número de notas de sua autoria no lugar das notas de Pereira e Sousa, atualizando o livro segundo a legislação brasileira e os escritos de nossos juristas, cujas opiniões são examinadas e criticadas incisivamente.

À face do direito positivo vigente em Portugal, Pereira e Sousa definira a revista como o recurso extraordinário que se interpõe das sentenças da maior alçada para o Príncipe (§ CCCLII), e que se divide em revista de Graça especial e especialíssima (§ CCCLIII).

Tendo em vista o estatuído nas leis brasileiras (Const. do Império art. 164 e Lei de 18 de setembro de 1828) Teixeira de Freitas substituiu a definição pela seguinte: «Revista (§ CCCV nº 4) é o recurso interposto de uma relação para outra designada pelo Supremo Tribunal de Justiça (§ CCCLI).»

A definição é inadequada uma vez que a revista é o recurso interposto de uma Relação para o Supremo Tribunal de Justiça, e não para outra Relação.

Na nota 612, criticando Moraes Carvalho que conceituara a revista como recurso ordinário, Teixeira de Freitas assinala enfaticamente: «A revista não é **recurso ordinário** (outro erro da Praxe Forêense de

Moraes Carvalho). Continua a ser, como antigamente, um **Recurso Extraordinário**... É Recurso Extraordinário porque só concede-se nos dois casos extraordinários de **manifesta nulidade** ou **injustiça notória**, como reza o art. 6º da lei de 18 de setembro de 1828.»

Segundo esse entendimento a natureza do recurso é determinada em razão dos casos que constituem seu objeto.

Pimenta Bueno, anteriormente, já considerara a revista como recurso extraordinário, mas por outro motivo. Na análise da Constituição do Império, indicando as condições para poder ser interposto o recurso de revista escreveu: «Que a causa seja julgada ou a sentença proferida em última instância, e com razão, porquanto, se não é proferida em última instância, se ainda há recursos ordinários, então a questão não está definitivamente terminada, ainda restam esses meios de que pode lançar mão. O contrário seria preterir os meios graduais e regulares para ir invocar prematuramente o remédio extremo, pois que a revista é a última razão judicial.»

A condição de remédio extremo, ou de última razão judicial, invocada por Pimenta Bueno, entretanto, não basta para caracterizar a natureza jurídica da revista como recurso extraordinário.

O traço específico, no direito lusitano, que atribuía à revista o caráter de um recurso extraordinário, em confronto com os recursos ordinários, era sua índole graciosa, de súplica que ficava na dependência da graça do rei.

O sistema instituído na Constituição do Império e na lei que criou o Supremo Tribunal de Justiça foi outro, atribuindo à revista a condição de recurso jurídico de base legal.

Ocorreu a substituição da graça do rei pelo poder da lei.

Por isso, Souza Pinto escreveu acertadamente: «A revista, que outrora era um recurso extraordinário, que se interpunha das sentenças da maior alçada para o príncipe, é hoje entre nós, por disposição do nosso Código fundamental do Império, um recurso ordinário, que para o Supremo Tribunal de Justiça se interpõe das sentenças proferidas na segunda instância». (§ 1716)

E Moraes Carvalho esclareceu, na nota 475: «Em outro tempo a revista era um recurso extraordinário de graça especial ou especialíssima; hoje porém, depois da determinação da Constituição, art. 161, § 1, e leis regulamentares ficou convertida em recurso ordinário».

Das lições dos dois maiores e mais acatados professores de processo civil da época, infere-se que a doutrina não era pacífica a respeito.

No «Compêndio de Teoria e Prática», publicado no Recife em 1855, Paula Baptista define: «Revista é o recurso extraordinário que se interpõem das sentenças proferidas em última instância para o

tribunal supremo». (§ 241). A definição foi mantida nas edições posteriores.

Ao contrário do mestre do Recife, o provector Barão de Ramalho não conceitua a revista como recurso extraordinário.

Na «Prática Civil e Comercial», publicada em São Paulo em 1861, apresenta o seguinte conceito: «Revista é o Recurso que a lei permite para o Supremo Tribunal de Justiça das sentenças proferidas em última Instância, quando o valor da causa excede a alçada dos Julgadores, nos casos de injustiça notória, ou nulidade manifesta». (p. 252, § 1). O conceito é reproduzido, sem modificação, na «Praxe Brasileira», publicada em São Paulo em 1869 (p. 597, § 357).

O mestre não se referiu à natureza do recurso. É lícito admitir-se, então, que considerava a revista como um recurso ordinário.

Se a revista fosse um recurso extraordinário, de natureza jurídica diferente dos demais recursos previstos nas leis vigentes no País, o abalizado professor, escrupuloso como era, teria apontado a distinção quando enumerou as espécies de recursos. («Prática», p. 237, § 1 e «Praxe», p. 519, § 318).

Seu silêncio pode ser interpretado como aceitação tácita do entendimento professado por Souza Pinto e Moraes Carvalho.

Todavia, em razão da autoridade que gozavam as opiniões de Pimenta Bueno e Teixeira de Freitas, a revista terminou por ser considerada como um recurso extraordinário pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, no último decênio do Império, com reflexos, posteriormente, no direito republicano.

Extraordinário, porém, não por sua índole, mas por ser interposto depois de esgotados os recursos ordinários.

11. Em decorrência da implantação do regime federativo no País, com a proclamação da república, o Governo Provisório baixou o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, de autoria do Ministro da Justiça, Campos Salles, criando a Justiça Federal, que tem como órgão de cúpula o Supremo Tribunal Federal.

No artigo 9º, § único, foi estabelecido que haverá **recurso** para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos Tribunais e Juizes dos Estados, nos casos indicados nas letras a, b, c do dispositivo.

Seguindo o exemplo argentino, Campos Salles traduziu e adaptou algumas normas do «Judiciary Act», norte-americano, de 24 de setembro de 1789, entre as quais a que estabelece a competência da Corte Suprema para rever, mediante o recurso denominado «Writ of error», as sentenças finais da justiça dos Estados-membros, nos casos que especifica.

O texto do § único do art. 9º, do Decreto nº 848, sem qualquer originalidade, é pura adaptação do dispositivo correspondente do «Judiciary Act».

O Decreto, porém, não deu ao recurso um nome próprio.

Como recurso inominado, também, a ele vai referir-se a Constituição Federal de 1891: artigo 59, § 1º, «Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá **recurso** para o Supremo Tribunal Federal» etc.

Foi o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 8 de agosto de 1891, que o denominou «recurso extraordinário», no título do Capítulo VII.

O Decreto nº 3084, de novembro de 1898, que consolidou as leis referentes à Justiça Federal, manteve a denominação de recurso extraordinário, que se firmou e generalizou, não, porém, sem a crítica e oposição de alguns juristas.

João Mendes Júnior, com o rigor e precisão próprios do filósofo do direito processual asseverou: «Todo o recurso, desde que possa ser interposto, processado e decidido, entre agentes e por agentes de um poder da mesma natureza, é um remédio **ordinário**, quaisquer que sejam as restrições relativas aos **casos**, ao **modo**, à **forma** e aos **efeitos**. Recurso extraordinário é atualmente o recurso de **graça** e mais nenhum.» («Direito Judiciário Brasileiro», 2ª ed., Rio de Janeiro, 1918, p. 513).

Por isso, sugeriu que ao recurso fosse dado o nome de «revisão cível», a exemplo do Código do Processo Alemão, pois o nome exprime perfeitamente a idéia deste recurso, em toda a sua extensão e compreensão (p. 515). Coerente com sua doutrina, o mestre reiterava o entendimento que havia exposto e sustentado em suas aulas. (cf. «Programa do Curso de Direito Judiciário», por João Mendes de Almeida Júnior, S.P., 1910, p. 309 e segs).

João Monteiro entendia mais acertado chamá-lo de «revista», pois sustentava ser a revista o único recurso que cabe de sentença de última instância, embora negasse ao recurso republicano qualquer afinidade com a antiga revista do tempo do Império. Assim, formulou esta definição: «Revista é o recurso interposto para o Supremo Tribunal Federal das sentenças das justiças dos Estados em última instância, nos casos expressos na Constituição e leis orgânicas da justiça federal», — § 231. («Teoria do Processo Civil e Comercial, 5ª ed., S.P., 1936, p. 710).

Em tese de concurso apresentada à Faculdade Livre de Direito de Belo Horizonte, em 1918, Edgard Franzen de Lima criticou a denominação e sustentou que, sob o ponto de vista da doutrina, o recurso chamado de **extraordinário**, «é uma adaptação liberal, uma **republicanização** dignificadora, da velha instituição da «Revista», sobrada com o regime monárquico decaído, havendo entre esta e

aquele algumas diferenças, como adiante veremos, e que bem justificam o emprego da palavra **republicanização** de que nos servimos». («Do Direito Judiciário e do Poder Judiciário, e O Recurso Extraordinário na doutrina e na jurisprudência», Belo Horizonte, Tip. Athene, 1918, p. 117).

A denominação recurso extraordinário, introduzida pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e adotada nas leis ordinárias posteriores, ganhou foros na doutrina e na jurisprudência, e acabou sendo consagrada na Constituição de 1934 e em todas as demais, de 1937, 1946 e 1967.

Segundo Pedro Lessa, justifica-se a denominação, «porquanto revela bem a principal diferença entre este recurso, que se interpõe de uma justiça para a outra e em casos especiais e muito limitados, e os recursos ordinários de que na mesma justiça, e num grande número de casos, se utilizam os litigantes para o fim de obter a reforma das decisões da instância inferior pela superior.» («Do Poder Judiciário», Rio de Janeiro, 1915, p. 103).

Na realidade, o emprego da denominação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi, apenas, uma reminiscência do antigo recurso de revista, que terminara por ser considerado um recurso extraordinário pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça do Império.

12. A lei de 18 de setembro de 1828, que criou o Supremo Tribunal de Justiça, estabelecia no artigo 6º, que a concessão do recurso de revista era limitada aos casos de manifesta nulidade, ou injustiça notória, nas sentenças proferidas em todos os Juízos em última instância, e, por sua vez, o artigo 8º, do Decreto de 20 de dezembro de 1830, prescrevia que os dois casos de manifesta nulidade, ou injustiça notória, só se julgarão verificados nos precisos termos da Carta de Lei de 3 de novembro de 1768, §§ 2º e 3º.

Era a consagração da continuidade do sistema herdado da antiga metrópole, na legislação do País que ensaiava os primeiros passos independentes.

Os dois casos de manifesta nulidade, ou injustiça notória, previstos nos §§ 2º e 3º, da Carta de Lei de D. José, eram reconhecidamente genéricos: **verbis**

«II. E para que em um ponto de tanta importância, que dele depende a tranqüilidade pública dos Meus Vassallos, hajam certas, e infalíveis regras, que qualifiquem, e fixem as sobreditas manifesta nulidade, e notória injustiça que hão de servir de fundamento aos Recursos revisórios: Mando que estas somente se possam julgar tais nos casos literalmente expressos nos dous Preâmbulos das ditas Ordenações do Livro terceiro, Título setenta e cinco, e Título noventa e cinco, concordando-se ambos os sobreditos Preâmbulos para o dito efeito:

E reduzindo-se aos casos neles expressos o parágrafo primeiro do referido Título noventa e cinco nas palavras: E sendo ambos conforme em parecer, que a Sentença não foi justamente dada; e aos parágrafos trinta e dois, e trinta e cinco do Regimento do Desembargo do Paço nas outras palavras, que até agora se tomaram por pretexto para as sobreditas concessões abusivas; e isto sem interpretação, ou modificação alguma qualquer que ela seja.»

«III. E porque sobre os termos, em que as Sentenças se devem julgar notoriamente injustas pelo princípio de serem proferidas contra Direito expresso, há também diversas opiniões, que tem constituído perplexidade no direito das partes e contrariedade nas decisões das Revistas: Determino que o Direito expresso, de que se trata nas referidas Leis, deve ser o Direito Pátrio de Meus Reinos, e não as Leis Imperiais, ou Direito Civil, de que resultaria a mesma perplexidade do domínio, e incerteza do direito das partes, que é da Minha Paternal Intenção evitar quanto possível for: E isto, não obstante a outra Ordenação do Livro terceiro, Título sessenta e quatro.»

Impunha-se, então, aos advogados brasileiros, a ingente tarefa de enquadrar em algum desses dois gêneros os casos ocorrentes na prática, para possibilitar a interposição do recurso.

Tarefa nada fácil, que os advogados procuravam cumprir, caso por caso, nem sempre com adequação.

Em que hipóteses se verificava a manifesta nulidade, ou a injustiça notória da sentença?

Não ocorrera aos processualistas brasileiros, que haviam tratado do recurso de revista em seus livros, a lembrança de organizar um repertório sistemático das hipóteses possíveis, nem ao menos de relacionar os casos já decididos na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça e das Relações revisoras.

A realização desse empreendimento, tão valioso como útil, foi fruto do fecundo labor do publicista máximo do Império, que era, também, um processualista exímio.

Ao tratar da revista, como principal atribuição do Supremo Tribunal de Justiça, Pimenta Bueno elaborou a relação «dos únicos casos que autorizam o provimento da revista», separando-os em dois grupos que dizem respeito à nulidade do processo, e nulidade do julgado, respectivamente, segundo o seguinte critério: (**Verbis**)

«Em análise rigorosa, há só um caso que pode fundamentar a concessão da revista, e é o da violação da lei e conseqüente nulidade do ato; como porém a lei pode ser violada, ou em relação ao processo, ou em relação ao julgado, costuma dizer-se que há dois casos, e que são os de nulidade do processo e de nulidade do julgado.»

«É isto mesmo o que diz a Lei de 18 de setembro de 1828 em seu art. 6º, expressando-se pelas palavras **nulidade manifesta**, que se

refere ao processo, e **injustiça notória**, que se refere à violação da tese da lei no julgado, como depois demonstraremos.» («Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império», Rio de Janeiro, 1857, 2ª parte, nº 498).

A seguir, como rigoroso método analítico, passa à exposição da violação da lei em relação ao processo e sua conseqüente nulidade, demonstrando que a nulidade do processo pode ocorrer: por incompetência ou defeitos de poder do juiz ou tribunal; por ilegitimidade das partes ou sua incapacidade para estar em juízo; por preterição de algum ato substancial ou da ordem essencial do juízo, ou de fórmula exigida pela lei; por nulidade quanto ao ato da sentença considerada como ato do processo.

A nulidade do processo por incompetência ou defeitos de poder do juiz ou tribunal se verifica nas seguintes hipóteses: 1 incompetência; 2 falta de jurisdição; 3 excesso de poder; 4 decisões tomadas por número ilegal de juizes; 5 determinação estabelecida contra a maioria dos votos; 6 nulidade dos atos praticados em férias; 7 suspensão.

A nulidade do processo por ilegitimidade das partes, ou sua incapacidade para estar em juízo, pode ocorrer: 1 ilegitimidade da pessoa do autor; 2 ilegitimidade da pessoa do réu; 3 ilegitimidade ou nulidade das procurações; 4 falta de habilitação.

Nulidade do processo por preterição de algum ato substancial, ou da ordem essencial do juízo, ou de fórmula exigida pela lei, acontece nas hipóteses de: 1 falta de prévia diligência de conciliação; 2 falta de citação inicial do réu, sua mulher e outros interessados nos termos da lei; 3 inobservância da ordem essencial do juízo; 4 denegação dos meios, ou diligências necessárias para a ação ou defesa; 5 preterição de alguma outra forma exigida pela lei como essencial.

A nulidade do processo quanto à sentença, considerada como ato do processo, verifica-se «por preterição de fórmulas ou condições especiais que a lei tem estatuído, especialmente para o ato dela, para autenticá-la ou solenizá-la, como requisitos externos e independentes do julgado, do que é intrínseco a este, enfim como uma questão prejudicial», e que são as seguintes: 1 nulidade da sentença não escrita, não datada, ou não assinada pelo juiz; 2 nulidade da sentença não fundamentada; 3 nulidade da sentença não publicada ou intimada; 4 nulidade da sentença prematura ou extemporânea; 5 nulidade da sentença obscura; 6 nulidade da sentença incerta; 7 nulidade da sentença condicional; 8 nulidade da sentença alternativa; 9 nulidade da sentença dissonante do libelo, extra, ultra ou citra petita; 10 nulidade da sentença de impossível execução; 11 nulidade da sentença contraditória em suas disposições; 12 nulidade da sentença proferida contra outra sentença passada em julgado; 13 nulidade da sentença dada por dolo, prevaricação ou coação; 14 nulidade da sentença dada por falsa causa; 15 nulidade da sentença dada por falsa prova; 16 nulidade da

sentença prejudicada por documentos preexistentes, mas descobertos posteriormente.

Quanto às nulidades enumeradas, que podem viciar uma sentença considerada como ato do processo, observou Pimenta Bueno que «nem todas elas são objeto de revista, pois que isso depende das condições legais de que se apresentarem revestidas, e porventura da disposição da lei, que estabelece para algumas o outro recurso da ação rescisória.»

E, quanto ao julgamento de todos esses casos, observou que «o Supremo Tribunal para anular o processo em todo ou parte, para conceder ou denegar a revista, não tem de examinar o fundo do julgado, o seu merecimento, a tese do direito em si mesma, e sim a questão prejudicial do vício dos atos do processo ou do ato da sentença, para que seja desde esse ponto retificado. É pois um exame e questão diversa da que oferece o exame do merecimento intrínseco do julgado, ou sua conformidade com a tese da lei.»

Para cada uma das hipóteses enumeradas de nulidade do processo, o Autor apresentou uma sucinta justificação, lembrando que «em nossos Apontamentos sobre as formalidades do processo civil, desenvolvemos extensamente cada uma dessas nulidades, que aqui apenas indicamos.»

Finalmente, quanto à violação da lei em relação ao julgado, e conseqüente nulidade, esclareceu que «pode um processo ser em todos os seus termos perfeitamente legal, e a sentença como ato complementar dele não ter vício algum externo, não incorrer como tal em cominação alguma da lei; e no entretanto violar a lei quanto à decisão que estabelece, ordenando o contrário do que ela ordena, ou infringindo-a por outro modo positivo, e com ela os direitos e propriedades, que o legislador garantia no interesse da sociedade e de seus membros.»

A violação da lei no julgado pode verificar-se pelas seguintes formas, que o Autor enumerou, e fundamentou resumidamente, «ou só quanto baste, como disse, para auxiliar o estudo do direito público»: Violação do direito expresso, ou do texto formal da lei; violação da lei por aplicação ou interpretação dela manifestamente errada; violação do preceito formal da lei por omissão ou alguma outra contravenção positiva; violação dos princípios ou preceitos fundamentais do direito, ou aplicação deles manifestamente errada.»

Na fundamentação apresentada para as hipóteses de nulidade da sentença por violação da lei no julgado, Pimenta Bueno desenvolveu incisiva argumentação em prol da intangibilidade da lei, uma vez que «os tribunais são criados para defender e aplicar os preceitos da lei, para observá-la religiosamente e não para desobedecê-la e erigir sua vontade em norma superior a ela.»

O elenco dos casos coligidos, minucioso e abrangente, não era exaustivo, pois a prática diuturna do direito nos tribunais podia,

obviamente, ensejar novas hipóteses não previstas pela especulação do jurista.

A lição de Pimenta Bueno, contudo, durante o Império, foi roteiro seguro e guia insuperável dos advogados, e valeu aos tribunais como orientação para decidir do cabimento dos recursos de revista, como atestam as revistas de jurisprudência da época.

A conceituação elaborada por Pimenta Bueno a respeito da violação da lei como fundamento único do recurso de revista — que, na prática, podia ocorrer ou como violação da lei em relação ao processo, ou como violação da lei em relação ao julgado, e, que correspondia às expressões **nulidade manifesta** e **injustiça notória**, a primeira dizendo respeito ao processo e a segunda ao julgado — era, na verdade, uma nova e autorizada manifestação em favor da tese sustentada, dez anos antes, por Carvalho Moreira, de que todos os casos em que se pode considerar a sentença **notoriamente injusta** se resolvem em meras nulidades, pelo que, a revista devia ter lugar nos dois casos, de nulidade do processo e nulidade da sentença.

Com semelhante entendimento os dois juristas assinalaram o fulcro principal da diferença entre o recurso de revista brasileiro e seu ancestral lusitano, quanto à respectiva função processual.

Pena é que não tivessem tirado todas as conseqüências da diferença que anteviram, para possibilitar o delineamento, a partir dela, de uma doutrina brasileira do recurso de revista, que o pensamento jurídico dos processualistas do Império não chegou a elaborar.

TRABALHO DE ALUNO

Umunidades Diplomáticas

Paulo Borba Casella

Aluno do Curso de Pós-Graduação

O estudo das imunidades diplomáticas é tarefa sobremodo difícil. Trata-se de tema vasto e complexo, intrincado de usos e costumes regionais, erigido de sutilezas e dados de conveniência política. Extensamente estudado de longa data, o próprio volume de informações acumulado tem o dom de, em lugar de facilitar, antes fazer parecer temerária a empresa.

Assim, o enfoque da questão deve privilegiar a concentração da abordagem. Esgotar o tema é impossibilidade material. Aventar respostas definitivas para numerosos pontos controvertidos é temeridade. A simplicidade, neste campo, não é uma virtude: é uma imposição.

A questão das imunidades é tema capital do direito e da vida diplomática, na medida em que define e delimita o escopo de atuação dos órgãos de representação interestatais: a definição das imunidades e privilégios diplomáticos, de seus beneficiários, e de suas modalidades de exercício é que vai fornecer os lineamentos da atuação diplomática.

O ponto básico para exame da questão deve, necessariamente, recair sobre a **Convenção de Viena sobre relações diplomáticas**, de 1961, texto de direito positivo internacional, e, além de simples indicativo de eficácia jurídica, fruto de longo e metucioso estudo, resultado significativo alcançado após décadas de encontros internacionais, e tentativas de codificação na matéria.

A reflexão em torno dos dispositivos contidos no texto da convenção sobre o assunto comporta igualmente o exame dos trabalhos preparatórios que culminaram no documento resultante da Conferência de Viena, bem como a indispensável retomada de conceitos fundamentais expendidos pela doutrina.

Tal proposta não decorre de mero pendor de erudição, o mais das vezes tanto estéril quanto cansativo, mas é imperativo decorrente da mais estrita necessidade, na medida em que, como percucientemente adverte o Prof. Hildebrando ACCIOLY, a análise de qualquer texto de acordo ou convenção internacional, traz como requisito, para sua

efetiva compreensão, o acompanhamento de seus trabalhos preparatórios, uma vez que o texto final, freqüentemente, encerra tão-somente sucintos indicativos das intenções e da extensão do conteúdo desejada pelas partes que celebram o acordo ou convenção.

Vale lembrar a sucinta e ampla colocação do Prof. Haroldo VALLADÃO (in **Direito Internacional Privado**, Vol. III, p. 145) caracterizando a **imunidade internacional de jurisdição** como «isenção, para certas pessoas, da jurisdição civil, penal, administrativa, por força de normas jurídicas internacionais, originalmente costumeiras, ultimamente convencionais».

A problemática das imunidades fica assim delienada em seus pontos básicos: (a) a **imunidade**, colocada em termos jurídicos, como isenção de jurisdição, (b) **sua extensão**, abrangendo o campo civil, penal e administrativo, e (c) **sua regulamentação**: por força de normas jurídicas internacionais, antes costumeiras, atualmente convencionais.

Assim esboçada a questão, passa-se ao enfoque de seu tratamento na Convenção de Viena de 1961.

A questão das imunidades é regulada pelo artigo 31 da Convenção de Viena. Segundo o Emb. Geraldo Eulálio do NASCIMENTO E SILVA (in **A imunidade de jurisdição na Convenção de Viena sobre relações diplomáticas**, 1964), o artigo 31, sob certos aspectos, representa o dispositivo mais importante do texto convencional. Vale a pena cingir preponderantemente a análise da questão ao conteúdo do referido artigo:

§ 1º O agente diplomático gozará da imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa, a não ser que se trate de:

a) uma ação real sobre imóvel privado situado no território do Estado, salvo se o agente diplomático o possuir por conta do Estado acreditante para os fins da Missão;

b) uma ação sucessória na qual o agente diplomático figure, a título privado e não em nome do Estado, como executor testamentário, administrador, herdeiro ou legatário;

c) uma ação referente a qualquer profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo agente diplomático no Estado acreditado fora de suas funções oficiais.

§ 2º O agente diplomático não é obrigado a prestar depoimento como testemunha.

§ 3º O agente diplomático não está sujeito a nenhuma medida de execução, a não ser nos casos previstos nas

alíneas c), b) e a) do § 1º deste artigo e desde que execução possa realizar-se sem afetar a inviolabilidade de sua pessoa ou residência.

§ 4º A imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante.

É oportuno lembrar que o termo **imunidade** é empregado pela Convenção no sentido mais generalizado, para designar situações em que intervem o Poder Judiciário, e, nas quais vinga a regra de não sujeição do agente diplomático às leis e tribunais locais.

Muito embora se possa discutir a conveniência de ver conferida tal abrangência ao vocábulo, esta tem sua razão de ser, na medida em que uniformiza e torna mais seguro o entendimento do termo, inserindo-o na regulamentação trazida pelo texto convencional.

O artigo 31 da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas abrange todos os casos de **imunidade jurisdicional**.

Resultante do princípio da **inviolabilidade pessoal do diplomata** constata-se o **caráter absoluto da imunidade jurisdicional em matéria penal**. Vale, contudo, frisar que a imunidade de jurisdição penal do agente diplomático não tem como objetivo considerá-lo impunível. Esse desiderato fica patenteado e resguardado pela letra do parágrafo 4º do artigo 31: a imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante. O agente diplomático deverá responder perante os tribunais do Estado acreditante por atos de natureza criminosa praticados no Exterior.

Por seu turno, em **matéria civil**, a imunidade do agente diplomático não é absoluta. O Emb. NASCIMENTO E SILVA ressalta a necessidade de orientação cautelosa das codificações de Direito Internacional, lembrando que a Convenção de Viena veio tratar de problema complexo, tendo alcançado soluções adequadas, prevendo acertadamente as exceções à imunidade em matéria civil e/ou administrativa, reguladas pelas alíneas «a», «b» e «c» do parágrafo primeiro do artigo 31 da Convenção.

As exceções à imunidade civil e administrativa do agente diplomático, colocadas pelas alíneas do parágrafo 1º do artigo 31 são facilmente compreensíveis quanto à sua existência e justificáveis quanto à sua extensão. A posição do diplomata decorre da necessidade de assegurar ao representante do Estado acreditante as prerrogativas indispensáveis ao exercício de suas funções, mas, por outro lado, é necessário poder contar com instrumentos que evitem abusos.

As três alíneas prevêm hipóteses onde se faz presente a ação do agente diplomático na sua qualidade de particular, de indivíduo não revestido pelo exercício de sua missão oficial, excetuando expressamente sua atuação enquanto representante do Estado.

Não cabe aqui traçar paralelo com as imunidades consulares, e a colocação da aplicabilidade ou não da imunidade em face da distinção entre atos praticados no exercício das funções consulares ou atos particulares (como regulada pela Convenção de Viena sobre relações consulares de 1963, artigo 43), uma vez que a questão é regulada diversamente em se tratando de agentes diplomáticos.

Assim, a alínea «a» regula a hipótese de ação real sobre imóvel privado situado no território do Estado acreditado, ressalvando, contudo, a possibilidade de ser essa titularidade privada simplesmente nominal, como no caso de países onde Estado estrangeiro não possa adquirir bens imóveis, sendo portanto necessário que pessoa física seja o titular (nominal) do bem. Nestes casos, não há que se cogitar de exceção à imunidade jurisdicional, uma vez que estaria envolvido o interesse do próprio Estado acreditante.

A alínea «b» regula a hipótese de ação sucessória na qual o agente diplomático figure a título privado, e não em nome do Estado, seja como executor testamentário, administrador, herdeiro ou legatário. Em se tratando de interesse particular do agente diplomático, não haveria motivo para privar o foro do Estado acreditado da possibilidade de exercer sua jurisdição. Também aqui fica totalmente, excluída limitação da imunidade jurisdicional em se tratando de ato praticado pelo agente diplomático na sua qualidade de representante do Estado acreditante.

Finalmente, a alínea «c» do parágrafo primeiro do artigo 31 exclui a possibilidade de vir o agente diplomático beneficiar-se de imunidade de jurisdição em caso de ação referente a qualquer profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo agente diplomático no Estado acreditado, fora de suas funções oficiais. O exercício de profissão liberal ou atividade comercial é incompatível com a posição oficial do agente diplomático. Por esse motivo não haveria que se cogitar excluir do alcance dos tribunais do Estado acreditado a possibilidade de processar e julgar questão envolvendo tal matéria. A proteção da imunidade jurisdicional não pode ser invocada para resguardar agente diplomático que transgrida seus deveres oficiais internacionais.

O parágrafo segundo do artigo 31 da Convenção prevê, para o agente diplomático, a não obrigatoriedade da prestação de depoimento na qualidade de testemunha. Mas, muito embora não se possa compelir um agente diplomático a prestar depoimento em Juízo, é razoável a expectativa de que este se prontifique a colaborar com as autoridades locais, visando ao bom desempenho da Justiça.

A renúncia à imunidade diplomática é possibilidade regulada por mecanismo próprio, configurada no artigo 32 da Convenção, aplicável a casos em que a colaboração do agente diplomático seja indispensável para o deslinde de controvérsia judicial específica.

Poder-se-ia colocar como aspiração ideal a pautar a conduta dos agentes diplomáticos, a disponibilidade para colaborar com os tribunais do Estado acreditado, sempre que tal colaboração não acarrete prejuízo para o eficaz desempenho das funções oficiais do agente diplomático.

O parágrafo terceiro do artigo 31 da Convenção prevê a não sujeição do agente diplomático a medidas de execução promovidas pelo Estado acreditado, excetuadas as previsões contidas nas alíneas «a», «b» e «c» do parágrafo primeiro do artigo 31, e necessariamente «desde que a execução possa realizar-se sem afetar a inviolabilidade de sua pessoa ou residência».

O parágrafo terceiro é decorrência lógica do parágrafo primeiro do artigo 31. O agente diplomático não está sujeito à jurisdição civil e administrativa do Estado acreditado e não pode estar sujeito a medidas de execução ditadas pelos respectivos tribunais. Contudo, como visto, a regra de não sujeição às medidas executórias sofre as exceções previstas nas alíneas do parágrafo primeiro.

O parágrafo quarto do artigo 31, já mencionado, estipulando que «a imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante», consagra regra importante e indispensável à boa administração da justiça, uma vez que visa a responsabilizar o agente diplomático por violações da lei penal, ou indica à parte contrária um tribunal competente perante o qual uma ação civil ou administrativa pode ser movida contra o mesmo. Porque, em suma, em matéria penal, a imunidade não quer dizer impunidade e, em questões civis, não implica em irresponsabilidade (G. E. do NASCIMENTO E SILVA).

A legislação brasileira regula a matéria das imunidades não somente prevendo a competência de seus tribunais nas ações movidas contra diplomata brasileiro que desfruta de imunidade jurisdicional no Estado acreditado, bem como também fixa o juízo competente para o processo e julgamento da questão. Em matéria civil a questão é regulada pelo Código Civil (Lei 3071, de 01-01-1916), no seu artigo 41 (conforme redação dada pelo Decreto 3725, de 15-01-1919), dispondo que «o ministro ou agente diplomático do Brasil, citado no estrangeiro, alegar extraterritorialidade, sem designar, onde tem, no país, o seu domicílio, poderá ser demandado no Distrito Federal, ou no último ponto do território brasileiro onde o teve». Por outro lado, em matéria penal, aplicam-se as normas do Código Penal (Decreto-lei 2848, de 07-12-1940), artigo 5º, inciso II, alínea «a», que prevê a sujeição à lei brasileira dos crimes praticados por brasileiro, não obstante o fato de terem sido cometidos no estrangeiro. Complementarmente, nesta mesma esfera especificamente o artigo 86, inciso III, que prevê «a competência privativa do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e de responsabilidade» e, para os demais casos, o artigo 88 da mesma lei adjetiva penal, que dispõe: «no processo por crimes

praticados fora do território brasileiro, será competente o juízo da capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da capital da República».

A abordagem da questão dos privilégios e imunidades diplomáticos está indissociavelmente ligada à determinação dos beneficiários dos privilégios e imunidades. Este foi um problema delicado, com o qual teve de se defrontar a Conferência de Viena.

Não existe qualquer dúvida com relação à prerrogativa de gozo das imunidades e privilégios diplomáticos por parte dos **agentes diplomáticos**. Os membros do pessoal diplomático da Missão gozam dos privilégios e imunidades reconhecidos ao chefe da Missão.

Com relação à **família** do diplomata, igualmente existiu acordo de que deveriam se beneficiar das prerrogativas, mas, como lembra G. E. do NASCIMENTO E SILVA, «não foi possível chegar-se a um denominador comum no tocante às pessoas que deveriam ser consideradas como membros da família dos diplomatas, afora a esposa e os filhos menores».

Grande dificuldade surgiu na caracterização da condição jurídica do **pessoal administrativo e técnico** da Missão, conforme regula a matéria o parágrafo segundo do artigo 37 da Convenção. A Conferência de Viena acabou por não acolher a equiparação do pessoal administrativo e técnico ao pessoal diplomático.

O artigo 37, nos seus dispositivos, regulou a difícil questão da caracterização e da delimitação do **status** das diferentes categorias que integram o viver diário das Missões diplomáticas, e situando, no interior desse universo, (a) os membros da família do agente diplomático (parágrafo 1º), (b) os membros do pessoal administrativo e técnico da Missão (parágrafo 2º), (c) os membros do pessoal de serviço da Missão (parágrafo 3º) e (d) os criados particulares dos membros da Missão. Comenta G. E. do NASCIMENTO E SILVA:

«O artigo 37 como finalmente adotado é importante passo na evolução do direito internacional, e representa o fruto de um metuculo e exaustivo estudo, não só da Comissão de Direito Internacional e da Conferência de Viena, senão também de todos os governos que tiveram ensejo de manifestarem-se a respeito do esboço de 1957. Com o artigo 37, conseguiu-se fixar em quatro parágrafos as quatro categorias de pessoas às quais as prerrogativas diplomáticas se estendem, estabelecendo, em ordem decrescente, para cada uma, de conformidade com a sua posição dentro da Missão diplomática, as prerrogativas a que têm direito».

Indispensável, finalmente, considerar a possibilidade de **renúncia** à imunidade, bem como as modalidades de sua efetivação. A Convenção de Viena separa nitidamente as exceções específicas à imunidade jurisdicional (artigo 31), das imunidades genéricas, dentre as

quais a mais importante é a da renúncia, pelo Estado acreditante, à imunidade gozada por seu agente diplomático (artigo 32).

A possibilidade de renúncia à imunidade de jurisdição somente se efetiva mediante **renúncia expressa** (conforme artigo 32, parágrafo 2º) feita pelo Estado acreditante. A prerrogativa de renúncia à imunidade não compete ao indivíduo, mas ao Estado em nome, e na representação do qual atua o agente.

Fica, ademais, ressaltados que a renúncia à imunidade de jurisdição, de acordo com o artigo 32, não dispensa a necessidade de nova renúncia, no tocante à execução da sentença.

Em matéria de imunidades diplomáticas, o conceito fundamental é oferecido pela própria Convenção. A finalidade das imunidades não é beneficiar indivíduos, mas garantir o eficaz desempenho das funções das missões diplomáticas, em seu caráter de representante dos Estados. A prerrogativa das imunidades só é atribuída aos agentes diplomáticos tendo em vista assegurar-lhes a liberdade de ação no desempenho de seu mister profissional. A adequada colocação do tema traz à luz o ideal sempre presente da manutenção e desenvolvimento do bom relacionamento entre os povos.

DISCURSOS E CONFERÊNCIAS

O Estatuto do Filho Adulterino no Direito Francês

Prof. François Chabas

Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo — Palestra proferida no dia 31-05-1986
na FADUSP

O filho adulterino passou, no Direito Francês, de uma condição de quase inexistência jurídica à uma situação semelhante à condição do filho natural, ou seja, a do filho ilegítimo simples, o que significa, portanto, uma situação próxima a outorgada ao filho legítimo.

Para chegar a esta situação foi necessária uma longa e complexa evolução.

Em 1804, data do Código Napoleônico, o filho incestuoso e o filho adulterino quase não existiam no direito.

A filiação podia ser estabelecida somente de modo indireto, através de uma ação negatória de paternidade intentada pelo marido da mãe. O reconhecimento da paternidade ou da maternidade, voluntário ou forçoso era proibido, ainda que em instância inferior.

O filho incestuoso e o filho adulterino não tinham família, não portavam o sobrenome de seu progenitor. Seus únicos direitos patrimoniais eram o crédito de alimentos contra o pai de sua vida, portanto, contra seu espólio, o que é diferente de um direito a uma parte em sua sucessão.

Esta situação desfavorável ao filho adulterino era paralela ao estatuto do filho natural simples.

Antes da reforma fundamental, verificada com a lei de 3 de janeiro de 1972, o filho natural tinha direitos inferiores, tanto no campo extrapatrimonial como no dos direitos patrimoniais.

O filho natural podia ser reconhecido, voluntariamente ou por ação de investigação de paternidade ou maternidade.

Mas, não tinha outra família, nem avós, nem tios e não pertencia à família de seu progenitor. Seus direitos patrimoniais eram inferiores. Por exemplo: seu quinhão hereditário — e somente na sucessão

do pai ou da mãe — com algumas exceções em relação a seus irmãos — era a metade da parte que coubesse ao filho legítimo.

Tudo isto foi completamente modificado pela lei de 3 de janeiro de 1972.

O novo artigo 334 do Código Civil Francês dispõe:

«Art. 334. L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère. Il entre dans la famille de son auteur.»

Traduzo: «filho natural tem geralmente os mesmos direitos e deveres do filho legítimo em suas relações com seu pai e mãe. Ele entra na família de seu pai.»

Mas o mesmo artigo acrescenta:

«Si, au temps de la conception, le père ou la mère était engagé dans les liens du mariage avec une autre personne les droits de l'enfant ne peuvent préjudicier que dans la mesure réglée par la loi, aux engagements que, par le fait du mariage, ce parent avait contractés.»

Explico:

Se, na ocasião da concepção, o pai ou a mãe fosse casado com uma outra pessoa, os direitos da criança não podem prejudicar a não ser na medida regulamentada pela lei, ao cônjuge do progenitor e aos filhos legítimos nascidos deste matrimônio .

«Se na ocasião da concepção o pai ou a mãe fosse casado com outra pessoa»: — com esta frase consagram-se duas novas normas:

1ª — o filho adúlterino pertence agora à ampla classe dos filhos naturais, eles agora têm «a priori» os mesmos direitos que os filhos legítimos;

2ª — a noção de filho adúlterino é uma noção **relativa**.

Uma pessoa não é um filho adúlterino no sentido absoluto. Pode sê-lo em relação à família legítima a qual sua existência prejudica.

Igualdade com os filhos naturais simples os quais gozam de uma igualdade com os filhos legítimos; caráter relativo da filiação adúlterina, estes são os dois grandes princípios que regem tanto o estatuto extrapatrimonial, como o estatuto patrimonial do filho adúlterino.

Parece necessário descrever esses dois estatutos:

I — Em primeiro lugar a situação no campo extrapatrimonial.

— Qual é a noção de filho adúlterino?

— Quais são as restrições à sua igualdade em relação aos outros filhos?

A — A noção de filho adúltero é regida por uma idéa revolucionária: pois agora, as únicas restrições que conhece o filho adúltero, existem quando este filho pode prejudicar a família legítima; não se trata de uma família legítima qualquer, mas exatamente deve tratar-se do cônjuge enganado e de seus filhos, com exclusão por exemplo, dos filhos legítimos nascidos de **outro** casamento. Em relação a estes últimos filhos ou a um segundo esposo não enganado, o filho adúltero é considerado como natural simples.

É por esse motivo que a lei não fala de filho adúltero, mas unicamente de filho natural em concorrência com o cônjuge enganado ou seus filhos.

Por isso, «a priori», os direitos do filho adúltero serão os mesmos direitos do filho natural e, conseqüentemente, iguais aos direitos do filho legítimo.

De toda maneira, o filho adúltero **entra** imediatamente na família de seu progenitor. Tem avós, irmãos, tios.

Como para o filho natural, o estabelecimento de sua filiação é livre, pode ser feito pelo reconhecimento de seu pai ou de sua mãe, ou por uma ação de investigação de paternidade ou maternidade.

Quero deixar bem claro que não há diferença entre pai ou mãe adúlteros, e que a determinação da filiação adúltera pode ocorrer durante o matrimônio.

Como todos os filhos naturais, ele porta o sobrenome do primeiro de seus pais que o houver reconhecido.

O pátrio poder será exercido pelo progenitor que o reconheceu, e se ambos o reconhecerem, será exercido pela mãe, etc. .

B — Entretanto, o art. 334, parágrafo 3º, do Código Civil Francês diz, que os direitos do filho adúltero podem prejudicar à família legítima, somente na medida permitida pela lei.

E, dessa norma, conhecemos algumas ilustrações no âmbito extra-patrimonial:

- 1) — o cônjuge enganado pode opor-se a que o filho adúltero viva no lar da família legítima;
- 2) — o progenitor de um filho ilegítimo pode legitimar seu filho, especialmente, diz a lei, quando há um impedimento para contrair matrimônio entre essa pessoa e o outro progenitor do filho.

Esta é a mesma situação quando se comete adultério.

Por isso, o progenitor do filho adúltero pode legitimá-lo. Mas a única diferença entre ele e o rei Luiz XIV é que o cônjuge enganado pode opor-se a essa legitimação.

II — O mesmo princípio de relatividade, rege os direitos patrimoniais, que passamos a descrever nesta segunda parte da conferência. Relatividade: — ela aparece nos seguintes artigos do Código Civil Francês:

«Art. 757. (L. n° 72-3 du 3 janv. 1972) L'enfant naturel a, em général, dans la succession de ses père et mère et autres ascendants, ainsi de ses frères et soeurs et autres collatéraux, les mêmes droits qu'un enfant légitime.»

Traduzo:

O filho natural tem, em geral, na sucessão de seu pai e sua mãe e de outros ascendentes, assim como de seus irmãos e outros colaterais, os mesmos direitos que um filho legítimo. (Esta regra se aplicará ao filho adúlterino já que ele está equiparado ao filho natural simples).

O art. 758, estabelece uma reciprocidade entre os direitos dos ascendentes e colaterais em se tratando da sucessão do filho natural.

Mas, o art. 759, estabelece um regime especial para os filhos adúlterinos quando estes concorrerem com o cônjuge enganado ou seus filhos, os irmãos legítimos do filho adúlterino.

Devemos distinguir a sucessão «ab intestato» do regime das liberalidades.

A — Quanto à sucessão sem testamento, veremos:

— o quinhão hereditário outorgado por lei ao filho adúlterino na ausência de testamento;

— o problema da legítima, ou seja, a quota reservada obrigatoriamente para este filho, ainda que reduzida.

1º — No que diz respeito à quota outorgada pela lei na ausência de testamento, temos que distinguir:

— as restrições no valor e as restrições relativas à natureza dos bens transmitidos.

a) As restrições no valor dependem da pessoa, com a qual, o filho adúlterino concorre.

— Quando o filho concorre com o cônjuge enganado, este filho não exclui o cônjuge herdeiro da plena propriedade. O art. 759, dispõe que o filho adúlterino recebe a metade da quota que caberia ao cônjuge se não houverem filhos.

— Quando porém, se tratam de filhos legítimos, eles impedem o cônjuge da plena propriedade da herança.

Dispõe o art. 760, que aos filhos adúlterinos, lhes seja outorgada a metade da quota que deveria receber se todos os filhos fossem legítimos.

b) As restrições que dizem respeito à natureza dos bens são as seguintes:

— o filho adulterino não pode pedir que lhe seja atribuída a preferência quanto ao domicílio principal ou secundário da família;

— o pai ou a mãe adulterinos podem afastar o filho da sucessão, outorgando-lhe, antes de morrer, uma determinada porção de bens, como herança antecipada.

2º — Paralelamente aos direitos normais na transmissão sem testamento de bens, a lei confere a todos os filhos, obrigatoriamente, uma quota que chamamos **reservada**. É a **legítima** latina.

O filho adulterino, como o filho natural, é um herdeiro necessário.

Quando o filho adulterino não concorre com os filhos legítimos do cônjuge enganado, sua legítima obrigatória é a do direito comum.

Quando essa concorrência acontece, sua legítima, obrigatoriamente reservada, é a metade da legítima à qual teria direito se todos os filhos fossem legítimos.

Ademais, se esses direitos não são suficientes, pode pedir ao espólio uma pensão alimentícia.

Estes, são os direitos sucessórios do filho adulterino.

3. Encerraremos com o regime das liberalidades feitas em favor desse filho.

Aqui, conhecemos duas classes de restrições:

— umas são diretas, por discriminação à capacidade de filho — outras são indiretas por ser maior a quota disponível entre os cônjuges.

1ª — Restrições diretas:

— o art. 908, reza que o filho adulterino não pode receber, por liberalidade, mais do que a quota que a lei lhe outorga, como quinhão hereditário;

— a mesma norma se aplica ao filho adulterino de fato, ou seja, aquele cuja filiação não haja sido estabelecida, com a condição de que a escritura de doação ou de testamento contenha a prova cabal de sua filiação.

2ª — Quanto às relações indiretas, dissemos que provêm do aumento da quota disponível entre os cônjuges.

Duas normas beneficiam assim o cônjuge enganado: o aumento do valor da quota disponível em comparação com o direito comum. Assim dispõe o art. 1.097:

«art. 1097-1. Les enfants naturels conçus pendant le mariage, d'un autre que l'époux, ne pourront se prévaloir

contre celui-ci de la faculté ouverte aux enfants par l'article. 1.094-2 ci dessus.»

Traduzo: os filhos naturais, concebidos durante o casamento, de um outro, que não o esposo, não poderão se prevalecer contra esta faculdade aberta aos filhos pelo art. 1.094-2...

Também, atribui uma relativa vantagem à natureza de seus direitos.

No direito comum, os filhos legítimos têm o direito de transformar o usufruto sucessório do cônjuge sobrevivente em uma pensão alimentícia. Este direito é negado ao filho adúlterino.

Assim, encerro esta exposição sobre os direitos do filho adúlterino.

Verificamos que apesar de suprimida a expressão «filho adúlterino», em nosso Código, a noção subsiste, ligada a um regime desfavorável.

Entretanto, o essencial me parece isto: a condição de filho adúlterino não o infamia. Trata-se menos de sancionar uma filiação ilegítima, que de proteger as vítimas do adultério. Infelizmente, entretanto, esta proteção se faz em detrimento ao filho adúlterino.

O filho, assim, paga pelo pecado de seu pai ou de sua mãe.

* * * * *

FRANÇOIS CHABAS, nascido em 27 de setembro de 1940

Estudos: Faculdade de Direito de Paris, licença — 1961

Doutor em Direito — 1964

Adjunto das Faculdades de Direito — 1967

Professor Titular (Faculdade de Direito de Orleans — 1970 — Cadeira de Direito Civil)

Escolhido para a Faculdade de Direito da Universidade de Paris XII em 1970 (Professor de 1ª classe — 1973)

Principais trabalhos:

Livros: A influência da pluralidade de causas no direito à reparação (1967)

Responsabilidade civil e responsabilidade penal (1974)

Tratado teórico e prático da responsabilidade civil: — em colaboração com os Irmãos Mazeaud

E. 3, vol. 1, 1978

E. 3, vol. 2, 1983

50 artigos e crônicas

200 notas de julgados

Em colaboração com os Irmãos Mazeaud:

Lições de Direito Civil:

E. 1. vol. 1 — Introdução geral

E. 1. vol. 2 — Pessoas — personalidade

E. 2. vol. 1 — Obrigações

E. 3. vol. 1 — Seguros — A publicidade decorrente do registro imobiliário

Em preparação: — E. 1, vol. 2 — Bens

E. 1, vol. 3 — Casamento, família, filiação.

Teixeira de Freitas e a Autonomia das Partes no Direito Internacional Privado Latino-Americano

Dr. Jürgen Samtleben

Instituto Max Planck de Direito Privado
Estrangeiro e Internacional, Hamburgo *

A autonomia das partes é um dos temas mais famosos na história do direito internacional privado. Em que medida podem as partes derogar as normas de conflito e definir elas mesmas o direito aplicável às suas relações mútuas? Este tema tem especial interesse para o direito internacional privado dos Estados latino-americanos onde até hoje dominam as tendências territorialistas ⁽¹⁾. É por isso que escolhemos esse tema para esta homenagem ao centenário do insigne jurista brasileiro Teixeira de Freitas. A nossa pesquisa tem por fim revelar as suas idéias sobre essa matéria e a sua projeção no direito latino-americano. Com isso queremos contribuir também para a aclaração e evolução do assunto no direito atual.

I. Os antecessores

Não se pode definir o lugar que Teixeira de Freitas ocupa na história do direito internacional privado latino-americano sem ter em conta a obra dos seus antecessores. Quando Freitas escreveu o seu **Esboço**, já uma geração antes dois famosos juristas do continente americano — Bello no sul e Story no norte — tinham publicado as suas obras que iriam influenciar profundamente o direito internacional privado latino-americano. Todavia, a obra de Freitas não mostra muitos pontos comuns com estes antecessores, antes toma nessa matéria como fundamento as idéias de Savigny e seu tratado de direito romano que tinha aparecido pouco antes na Alemanha. Vamos estudar a seguir o pensamento destes três internacionalistas para depois elucidar como em Freitas triunfa a influência europeia sobre a tradição americana.

(*) Conferência pronunciada em Roma, 14 de dezembro de 1983, no Congresso Jurídico Internacional comemorativo do centenário da morte de Augusto Teixeira de Freitas.

(1) J. SAMTLEBEN, *Derecho Internacional Privado en América Latina* (trad. C. BUENO-GUZMÁN), I, Buenos Aires, 1983, 4 ss., 275 ss.; IDEM, *El territorialismo de leyes en América Latina*, in *Primer Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, 1979, 171 ss.

1. Bello

As idéias de Andrés Bello sobre o direito internacional privado se encontram assentadas no seu livro **Principios de derecho de jentes**, publicado no ano de 1832 em Santiago do Chile. Não quero expor aqui as razões que levaram Bello ao princípio da estrita territorialidade das leis, tema que tratei mais detalhadamente noutra lugar ⁽²⁾. Para Bello as leis de cada Estado regem todos os assuntos que se desenvolvem no seu território. Mas a sua obrigatoriedade se estende também aos atos realizados no estrangeiro, sempre que exista alguma conexão pessoal ou territorial com o próprio Estado.

Em matéria de contratos, Bello segue a teoria da incorporação. Um contrato deve ajustar-se em todos os seus aspectos à legislação do lugar da sua celebração, e as leis deste país supõem-se incorporadas no mesmo contrato. Porém, se o contrato tem que ser cumprido num outro Estado, este aplicará as suas leis respectivas ⁽³⁾. Em consonância com isso, o Código Civil chileno de 1855, magnífica obra pessoal de Bello, reconhece no seu artigo 16, segunda parte, o valor dos contratos validamente celebrados em país estrangeiro. Mas os seus efeitos devem ajustar-se às leis chilenas, sempre que no Chile se encontre o lugar da sua execução.

Em nenhuma passagem da obra de Bello aparece a idéia de terem as partes a faculdade de escolher a lei aplicável ao contrato. É verdade que Bello escreve no seu livro que os tribunais têm que julgar sobre as obrigações recíprocas das partes «conforme as cláusulas expressas do contrato e as leis incorporadas nele» ⁽⁴⁾. E no seu Código Civil, artigo 1545, acolheu a norma do **Code Napoléon** segundo o qual o contrato é considerado como lei entre as partes ⁽⁵⁾. Mas aqui trata-se somente da faculdade das partes definirem elas mesmas as condições materiais do contrato dentro dum sistema jurídico determinado ou da autonomia de direito privado. É mais tarde que se desenvolve dessa norma a idéia duma autonomia mais ampla que inclui a possibilidade da escolha da legislação competente pelas próprias partes.

2. Story

No ano de 1834, dois anos depois do livro de Bello, aparece nos Estados Unidos a obra de Joseph Story **Commentaries on the Conflict of Laws**, que na matéria de contratos mostra certa semelhança com as idéias do grande internacionalista chileno ⁽⁶⁾. Na sua introdução histórica, Story começa com uma interpretação dos textos do **Corpus**

(2) J. SAMTLEEBEN, *La relación entre derecho internacional público y privado en Andrés Bello*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 34, 1982, 399 ss.

(3) A. BELLO, *Principios de derecho de jentes*, Santiago, 1832, 44.

(4) *Ibidem*.

(5) V. art. 1134 C.c.francês.

(6) H. VALLADÃO, *The Influence of Joseph Story on Latin-American Rules of Conflict of Laws*, in *American Journal of Comparative Law*, 3, 1954, 27 ss.

Iuris ⁽⁷⁾ Cita a **lex si fundus** (D. 21, 2, 6) que lhe parece subordinar os contratos à lei do lugar da celebração. Por seu lado, a lei do lugar da execução do contrato encontraria apoio noutros textos do direito romano, especialmente na **lex contraxisse** (D. 44, 7, 21). Story comenta estes fragmentos e as várias tentativas dos juristas europeus de reconciliá-los numa interpretação moderna ⁽⁸⁾.

Quantos às regras do **common law**, Story postula o império da **lex loci contractus** sobre os contratos, cuja validade, interpretação e resolução se regem pela lei do lugar da sua celebração. Esta regra funda-se, segundo Story, na necessidade do comércio entre as nações que já os romanos reconheceram no **ius gentium** ⁽⁹⁾. Mas esta regra supõe que o contrato também deva ser executado no lugar da celebração ou que não tenha lugar específico para sua execução. Todavia, se o contrato se fez para ser executado num outro país, aplicam-se as leis desse lugar, em conformidade com os textos romanos citados ⁽¹⁰⁾.

Qual é o papel da vontade das partes nessa matéria de contratos que Story vê dominada pela lei do lugar da celebração ou da execução do contrato? O próprio Story parece admitir que a razão tanto da **lex loci celebrationis** como da **lex loci executionis** se encontra no consenso tácito ou implícito das partes ⁽¹¹⁾. Contudo, deixa bem claro que não se trata duma verdadeira submissão a essa lei, mas antes dum efeito da soberania territorial que se impõe ao contrato independentemente de toda vontade das partes ⁽¹²⁾. Assim fica excluída por completo a noção da autonomia da vontade ou da eleição da lei aplicável que só no meio do século reaparece na doutrina europeia.

3. Savigny

Em 1849 apareceu na Alemanha o oitavo tomo do **Sistema do direito romano atual** de Carl Friedrich von Savigny. Este tomo, que se ocupa com os limites no espaço e tempo do império das regras de direito sobre as relações jurídicas, significou uma revolução copernicana para o direito internacional privado europeu ⁽¹³⁾. Vamos expor a seguir os pontos essenciais da sua teoria e especialmente a sua doutrina na matéria dos contratos.

(7) J. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws*, Boston, 1834, § 233.

(8) *Op. cit.*, § 234 ss.

(9) *Op. cit.*, § 241 ss.

(10) *O. cit.*, § 280.

(11) *Op. cit.*, §§ 261, 280.

(12) *Op. cit.*, § 261: «It would be more correct to say, that the law of the place of the contract acts upon it, independently of any volition of the parties, in virtue of the general sovereignty possessed by every nation to regulate all persons, property, and transactions within its own territory.»

(13) P.H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts* 2, Tübingen, 1976, 94.

a) O lugar da relação jurídica

No seu livro Savigny parte de uma visão histórica do assunto⁽¹⁴⁾. Faz lembrar como os direitos germânicos se sobrepunham ao direito romano, estabelecendo-se o sistema da vigência pessoal dos respectivos direitos. Mais tarde, no tempo medieval, ganhavam importância os estatutos particulares das cidades italianas, surgindo o problema da delimitação territorial destes estatutos. Aqui nasceu a teoria dos **statuta personalia, realia, mixta**, que pretendia definir com esta divisão o âmbito da aplicação das respectivas leis.

Também para Savigny, no tempo moderno, esta delimitação territorial das legislações forma o núcleo do problema. A sua fórmula, porém, com a qual tenta descrever esse problema, é nova e auspiciosa. Em vez de definir o âmbito de aplicação para as diferentes classes de leis, Savigny procura para cada relação jurídica o «lugar» ao qual pertence. Assim indica como finalidade do direito internacional privado

«determinar para cada relação jurídica o lugar de direito ao qual esta relação jurídica conforme a sua natureza própria pertence ou está submetida»⁽¹⁵⁾.

Este lugar se refere igualmente aos territórios dos diferentes Estados como dentro de cada Estado às divisões territoriais que têm um direito particular. Noutra parte do seu livro, Savigny identifica este lugar de direito (**Rechtsgebiet**) com a «sede» (**Sitz**) da relação jurídica⁽¹⁶⁾. É esta expressão que depois teve grande repercussão na evolução do direito internacional privado europeu.

b) A lei da obrigação contratual

Qual é o «lugar» do contrato nessa concepção ideal de Savigny? Procurando o lugar da obrigação, Savigny identifica-o com o foro competente para decidir dela. Pergunta então: «Onde está a sede da obrigação? Onde está o foro especial dela? Onde encontramos a lei territorial que lhe é aplicável? A primeira destas três questões é de natureza teórica e serve unicamente de base à solução das outras; por isso deve ser tratado junto com a segunda⁽¹⁷⁾.» Savigny vê claramente que este método leva à divisão do contrato, que muitas vezes contém duas obrigações recíprocas, e que tal divisão pode, especialmente quanto ao direito aplicável, «suscitar dúvidas e acarretar complicações». Mas nem por isso o princípio deixaria de ser certo⁽¹⁸⁾.

(14) C.F. v. SAVIGNY, *System des outigen römischen Rechts*, VIII, Berlin, 1849, 19 ss.

(15) *Op. cit.*, 28.

(16) *Opt. cit.*, 108.

(17) *Op. cit.*, 205 s.

(18) *Op. cit.*, 202 (b).

Neste sentido, o «lugar» do contrato não coincide necessariamente com o lugar da sua celebração. Antes é preciso definir para cada obrigação o seu foro especial que está no lugar da sua execução. Para isso Savigny se baseia nas fontes do direito romano ⁽¹⁹⁾, especialmente na lex 21 de obl. et act. (D. 44, 7): «**Contraxisse unusquisque in eo loco intellegitur, in quo ut solveret se obligavit.**» Mas como definir este lugar, se as partes não estipularam nada sobre isso, e se este lugar não resulta claramente da natureza da obrigação? Neste caso, segundo Savigny, o lugar da execução define-se subsidiariamente: pelo centro da atividade do devedor ou pelo seu domicílio se nele se celebrou o contrato, pelo lugar da celebração do contrato fora do domicílio do devedor se pelas circunstâncias neste lugar deveria ser cumprido, e ultimamente pelo domicílio atual do devedor ⁽²⁰⁾. Por estes mesmos lugares determina-se o direito aplicável a cada obrigação ⁽²¹⁾.

c) A vontade das partes

Mas a questão principal da presente investigação é a seguinte: Podem as partes livremente escolher o direito aplicável ao contrato e definir assim o «lugar» da obrigação? Aqui o texto de Savigny é suscetível de diferentes interpretações. Diz ele textualmente: «O direito territorial aplicável a cada relação jurídica está fortemente influenciado pela livre vontade das pessoas interessadas ou pela submissão voluntária a um lugar determinado de direito, embora esta influência não seja ilimitada. A mesma submissão voluntária também tem a sua importância quanto ao foro competente para as diversas relações jurídicas. A submissão voluntária a um direito territorial aparece em diferentes formas e graus. Às vezes escolhe-se livremente o conteúdo de um direito territorial determinado em vez de outro conteúdo possível; assim acontece especialmente nos contratos do direito das obrigações, podendo considerar-se o direito territorial livremente escolhido quase uma parte integrante do próprio contrato ⁽²²⁾.»

Uma parte da doutrina considera que essa submissão voluntária na concepção de Savigny se refere unicamente à escolha do lugar de execução ⁽²³⁾. Conforme esta interpretação, as partes podem livremente eleger o lugar da execução se a isso não se opõe a natureza do contrato. Porém, uma vez determinado o lugar da execução e

(19) Op. cit., 208 ss., 251 ss.

(20) Op. cit., 211 ss., 226 s.

(21) Op. cit., 203, 246 ss.

(22) Op. cit., 110.

(23) K. NEUMANN, *Vertragsgültigkeit und Parteiwille in Lehre und Rechtsprechung des internationalen Schuldrechts*, Heidelberg, 1930, 29 ss.; R. MOSER, *Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht*, St. Gallen, 1948, 142 s.; A. WICKI, *Zur Dogmengeschichte der Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht*, Winterthur, 1965, 32 s.

com isso a legislação territorial aplicável, as partes já não se podem afastar do conteúdo dela a não ser na medida em que seja permitido pela mesma legislação. Esta interpretação que somente concede às partes a faculdade de eleger indiretamente a legislação aplicável e reconhece apenas a autonomia de direito privado no âmbito dessa legislação, também se reflete na evolução posterior do direito internacional privado latino-americano ⁽²⁴⁾.

Mas alguns trechos da obra de Savigny justificam a impressão de que ele já teve a visão de uma autonomia ⁽²⁵⁾ mais ampla que engloba também a faculdade das partes de eleger diretamente o direito territorial aplicável como «parte integrante do próprio contrato», seja ela ou não a lei do lugar da execução do contrato. Assim diz sobre o foro do contrato: «É sempre o lugar da execução que determina o foro especial, seja fixado por declaração expressa ou por aceitação tácita. Em ambos os casos trata-se duma submissão voluntária a este foro, a não ser que seja excluído por declaração expressa em sentido contrário ⁽²⁶⁾.» E igualmente sobre o direito aplicável, depois de enumerar as diversas maneiras de determinar o lugar da execução pela vontade expressa ou implícita das partes, conclui: «Este direito territorial deixa também de ser aplicável, se à presunção da submissão voluntária se opõe uma declaração expressa em sentido contrário ⁽²⁷⁾.» Para isto baseia-se ainda num texto do direito romano (D. 5, 1, 19 § 2): «*nisi alio loci, ut defenderet, convenit . .* » É verdade que Savigny admite esta eleição do direito aplicável somente «na medida em que as disposições do direito territorial podem ser modificadas pelas partes» ⁽²⁸⁾. Mas parece que aqui se refere às normas absolutas que pouco antes menciona como limites de qualquer submissão voluntária e que correspondem hoje em dia às leis de ordem pública internacional.

É essa visão da autonomia das partes na eleição do direito aplicável que prosperou depois na doutrina europeia e domina o direito internacional privado moderno. Segundo esta concepção, as partes podem livremente escolher a lei do contrato e assim derogar não só as normas dispositivas mas também as disposições obrigatórias da lei normalmente aplicável, sendo o único limite a ordem pública da *lex fori*. Vamos ver em seguida como a obra de Savigny influenciou profundamente o pensamento de Teixeira de Freitas e determinou sua posição no assunto.

(24) V. *infra* III.

(25) As críticas de v. SAVIGNY, *op. cit.*, (supra n. 14), 112 s., contra esta expressão, que ele queria reservar para os privilégios da nobreza, são somente de carácter terminológico.

(26) *Op. cit.*, 227 s.

(27) *Op. cit.*, 248 s.

(28) *Op. cit.*, 249 (c). Nessa nota baseia-se a opinião que Savigny admitia só a autonomia de direito privado no âmbito do direito dispositivo, NEUMANN, *op. cit.* (supra n. 23), 30; este autor, *ibidem* 31 s., destrói o seu próprio argumento citando um exemplo de Savigny.

II. A obra de Teixeira de Freitas

Para o pensamento de Teixeira de Freitas referimo-nos em primeiro lugar a seu **Esboço** de Código civil, publicado entre 1860 e 1865. É verdade que não se pode imaginar esta obra sem o seu antecessor, a **Consolidação das leis civis** aparecido pouco antes em 1857⁽²⁹⁾. Mas para conhecer as idéias próprias de Teixeira de Freitas e para avaliar a sua originalidade é preciso partir do Esboço que contém o cúmulo do seu pensamento jurídico. Somente nesse quadro da nossa exposição recorreremos também à Consolidação para sublinhar a evolução da doutrina de Freitas no campo do direito internacional privado.

1. O lugar dos objetos jurídicos

A influência de Savigny em Teixeira de Freitas já se mostra claramente no Título preliminar do Esboço, Capítulo I: «O lugar». Aqui encontramos todas as idéias nas quais Savigny fundamentou a sua teoria de direito internacional privado. Na nota a este capítulo, também Freitas rejeita a teoria dos estatutos: «A velha distinção entre statutos pessoaes, statutos reaes, e statutos mixtos, craveira artificial, em vão manejada por tantos Escriptores, para dirimir questões de conflicto de leis privadas, não tem a menor importância, só tem valor historico.» Em vez desta distinção é preciso «determinar a sede» de cada um dos objetos jurídicos que são as pessoas, coisas, fatos e direitos, ou o «lugar» deles⁽³⁰⁾.

Sobre este «lugar», o Esboço de Freitas contém nos artigos 3 e 4 as regras seguintes:

Art. 3: «Distinguir-se-ha o **lugar**, para os os efeitos declarados neste Codigo, pelos territorios diversos de cada paiz em relação ao território do Imperio; e, dentro do Imperio, pelas divisões territoriaes de sua organização judiciaria.»

Art. 4: «Os efeitos do **lugar** são:

- 1º — Determinar a legislação civil applicavel, ou deste Codigo, ou de paiz estrangeiro.
- 2º — Determinar em geral a jurisdição das autoridades judiciais do Imperio.
- 3º — Determinar a competencia das autoridades judiciaes do Imperio entre si.»

(29) Sobre a relação entre consolidação e codificação do direito v. S. SCHIPANI, *Dal diritto romano alle codificazione latino-americane: l'opera di A. Teixeira de Freitas*, in *Studi Sassaresi*, III, v. 5, 1977-78 (1981), 589 ss., 598.

(30) A.T. DE FREITAS, *Código civil, Esboço*, Rio de Janeiro, 1860, 1 ss., 4.

Aqui aparece o mesmo significado do lugar tanto em relação aos territórios dos diferentes Estados como em relação às divisões territoriais dentro dum Estado. E se destaca como efeito do lugar a determinação da lei aplicável e igualmente do foro competente. Comparado com as idéias de Savigny, a semelhança é evidente.

2. A lei do contrato

Na matéria dos contratos, Teixeira de Freitas partiu das normas do velho direito português e do direito imperial, que recolheu na Consolidação. No Esboço, então, mostra-se claramente a influência das idéias de Savigny, que sofrem porém uma modificação importante. Vê-se nessa evolução a madureza e a originalidade do pensamento de Freitas.

a) Os contratos na Consolidação

A legislação portuguesa aplicável no Brasil continha nas Ordenações para os contratos o princípio do **locus regit actum** (Ord. 3, 59, 1). No Império, o regulamento nº 737 de 1850 sobre o processo comercial acrescentou algumas regras, explicando e generalizando as normas dispersas do Código comercial de 1850. Para os contratos ajustados em país estrangeiro o art. 3 § 2 reproduz a regra **locus regit actum**, excetuando-se os contratos celebrados ante um cônsul brasileiro. Porém, os contratos comerciais, ajustados em país estrangeiro mas exequíveis no Império, regulam-se pela legislação comercial do Brasil (art. 4). Igualmente, as dívidas contraídas entre brasileiros em país estrangeiro presumem-se sujeitas à legislação brasileira (art. 5). Não é difícil notar a semelhança destas regras, que significam nos casos mencionados uma exceção unilateral em favor do direito brasileiro, com as idéias de Andrés Bello antes expostas ⁽³¹⁾.

Freitas incluiu estas regras na sua Consolidação, arts. 406-410, mas no seu comentário estendeu a sua vigência no sentido bilateral. Assim, a regra **locus regit actum** que tem aplicação aos contratos ajustados em país estrangeiro encontra-se no art. 406, com a ressalva no art. 407 para os contratos celebrados ante cônsules brasileiros. Igualmente, a aplicação da lei brasileira aos contratos exequíveis no Brasil, ou contraídos entre brasileiros, é confirmada nos arts. 409 e 410. Porém, Freitas interpreta estas normas no sentido que tanto a regra **locus regit actum** como a exceção para os contratos entre brasileiros somente se referem à celebração do contrato. Por seu lado, os efeitos dos contratos regulam-se em qualquer caso pela lei do lugar da execução, seja este no Brasil ou em país estrangeiro ⁽³²⁾. Não há dúvida que se mostra aqui a influência direta das idéias de Savigny.

(31) *Supra* I 1.

(32) A.T. DE F..REITAS, *Consolidação das leis civis* 3, Rio de Janeiro, 1896, 283 s., notas 101 s.

b) Os contratos no Esboço

Estas idéias se refletem mais claramente nas regras do Esboço sobre os contratos. Para a forma dos contratos encontramos também aqui a regra **locus regit actum** (arts. 1935 s.), com certas aclarações a respeito do lugar da celebração no caso de uma forma especial ou dum contrato entre ausentes, que lembram com algumas modificações as idéias de Savigny sobre este ponto⁽³³⁾. Porém, para os efeitos dos contratos que rege é a lei do lugar de cumprimento, ficando este no Império ou em país estrangeiro (art. 1962). E, para definir este lugar do cumprimento, Freitas segue quase literalmente os critérios de conexão que já Savigny enumerava: o lugar designado para o cumprimento do contrato ou que resulte da natureza da obrigação, o domicílio do devedor se nele se celebrou o contrato, o lugar da celebração do contrato fora do domicílio do devedor se pelas circunstâncias neste lugar deveria ser cumprido, e subsidiariamente o domicílio atual do devedor (art. 1963).

Todavia, enquanto Savigny tratava somente do lugar da execução para cada obrigação particular, Freitas em princípio tenta definir o lugar do cumprimento do próprio contrato, evitando assim as «dúvidas e complicações» que resultam da aplicação de diferentes leis às obrigações recíprocas⁽³⁴⁾. Assim supõe implicitamente que o lugar de cumprimento designado pelas partes ou resultante das circunstâncias é o centro das obrigações contratuais, justificando a aplicação da respectiva legislação ao contrato inteiro. Com isso corresponde a regra do art. 1963 n° 5 do Esboço, conforme a qual no caso de vários lugares de cumprimento designados ou em caso de dúvida sobre o lugar de celebração ou o domicílio do devedor, é decisivo o lugar «cujas leis forem mais favoráveis à plenitude da intenção das partes contratantes». Somente os contratos celebrados entre ausentes, e «não havendo lugar designado para seu cumprimento», se regem em relação a cada uma das partes pelas leis de seu domicílio (art. 1964), mantendo-se neste caso o sistema de divisão do contrato.

Contudo, as regras do Esboço sobre os contratos expressam uma idéia bem moderna que nessa forma não se encontra na obra de Savigny. Enquanto este procura em primeiro lugar o foro especial e a respectiva lei territorial para cada obrigação contratual, Freitas vê claramente que o decisivo é a lei do contrato. É esta idéia que o leva conseqüentemente a reconhecer a autonomia das partes na determinação dessa lei.

3. A autonomia das partes

Determinar a lei do contrato resulta difícil quando este tem contatos com vários países, isto é, nos contratos internacionais. Eis

(33) Cf. C.F. v. SAVIGNY, *Op. cit.* (supra n 14), 234 ss., 256 ss., 348 ss., 354

(34) V. supra I 3 b),

aqui a razão porque as partes na prática incluem cláusulas nos mesmos contratos que designam não só o foro do contrato mas também a lei que será aplicável às relações contratuais. Teixeira de Freitas reconhece esta prática na sua obra, dando assim pleno valor à autonomia das partes nesta área do direito internacional privado.

a) **O domicílio eleito**

Já na Consolidação, art. 393, Freitas mencionou as cláusulas da eleição do foro, baseando-se nas regras das Ordenações e do regulamento n.º 737 sobre processo comercial⁽³⁵⁾. No seu comentário deixa bem claro que este foro eleito não coincide com o lugar da execução, mas resulta da faculdade das partes fixarem autonomamente o foro do contrato. «Ha fôro do contracto, ou a parte assim estipule, ou se obrigue a pagar em certo lugar. O lugar do pagamento é o lugar em que o crédor pôde demandal-o, a não haver estipulação expressa em contrario⁽³⁶⁾.» No Esboço encontramos este foro do contrato no art. 1968, exigindo forma escrita para esta cláusula e restringindo o seu âmbito à eleição do foro dentro do Império.

Mas desse foro do contrato desenvolve-se no Esboço outra idéia que é o domicílio eleito. O domicílio para Freitas determina o «lugar» das pessoas no sentido em que ele usa esta expressão no art. 4 do Esboço⁽³⁷⁾. Assim a definição do domicílio no art. 30 do Esboço abrange tanto a noção da legislação aplicável às pessoas a respeito da sua capacidade «e mais casos que fôrem neste Código designados», como a competência das autoridades judiciais do Império entre si. Da eleição desse domicílio pelas partes trata o art. 32:

«**O domicílio especial** será o que as partes elegêrem por contracto em relação á certo e determinado negocio, para um ou outro dos efeitos do Art. 30, nos casos, e pela fôrma, que se determinar na legislação deste Código sobre contractos.»

No seu comentário Freitas explica que isso é o que se costuma chamar «domicílio eleito» ou «foro do contrato». E continua: «O nosso art. contém uma outra ideia, além da do domicílio eleito para fôro do contracto; indicando também o domicílio eleito para o fim de se applicar ao caso uma legislação determinada. A conservação do domicílio, com os dous efeitos do Art. 30, é voluntaria, pois que não se deve tolher a liberdade das partes, sempre que o exercicio della não fôr incompativel com a ordem publica. O que se quer é a certeza de um lugar, como indicador da legislação applicavel; e esta certeza existe, quando as partes convencionão que o seu contracto será regido e julgado pelas leis de um paiz determinado⁽³⁸⁾.»

(35) Ord. 3.6,2 e 3.11,1; Regulamento n.º 737, arts. 62 e 64.

(36) A.T. DE FREITAS, Consolidação cit. (supra n.º 32), 274 nota 85.

(37) V. supra II 1.

(38) A.T. DE FREITAS, Esboço cit. (supra n.º 30), 39.

Aqui aparece claramente a idéia da autonomia das partes que têm plena faculdade de escolher a lei do contrato. O comentário de Freitas não deixa dúvida de que as partes podem livremente escolher o «lugar» do contrato sujeitando-o à legislação dum país determinado. Esta liberdade encontra seu único limite na ordem pública.

b) O enigma do art. 1965

O art. 32 do Esboço remete-nos, para as particularidades do domicílio eleito, à regulação «que se determinar na legislação deste Código sobre contractos». E no capítulo sobre os contratos encontramos no art. 1965 a disposição correspondente ao assunto. Diz esta norma com certa ênfase:

«Não prevalece o disposto nos arts. 1936 e 1937:

- 1º — Quando as partes nos respectivos instrumentos ou em instrumento posterior, houverem convencionado que o contracto seja julgado pelas leis do Imperio ou pelas de um paiz estrangeiro determinado (art. 32).
- 2º — Quando as partes nos respectivos instrumentos, ou em instrumento posterior, se tiverem obrigado a responder pelo contracto no Imperio, ou num paiz estrangeiro determinado (art. 32).»

Esta disposição refere-se diretamente à norma do art. 32, reconhecendo tanto a eleição da lei do contrato como a escolha do foro do contrato no âmbito internacional. É verdade que o art. 32 estabelece o domicílio eleito somente com os efeitos do art. 30, isto é, quanto à legislação aplicável e à competência territorial dentro do Império. Por seu lado, o art. 1965 estende esta faculdade das partes também à eleição do foro competente no nível internacional.

Todavia, o que suscita dúvidas sobre o verdadeiro alcance do art. 1965, é a primeira parte do preceito que se refere aos arts. 1936 e 1937. O art. 1936 trata da lei aplicável à forma dos contratos entre ausentes, e o art. 1937 contém uma regra de direito substantivo sobre a prova dos contratos. Agora, o texto do art. 1965 exclui meramente a aplicação destes dois artigos, no caso das partes elegerem, ou no contrato ou por um acordo posterior, a lei do contrato ou o foro contratual. Parece assim que a referência aos arts. 1936 s. restringe o efeito desta eleição a pormenores sem maior importância.

Porém, esta interpretação literal do art. 1965 levanta uma série de questões cuja solução parece enigmática. Como se combina este efeito restringido do art. 1965 com a ampla noção do domicílio eleito no art. 32 e a interpretação de Freitas sobre esta disposição? Se o alcance do art. 1965 atinge somente a forma e a prova dos contratos, por que não figura esta norma nas respectivas secções do Esboço, mas na secção que trata dos efeitos dos contratos? E se o conteúdo

do art. 1965 se refere claramente à questão da legislação aplicável ou ao direito internacional privado, que sentido pode ter a referência a uma norma de direito substantivo? O texto do art. 1965 deixa-nos sem solução, e para esta parte do Esboço não existe comentário de Freitas que nos poderia elucidar o assunto.

c) A solução

A seguir vamos apresentar uma solução do problema que pode parecer um pouco ousada ou talvez demasiado simples, conforme o ponto de vista, e que certamente contém um elemento de especulação. Para isso partimos da suposição que o texto citado do art. 1965 é o original como se encontra no vol. 3 do Esboço publicado em 1865. Não nos foi possível examinar esta edição da obra, mas todas as publicações ulteriores que tivemos à disposição reproduzem este texto na mesma forma⁽³⁹⁾, o que nos permite excluir a possibilidade duma alteração posterior do texto. O que pensamos, porém, é que o texto do art. 1965 já foi alterado na edição de 1865 e que não correspondeu à verdadeira intenção de Freitas.

Isso é fácil imaginar quando nos lembramos das circunstâncias em que Freitas terminou o seu trabalho no Esboço⁽⁴⁰⁾. Já pelo aspecto exterior se nota certa diferença entre as primeiras partes do Esboço com seu comentário detalhado e as partes ulteriores que se limitam à simples reprodução dos textos de disposições. A última parte do Esboço nem chegou a ser publicada. Estes fatos já mostram claramente as dificuldades que Freitas tinha que vencer para prosseguir com a publicação da obra. Não será provável que neste esforço podia ocorrer facilmente um erro de imprensa sem ser notado? E não sabemos todos que um autor mesmo com o maior cuidado não pode evitar tais erros?

Somos por isso da opinião que a primeira parte do art. 1965 deve dizer assim: «Não prevalece o disposto nos arts. 1963 e 1964...». O primeiro destes dois artigos contém a enumeração dos critérios de conexão para definir o lugar de cumprimento, e o segundo trata da divisão do contrato celebrado entre ausentes. Para evitar as dificuldades que podia levar a definição do lugar de cumprimento do contrato ou a divisão das obrigações recíprocas, Freitas queria abrir no art. 1965 a possibilidade das partes definirem num acordo comum a lei do contrato. Talvez tenha escrito: «Não prevalece o disposto nos arts. 1963 s. . . .», o que por erro tipográfico se converteu em «arts. 1936 s.», depois corrigido em «arts. 1936 e 1937». Assim se explicaria o texto publicado do art. 1965.

(39) A.T. DE FREITAS, *Código civil: obra fundamental del Código civil argentino* (trad. castellana), I, Buenos Aires, 1909, 657 s.; H. VALLADÃO, *O direito internacional privado no Esboço de Teixeira de Freitas*, in *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil*, 8, 1944-1945, 335 ss., 385 s.; IDEM, *Material de classe de direito internacional privado* II, Rio de Janeiro, 1980, 254 s.

(40) Cf. S. MEIRA, *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império*, Rio de Janeiro, 1979, 218, 228 ss., 368 ss.

Não sabemos se a nossa hipótese é convincente para todos. Seja como for, da leitura das passagens de Freitas antes citadas, pode-se deduzir claramente que ele já reconheceu a autonomia das partes na forma mais ampla sem fixar para ela outro limite que a ordem pública. Com isso Teixeira de Freitas alinha-se entre os precursores da teoria moderna da autonomia de vontade que só neste século chegou a dominar na teoria do direito internacional privado. Optando entre esta visão de Freitas que aparece inequivocamente na sua obra e o texto dum artigo evidentemente mutilado inclinamo-nos sem hesitar pela visão do gênio e contra o texto literal.

III. A projeção de Freitas no direito internacional privado latino-americano

O princípio da autonomia da vontade das partes para definir a lei aplicável ao contrato é hoje em dia amplamente reconhecido no direito internacional privado europeu. Outra foi a evolução do assunto no âmbito latino-americano onde as tendências territorialistas nunca admitiram uma influência real das partes na escolha do direito aplicável. Assim as idéias de Freitas, prematuras e visionárias no seu tempo, perderam-se na corrente poderosa do territorialismo que parece corresponder às exigências político-sociais do subcontinente.

1. Brasil

No Brasil, as idéias de Freitas nunca chegaram a converter-se em lei. O Código Civil de 1916, na sua Introdução, mantinha a tradição do direito antigo a respeito dos contratos internacionais, deixando pouco lugar à autonomia das partes. A nova Lei de Introdução de 1942, mais rígida no assunto, parece descartar esta possibilidade por completo.

a) A Introdução de 1916

O autor do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua, ainda foi mais liberal no seu projeto. Baseando-se no art. 4 do Código Comercial português de 1888, queria regular os contratos em sua substância e efeitos pela lei do lugar da celebração, admitindo expressamente uma estipulação em contrário, e a sua execução pela lei do lugar do cumprimento ⁽⁴¹⁾. Esta concepção, porém, foi modificada no processo parlamentar. Dizia o art. 13 Intr. na sua redação final:

«Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde foram contraídas.

(41) V. art. 3b do projeto Clóvis Beviláqua, reproduzido por J.L. ALVES, *Código civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado*, Rio de Janeiro, 1926, 18.

§ único. Mas sempre se regerão pela lei brasileira:

- I — Os contratos ajustados em países estrangeiros, quando exequíveis no Brasil.
- II — As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro.
- III — Os atos relativos a imóveis situados no Brasil.
- IV — Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro.»

Este texto estava inspirado pelas regras do direito brasileiro antigo que também Freitas tinha acolhido na sua Consolidação; mas a lei não aceitou a sua interpretação bilateral. Ao contrário, a ressalva em favor do direito brasileiro aqui ficou ainda mais estendida. A jurisprudência baseou-se nesta disposição para aplicar quase sempre o direito brasileiro aos contratos internacionais ⁽⁴²⁾.

Contudo, o art. 13 previa, em princípio, também uma estipulação das partes sobre o direito aplicável. Porém, esta possibilidade foi interpretada pela doutrina brasileira no sentido de se referir somente ao direito dispositivo ⁽⁴³⁾. E o art. 13 excluía tal eleição da lei aplicável quando se tratava de contratos exequíveis no Brasil. Assim, o Supremo Tribunal Federal num caso, em que as partes convencionaram a aplicação do direito da Luisiania ao seu contrato, sentenciou «que tal clausula, sendo offensiva do direito nacional, reputa-se não escripta e inexistente» ⁽⁴⁴⁾. Com isso, a autonomia das partes neste âmbito ficou terminantemente proibida.

b) A Lei de Introdução de 1942

Adveio a nova Lei de Introdução de 1942 que trouxe para as obrigações no seu art. 9 a seguinte regra:

«Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º — Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma especial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º — A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.»

(42) V. jurisprudência citada por P.G. GARLAND, *American-Brazilian Private International Law*, New York, 1959, 52 s.

(43) V. doutrina citada por H. VALLADÃO, *Direito internacional privado* 5, I, Rio de Janeiro — São Paulo, 1980, 366; I. STRENGER, *Da autonomia da vontade em direito internacional privado*, São Paulo, 1967, 194 ss.

(44) Supremo Tribunal Federal, Ac. 13.12-1924, Agravo de petição nº 3927, «Estado do Ceará c. Bayley & Cia.», *Revista do Supremo Tribunal Federal*, 91, 1925, 45 ss., 50.

Reaparece aqui a velha regra da **lex loci contractus**, modificada em certa forma em favor da lei brasileira quando esta é a **lex loci executionis**. Não queremos entrar em detalhes sobre a origem e a interpretação desta disposição ⁽⁴⁵⁾. Parece certo que o texto queria intencionalmente excluir a determinação da lei do contrato pelas partes. A doutrina está dividida no assunto, não admitindo a eleição da lei aplicável ou somente na medida em que tal eleição seja permitida pela lei competente ⁽⁴⁶⁾. Também se indica a possibilidade duma eleição indireta da lei do contrato pela determinação do lugar da celebração, valendo-se da regra do art. 9 § 2 da Lei de Introdução ⁽⁴⁷⁾. A jurisprudência dos tribunais segue na sua tendência tradicional de aplicar o direito brasileiro aos contratos internacionais sem admitir uma eleição do direito estrangeiro ⁽⁴⁸⁾. E o Supremo Tribunal Federal, numa decisão recente, declarou que não nega vigência ao art. 9 da Lei de Introdução, a sentença que aplicou a lei portuguesa como **lexi loci celebrationis** sem reparar numa cláusula contratual em favor do direito inglês ⁽⁴⁹⁾.

c) O anteprojeto de 1964/70

Ante este panorama, as idéias de Freitas refletem-se unicamente no anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas de 1964, revisado em 1970, que admite no seu art. 51 a autonomia da vontade para os contratos, baseando-se expressamente nas regras do Esboço, arts. 32 e 1965. Porém, o art. 52 do mesmo anteprojeto declara obrigatória a aplicação da lei brasileira aos contratos exequíveis no Brasil, porque «corresponde a uma regra tradicional do direito pátrio, em defesa de nossos interesses, morais, econômicos e sociais, e por isto, aparecida em forma unilateral e imperativa» ⁽⁵⁰⁾. Assim a influência de Freitas também aqui fica relegada ao segundo plano pela velha tradição do direito brasileiro.

2. Outros países

Se no próprio país natal de Freitas as suas idéias não prosperaram não se pode esperar uma maior influência nos países vizinhos.

(45) V. sobre a origem J. SAMTLEBEN, *Derecho cit.* (supra n. 1), 248, nota 22, e para a interpretação as notas seguintes.

(46) V. autores citados por I. STRENGER, *Op. cit.*, (supra n. 43), 201 ss.

(47) A. DE CARVALHO, *Contrato por correspondência com firma estrangeira*, in *Revista Forense*, 155, 1954, 103 ss.; A. WALD, *Da validade das convenções sobre foro do contrato e da aplicação da lei estrangeira às convenções celebradas no Brasil*, in *Revista dos Tribunais*, 345, 1964, 58 ss., 64 ss.; L.G.P. DE BARROS LEAES, *Arbitragem comercial internacional*, in *Revista Forense*, 221, 1968, 421 ss.

(48) V. jurisprudência citada por G. GARLAND, *Op. cit.*, (supra n. 42), 54 s.

(49) Supremo Tribunal Federal, Ac. 17.12-1981, Recurso extraordinário nº 93.131, «Chamपालmaud c. Banco do Brasil S/A. e outros», *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 101, 1982, 1149 ss., 1167 s.

(50) H. VALLADÃO, *Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, Anteprojeto oficial*, Rio de Janeiro, 1964, 25, 90 ss., 93; a versão revisada do Projeto de 1970 encontra-se em H. VALLADÃO, *Material cit.* (supra n. 39), 159 ss., 171.

Não é possível dar aqui um panorama geral do problema da autonomia da vontade nos países latino-americanos. Por isso limitamo-nos a alguns exemplos para demonstrar como nestes países a concepção territorialista de Bello e Story triunfou sobre a posição voluntarista de Savigny e Freitas.

a) O grupo chileno

Na primeira parte desta conferência já aludimos à norma do art. 16 do Código Civil chileno de 1855 que reflete as idéias de Bello sobre o direito aplicável aos contratos. É a lei do lugar da celebração que rege o contrato, respeitando o direito chileno quando este é a lei do lugar da execução. A jurisprudência entendeu que esta ressalva em favor da lei chilena somente opera de maneira unilateral, e sujeita os contratos celebrados no Chile à lei chilena, mesmo se o lugar da execução se encontra no estrangeiro ⁽⁵¹⁾.

Na doutrina chilena discute-se a possibilidade duma autonomia das partes para determinar a lei do contrato. Para isso os autores baseiam-se na disposição do art. 1545 do Código Civil que considera o contrato como lei entre as partes ⁽⁵²⁾. Também na jurisprudência se encontram alguns julgados que se inclinam neste sentido, especialmente quando as partes elegeram a lei chilena. Porém, na prática, domina a tendência territorialista, aplicando-se o direito chileno mesmo contra uma declaração expressa das partes ⁽⁵³⁾.

A mesma situação encontramos nos países que seguem o modelo do Código Civil chileno. Assim, no Equador uma parte da doutrina reconhece uma certa autonomia das partes baseando-se na aludida norma do Código Civil, enquanto que a Corte Suprema não admite a eleição da lei do contrato pelas partes, quando este se firmou no Equador ⁽⁵⁴⁾. Igualmente na Colômbia a idéia da autonomia das partes não encontrou apoio na prática ⁽⁵⁵⁾. Somente na Venezuela, cujo Código Civil se afastou do modelo chileno pelas modificações posteriores, mas mantinha a regra mencionada sobre o contrato como lei entre as partes, a jurisprudência tem admitido expressamente a elei-

(51) Corte Suprema, Sent. 9.12-1930, «Banco de Tacna c. Espada y Donoso Hnos.», *Revista de derecho, jurisprudencia y ciencias sociales*, 28, 1931, 2ª parte, sec. 1, p. 409 ss., 416.

(52) F. ALBÓNICO VALENZUELA, *Manual de derecho internacional privado*, II, Santiago de Chile, 1950, 97 ss.; M. RAMÍREZ NECOCHEA, *Síntesis del derecho internacional privado chileno*, I, Santiago de Chile, 1965, 21 ss., 25; E. Hamilton, *Solución de conflictos de leyes y jurisdicción en Chile*, Santiago de Chile, 1966, 295 ss.

(53) V. jurisprudência citada por A. ETCHEBERRY O., *American-Chilean Private International Law*, New York, 1960, 58 ss. Sobre a eleição da lei chilena pelas partes v. Corte Suprema, Sent. 31.10-1918, «Ramos c. Cía. de Azúcar de Chichilayo», *Revista de derecho, jurisprudencia: ciencias sociales*, 16, 1919, 2ª parte, sec. 1, p. 365 ss., 401 s., 404.

(54) J.I. LARREA HOLGUÍN, *Manual de derecho internacional privado*, Quito, 1962, 212 y 320.

(55) C. BUENO-GUZMÁN, *El derecho internacional privado interno en Colombia*, in *Universitas. Ciencias jurídicas y socioeconómicas*, 51, 1976, 159 ss., 189 s.; PH. J. EDER, *American-Colombian Private International Law*, New York, 1956, 57 ss.

ção da lei do contrato, sendo esta nos casos citados a lei venezuelana ⁽⁵⁶⁾. E o projeto venezuelano de 1965 reconhece abertamente a autonomia das partes no sentido moderno, relembrando assim as idéias que Teixeira de Freitas desenvolveu no Brasil precisamente cem anos antes no seu Esboço ⁽⁵⁷⁾.

b) Argentina

Consideração especial merece o Código Civil argentino de 1869 que se elaborou pela maior parte justamente em base do Esboço de Teixeira de Freitas ⁽⁵⁸⁾. O autor do Código Civil, Dalmacio Vélez Sarsfield, que estava em contato direto com o seu grande contemporâneo brasileiro, deixava também inspirar-se, na matéria do direito internacional privado, pelas idéias de Joseph Story. O resultado é uma mistura de concepções divergentes que causa para a doutrina argentina problemas árdouos de interpretação ⁽⁵⁹⁾. Assim, na parte sobre os contratos, Vélez Sarsfield copiou nos arts. 1209-1216 quase literalmente os arts. 1962 e ss. do Esboço de Freitas. Porém, os precedentes arts. 1205-1208 do Código Civil correspondem exatamente às passagens respectivas do livro de Joseph Story ⁽⁶⁰⁾.

Segundo o pensamento de Story, o art. 1205 sujeita os contratos feitos fora do território argentino às leis do lugar da celebração. Porém, para os contratos celebrados no território argentino ou fora dele para ter sua execução na Argentina, ou celebrados na Argentina para serem executados fora dela, os arts. 1209 e 1210 declaram aplicável a lei do lugar da execução, seguindo o modelo do art. 1962 do Esboço. Para conciliar estas disposições, a doutrina argentina inventou construções complicadas, limitando o âmbito do art. 1205 aos contratos sem pontos de conexão com o território argentino. Porém, outros autores consideram sempre aplicável a lei do lugar da execução do contrato, se este não coincide com o lugar da celebração, unindo assim o pensamento de Story com as idéias de Freitas ⁽⁶¹⁾.

No entanto, Vélez Sarsfield no seu Código Civil não copiou os arts. 32 e 1965 do Esboço sobre a eleição da lei do contrato pelas partes. Como ele seguiu quase literalmente todas as demais regras

(56) V. jurisprudência citada por J. SAMTLEBEN, *La aplicación del Código Bustamante en Venezuela*, in *Libro Homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, 1975, 319 ss., 337.

(57) *Exposición de motivos y proyecto de ley de normas de derecho internacional privado*, Caracas, 1965, p.8, 17, arts. 29,31 s.

(58) S. MEIRA, *Op. cit.* (supra n. 40), 292 ss., 305 ss.; IDEM, *Direito brasileiro e direito argentino, Códigos comercial e civil: Influência do «Esboço» de Teixeira de Freitas ao Projeto de Vélez Sarsfield*, in *Studi Sassaresi*, III, v. 5, 1977-78 (1981), 201 ss., 228 ss.

(59) V. sobre isso J. SAMTLEBEN, *Der Territorialitätsgrundsatz im Internationalen Privatrecht Lateinamerikas*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 3, 35, 1971, 72 ss., 97 s.

(60) H. VALLADÃO, *The Influence* cit. (supra n| 6), 37 s.

(61) V. sobre as diferentes opiniões H. GRIGERA NAÓN, *Les contrats internationaux en Argentine*, in *Droit et pratique du commerce international*, 7, 1981, 427, 428 s.

do Esboço sobre os contratos, esta omissão parece ser o resultado duma decisão consciente contra a autonomia das partes, influenciada pelo pensamento de Joseph Story. Não faltam na Argentina as tentativas de reconhecer esta autonomia no direito internacional privado, baseando-se na norma do art. 1197 do Código Civil, que considera os contratos, lei entre as partes ⁽⁶²⁾, ou no direito consuetudinário ⁽⁶³⁾. Porém, a doutrina tradicional nega-se a reconhecer a autonomia das partes como direito vigente e a conceder aos arts. 1205 e ss. mero valor subsidiário ⁽⁶⁴⁾. Conseqüentemente, segundo estas normas as partes no direito internacional privado argentino somente dispõem duma autonomia indireta através da escolha do lugar de execução ⁽⁶⁵⁾.

3. Os tratados

Para finalizar este estudo, vamos dar um breve resumo dos tratados latino-americanos no âmbito do direito internacional privado e das soluções que eles brindam para os problemas dos contratos internacionais. Sem deter-nos com os vários tratados do século XIX que contêm cláusulas expressas sobre este assunto ⁽⁶⁶⁾, limitamo-nos aqui aos grandes tratados multilaterais hoje em vigor, que são os Tratados de Montevideu e o Código Bustamante, e aos trabalhos atuais da Organização dos Estados Americanos.

a) Os Tratados de Montevideu

Os Tratados de Montevideu de 1889, que foram ratificados pela Argentina, Bolívia, Paraguai, Peru, Uruguai e depois Colômbia, baseiam-se no pensamento de Story e Savigny e também no Código Civil argentino de 1869 ⁽⁶⁷⁾. Por isso podemos averiguar certa seme-

(62) M. ARGÜAS — C.A. LAZCANO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1926, 274 ss.; B. KALLER DE ORCHANSKY, *Régimen de los contratos en derecho internacional privado argentino*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 19, 1966, 519 ss., 524,529 s.

(63) W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado* 4, Buenos Aires, 1982, 191 ss., 198 ss., 393; A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1978, 458 ss.; *IDEM*, *International Contracts in Argentina*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches internationales Privatrecht*, 47, 1983, 431, 433 s., 459 ss., referindo-se à prática do Estado argentino de aceitar nos contratos internacionais de empréstimo cláusulas sobre eleição do foro e da lei aplicável. V., porém, sobre a recente decisão dum juiz de Rio Gallegos contra esta prática, J. SAMTLEBEN, «*Der Kampf ums Forum*»: Ein Gefecht in Patagonien, in *Rabels Zeitschrift*, *ibidem*, p. 738 ss.

(64) V. a resolução das «Sextas Jornadas de Derecho Civil» de 1977, citada por M.A. CIURO CALDANI, *Algunas consideraciones acerca de las VI Jornadas de Derecho Civil y el derecho internacional privado*, in *La Ley*, 1978, B, 820 ss.; criticamente W. GOLDSCHMIDT, *El derecho internacional privado en las Sextas Jornadas de Derecho Civil*, in *El Derecho*, 75, 1978, 781 ss., 783.

(65) H. GRIGERA NAÓN, *Op. cit.* (supra n. 61), 429, 432 s.

(66) V. sobre estes tratados J. SAMTLEBEN, *Derecho cit.* (supra n. 1), 7 ss., notas 28 y 94.

(67) V. *ibidem*, p. 15 ss., 284 ss., 293 s.

lhança com as idéias de Teixeira de Freitas, as quais por esta via indireta influenciaram especialmente as regras do Tratado de Direito Civil Internacional de 1889. Assim, na matéria dos contratos internacionais, os arts. 32 e 33 declaram aplicável a lei do lugar da execução do contrato. Seguindo o modelo do Código Civil argentino inspirado por Freitas — e contrariando o pensamento de Savigny — este lugar de execução é considerado como centro do contrato inteiro, evitando assim a divisão nas várias obrigações contratuais. Esta concepção unitária do Tratado, que contém regras especiais para a determinação desse lugar nos seus arts. 34 e ss., é também confirmado pela jurisprudência ⁽⁶⁸⁾.

Porém, o Tratado de Montevideu de 1889, como já o Código Civil argentino, afasta-se do pensamento de Freitas, não admitindo a autonomia da vontade das partes na determinação da lei do contrato ⁽⁶⁹⁾. Isto resulta do caráter obrigatório das suas normas e é confirmado pela doutrina ⁽⁷⁰⁾ e jurisprudência ⁽⁷¹⁾. Na revisão dos Tratados de Montevideu em 1939/40, esta questão foi discutida, mas resolvida em sentido negativo ⁽⁷²⁾. Assim o Protocolo Adicional aos Tratados de 1940, vigente entre Argentina, Paraguai e Uruguai, declara no seu art. 5 expressamente:

«La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley.»

Esta norma, que depois foi copiado no art. 2403 do Código Civil do Uruguai, exclui terminantemente a livre eleição da lei aplicável pelas partes, somente reconhecendo a autonomia substantiva das partes no âmbito do direito dispositivo ⁽⁷³⁾.

b) O Código Bustamante

O Código Bustamante, votado pela Sexta Conferência Internacional Americana de Havana, em 1928, está vigente entre quinze nações

(68) Juzgado Comercial de la Capital, Sent. 29.4-1964, «Banco de Montevideo c. Cía Azucarera Tucumana», *Jurisprudencia Argentina*, 1964, VI, 240 ss., 244: «La determinación de una ley única ... es lógica si se advierte que se debe aplicar para un solo contrato una sola regulación legal para evitar distinción de trato entre las partes en igualdad de situaciones, en una misma relación».

(69) Cf. *Actas de las sesiones del Congreso Sud-Americano de derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1894, 492 ss.

(70) W. GOLDSCHMIDT, *Derecho cit.* (supra n. 63), 197, 392; Q. ALFONSÍN, *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, 1950, 31 s.

(71) Cf. Supremo Corte de Justicia Nacional, Sent. 28.9-1931, «Molins y Cía. c. Ferrocarril Central de Buenos Aires», *Jurisprudencia Argentina*, 36, 1931, 839, em relação ao Tratado de Direito Comercial Internacional de 1889.

(72) J.L. BUSTAMANTE I RIVERO, *El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940*, Montevideo, 1942, 109 s., 165 ss.

(73) Esta concepção do Tratado é contrariado por W. GOLDSCHMIDT, *Derecho cit.* (supra n. 63), 392, que admite a livre eleição da lei aplicável através dum *renvoi* do direito nacional.

latino-americanas, sendo aplicado também em relação a Estados não-contratantes ⁽⁷⁴⁾. O seu autor, o jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, estava influenciado pela doutrina manciniana da Escola Italiana do século XIX. Reconhecendo a liberdade das partes, à qual ele chamava «autarquia personal», admitiu a eleição da lei do contrato, embora a restringisse ao âmbito do direito dispositivo segundo os conceitos da *lex fori* ⁽⁷⁵⁾. No Código Bustamante, essa sua opinião encontrou expressão defeituosa no art. 166:

«As obrigações que nascem dos contratos têm força de lei entre as partes contratantes e devem cumprir-se segundo o teor dos mesmos, salvo as limitações estabelecidas neste Código.»

Esta norma, que corresponde ao art. 1091 do Código Civil espanhol e cubano, e que se encontra na mesma forma em quase todos os Códigos latino-americanos, não teve muita influência no direito internacional privado dos Estados contratantes. Foi considerado como uma regra de direito substantivo e como tal aplicada na jurisprudência brasileira ⁽⁷⁶⁾. Somente nos Estados onde já a respectiva norma do Código Civil fora discutida no direito internacional privado, também o art. 166 do Código Bustamante foi mencionado neste contexto. Assim uma sentença chilena se baseou nele para convalidar uma cláusula contratual em favor do direito norte-americano, mas foi anulada por via de apelação ⁽⁷⁷⁾. Na jurisprudência venezuelana, porém, o art. 166 foi citado para justificar a aplicação do direito venezuelano que as partes tinham escolhido no seu contrato, sendo este argumento reprovado na instância superior ⁽⁷⁸⁾.

c) Os trabalhos da OEA

A Organização dos Estados Americanos (OEA) desde a sua fundação tem-se ocupado com «o desenvolvimento e a codificação do direito internacional privado». A Carta da OEA de 1948 previa no seu art. 67 que o Conselho Interamericano de Jurisconsultos trataria do assunto. A comissão permanente deste Conselho, o Comitê Jurídico Interamericano, publicou no ano de 1966 um projeto de reforma do Código Bustamante, combinando este com as regras dos Tratados de Montevideú. Na matéria dos contratos, o projeto abandona o critério do Código Bustamante e segue as conexões objetivas dos Tra-

(74) J. SAMTLEBEN, *Derecho cit.* (supra n. 1), 64 ss., 177 ss.

(75) *Ibidem*, 223 ss.

(76) Juízo da 4ª Vara Cível do Distrito Federal, Sent. 21-111931, «Biolchini c. Caldeira Brant», *Archivo Judiciário*, 21, 1932, 80 (91) — *Revista Forense*, 58, 1932, 324 (334), sobre a validade duma cláusula valor-ouro.

(77) Corte del Trabajo, Sent. 29.3-1962, embargos de terceiro nos autos «Caja de Empleados Particulares c. Sociedad de Transportes Aéreos ALA», *Revista de derecho, jurisprudencia y ciencias sociales*, 59, 1962, 2ª parte, sec. 1, p.261.

(78) V. as decisões citadas por J. SAMTLEBEN, *La aplicación cit.* (supra n. 56), 337.

tados de Montevidéu, sem dar margem à autonomia da vontade das partes ⁽⁷⁹⁾.

Estes trabalhos de reforma encontraram sua continuação nas Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado. Porém, as primeiras conferências do Panamá em 1975 e de Montevidéu em 1979 não trataram da lei aplicável aos contratos internacionais ⁽⁸⁰⁾. Este assunto tampouco aparece na agenda da Terceira Conferência Especializada, prevista para 1984. Entretanto, na Europa a Convenção de Roma de 1980 empreendeu a unificação do direito internacional privado dos contratos no âmbito das Comunidades Europeias. É de esperar que nas futuras Conferências Interamericanas esta matéria também encontre seu tratamento apropriado. Para isso não é preciso seguir o modelo europeu. Antes, uma futura convenção interamericana pôde basear-se na própria tradição do continente, relembrando os ensinamentos do grande jurista brasileiro Augusto Teixeira de Freitas.

(79) Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, in Trabajos realizados por el Comité Jurídico Interamericano durante su Período Ordinario de Sesiones (Julio-Octubre de 1966), Unión Panamericana, Washington D.C., 1966, p.16 ss., 38, arts. 122 ss.

(80) V. sobre estas conferências J. SAMTLEBEN, Derecho cit. (supra n. 1), 41 ss., e os estudos ali citados; IDEM, Die Interamerikanischen Spezialkonferenzen für Internationales Privatrecht, in Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 44,

Novas Tendências na Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos ⁽¹⁾

Ada Pellegrini Grinover

Prof.^a de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP

SUMÁRIO: 1. *A preocupação com o problema* — 2. *Distinção terminológica* — 3. *As notas essenciais dos interesses difusos* — 4. *Interesses difusos como interesses de massa* — 5. *O aspecto político da tutela* — 6. *Tutela constitucional e órgãos governamentais* — 7. *Tutela jurisdicional* — 7.1. *Os conceitos processuais clássicos frente à tutela jurisdicional dos interesses difusos* — 7.2. *A superação dos esquemas tradicionais* — 7.3. *As alternativas da legitimação para agir* — 7.4. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos, no Brasil* — 7.5. *Os novos rumos no sistema brasileiro* — 7.5.1. *A legitimação das associações é do indivíduo às ações coletivas* — 7.5.2. *A ação popular constitucional como instrumento de tutela de certos interesses difusos* — 7.5.3. *A lei de proteção ao meio ambiente* — 7.5.4. *As sugestões "de lege ferenda" e o Anteprojeto de lei para a tutela jurisdicional do meio ambiente.*

1. Na primeira justificativa do Anteprojeto atinente ao Juizado Especial de Pequenas Causas, havia uma referência expressa ao fato de que a criação do Juizado não seria uma panacéia para todos os males do Judiciário, deixando em aberto questões magnas, como a proteção jurisdicional dos interesses difusos, que permanecem sem tutela no nosso ordenamento.

Pois é exatamente com relação a esses interesses, para os quais convergem hoje as atenções de tantos e tantos estudiosos, que se volta hoje nossa preocupação, indicando a existência de uma litigiosidade que não é levada à solução do Poder Judiciário e a conseqüente necessidade deste ampliar o seu raio de ação, de modo a intervir também nesses novos conflitos, que são conflitos sociais. Conflitos que podem e devem ser resolvidos macroscopicamente, por envolverem ao mesmo tempo um feixe de relações jurídicas, e não apenas microscopicamente, individualmente, como se vem fazendo até hoje.

2. Estamos inquestionavelmente no campo dos interesses metaindividuais, supra-individuais, coletivos. Mas já é ambígua e contraditória a própria terminologia que acompanha o objeto de nosso estudo: interesses coletivos, interesses difusos, interesses superindividuais. É preciso distinguir.

(1) Conferência proferida na sessão solene do E. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, no Dia da Justiça (8 de dezembro de 1983). Foram acrescentadas as notas.

È meta-individual também o **interesse público**, exercido com relação ao Estado. Mas esse interesse (à ordem pública, à segurança pública) constitui interesse de que todos compartilham. E o único problema que pode suscitar ainda se coloca na perspectiva clássica do conflito indivíduo contra Estado.

Já por **interesses coletivos** entendem-se os interesses comuns a coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico definido que as congrega. A sociedade comercial, o condomínio, a família dão margem ao surgimento de interesses comuns, nascidos em função da relação-base que congrega seus componentes, mas não se confundindo com os interesses individuais. Num plano mais complexo, onde o conjunto de interessados não é mais facilmente determinável, embora ainda exista a relação-base, surge o interesse coletivo do sindicato, a congregar todos os empregados de uma determinada categoria profissional⁽²⁾. Mas ainda não estamos no plano dos interesses difusos.

O outro grupo de interesses meta-individuais, o dos **interesses difusos** propriamente ditos compreende interesses que não encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato freqüentemente acidentais e mutáveis: habilitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio-econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc.⁽³⁾. Trata-se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à «qualidade de vida». E essas necessidades e esses interesses, de massa, sofrem constantes investidas, freqüentemente também de massa, contrapondo grupo versus grupo, em conflitos que se coletivizam em ambos os pólos.

3. Decorre daí que duas notas essenciais podem ser destacadas, nesses interesses ditos difusos. Uma, relativa a sua titularidade, pois pertencem a uma série indeterminada de sujeitos. Vê-se daí que soçobra o conceito clássico de direito subjetivo, centro de todo o sistema clássico burguês, que investia o indivíduo do exercício de direitos subjetivos, titularizados claramente em suas mãos, e legitimava o prejuízo causado a quem de outro direito subjetivo não fosse titular.

Outra, relativa a seu objeto, que é sempre um bem coletivo, insuscetível de divisão, sendo que a satisfação de um interessado implica necessariamente a satisfação de todos, ao mesmo tempo em que a lesão de um indica a lesão de toda a coletividade. Nesse sentido, foi precisamente apontada, por BARBOSA MOREIRA, a indivisibilidade, **lato sensu**, desse bem⁽⁴⁾.

(2) BARBOSA MOREIRA, A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados «interesses difusos», in: *Temas de Direito Processual*, S.P., Saraiva, 1977, p. 111/112.

(3) Id. *ibid.*, p. 112.

(4) BARBOSA MOREIRA, A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro, *Rev. Forense*, 276/.

4. A necessidade de solução pacífica do conflito de interesses difusos, e sua tutela pelo ordenamento jurídico, são indiscutíveis. Trata-se de interesses de massa, relativos à defesa do meio ambiente, à proteção de valores culturais e espirituais, à tutela do consumidor. E exatamente por sua configuração coletiva e de massa, caracterizam-se por uma conflituosidade, também de massa, que não se coloca no clássico contraste indivíduo x autoridade, mas que é típica das escolhas políticas. Quando a poluição de um rio afeta as populações ribeirinhas; quando laboratórios químicos falsificam produtos farmacêuticos; quando indústrias alimentícias fraudam milhares de consumidores; quando complexos industriais poluem bairros e cidades; quando petroleiros provocam danos ecológicos ou predadores exterminam a fauna; quando a indústria edílicia deteriora o patrimônio artístico, histórico ou turístico, verifica-se de maneira contundente e até trágica a necessidade imperiosa e urgente de não deixar sem tutela esses interesses comuns.

Por outro lado, ao grupo titular de um interesse costuma-se contrapor o interesse de outro grupo. O interesse à contenção dos custos de produção e dos preços contrapõe-se ao interesse à criação de novos postos de trabalho, à duração dos bens colocados no comércio, etc. O interesse à preservação das belezas naturais contrapõe-se ao interesse da indústria edílicia, ou à destinação de áreas verdes a outras finalidades; o interesse ao transporte automobilístico não poluente e barato contrapõe-se ao interesse por um determinado tipo de combustível; o interesse à informação correta e completa contrapõe-se ao interesse político em manter um mínimo de controle sobre os meios de comunicação de massa, etc.

5. Salta à vista o aspecto político da tutela dos interesses difusos, na medida em que é evidente que os procedimentos normais de mediação do sistema político mostraram sua insuficiência, daí resultando o conflito de massa.

O problema fundamental da proteção desses novos interesses reside, assim, na correta colocação institucional dos procedimentos de mediação que têm por objeto a solução de conflitos meta-individuais ⁽⁵⁾.

Reconhecer a existência dos interesses difusos, pretender sua tutelabilidade e, ainda, criar o instrumental necessário à sua efetiva proteção significa, evidentemente, acolher novas formas de participação, como instrumento de racionalização do poder.

Não se pode duvidar do interesse dos detentores do poder, econômico e político, no sentido de controlar e absorver o alto índice de conflitos meta-individuais criado pelos interesses difusos. E um dos meios desse controle é exatamente a institucionalização das formas

(5) VILLONE, La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso. In: La Tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, Milão, 1976, p. 78/79.

de participação. Trata-se de uma tentativa de gestão racional de determinados setores da vida coletiva, que tem a seu favor não apenas a fé iluminista no valor educativo da participação, mas ainda a convicção da necessidade de busca de novas formas de democracia, adequadas aos progressos e aos riscos da revolução técnico-científica ⁽⁶⁾.

5.1 — Nessa realidade, os grupos espontâneos, os «corpos intermediários», surgem inevitavelmente com novas tarefas, cada vez mais importantes. E também nesse ponto é necessário rever as posições do liberalismo clássico, afastando a profunda aversão da Revolução Francesa contra qualquer modalidade de «corps intermédiaires», aversão essa justificada pelo fato de que, sob o «ancien régime», as formações sociais intermediárias haviam embasado o feudalismo ⁽⁷⁾.

Já no século passado, principalmente com o reforço do movimento sindical operário, a desconfiança para com os grupos intermediários foi-se atenuando, verificando-se a união dos indivíduos, através dos sindicatos, para enfrentar o poder industrial. Mas é somente em épocas recentes que novos «corpos intermediários» começam a surgir e a proliferar: novos grupos, novas categorias, novas classes de indivíduos, conscientes de sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra as tiranias da nossa época, que não é mais exclusivamente a tirania dos governantes: a opressão das maiorias, os interesses dos grandes grupos econômicos, a indiferença dos poluidores, a inércia, a incompetência ou a corrupção dos burocratas. E multiplicam-se as associações para a defesa dos direitos civis, as associações de consumidores, de defesa da ecologia, de amigos de bairros, de pequenos investidores. Claro é que tais grupos intermediários podem, por sua vez, transformar-se em centros de poder e de opressão, para os associados e para os terceiros ⁽⁸⁾. Podem, inclusive, influir de maneira determinante sobre a escolha de prioridades econômicas e sociais do país ⁽⁹⁾. Por isso, o mesmo movimento que visa a reconhecer aos grupos intermediários capacidade de direito material e processual, preocupa-se em colocar limites à sua ação, em uma «articulada, flexível, pluralista combinação de forças — de pesos e de contrapesos, de poderes e de controles» ⁽¹⁰⁾.

5.2 — Nesse enfoque, também a pessoa física se insere em contexto diverso, situando-se no grupo social. É evidente que diante de violações de massa, o indivíduo, singularmente lesado, se encontra em situação inadequada para reclamar contra o prejuízo pessoalmente sofrido. As razões são óbvios: em primeiro lugar, pode até ignorar

(6) DENTI, *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. R. Dir. Proc., nº 29, 1974, p. 539/540.

(7) CAPPELLETTI, *Formazioni Sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, R. Dir. Proc., nº 30, 1975, p. 389.

(8) Ver a obra de EHRlich — *Le pouvoir et les groupes de pression*. Paris, 1971.

(9) RECCHIA, *Considerazioni sulla tutela degli interessi diffusi nella costituzione*, in: *La tutela*, cit., p. 67.

(10) CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 391.

seus direitos, por tratar-se de campo novo e praticamente desconhecido; sua pretensão individual pode, ainda, ser por demais limitada; e as custas do processo podem ser desproporcionais a seu prejuízo econômico. Não se pode olvidar, de outro lado, o aspecto psicológico de quem se sente desarmado e em condições de inferioridade perante adversários poderosos, cujas retorsões pode temer; nem se pode deixar de lado a preocupação para com possíveis transações econômicas, inoportunas exatamente na medida em que o conflito é «pseudo-individual», envolvendo interesses de grupos e categorias ⁽¹¹⁾.

Novos tipos de tutela hão de ser encontrados, para os grupos e para a pessoa física.

6. O novo conceito de interesse difuso, ocasionado pela problemática das necessidades coletivas a serem satisfeitas, dá margem à individualização, a nível constitucional, de novos «direitos», como o direito ao ambiente, à saúde ⁽¹²⁾, à informação ⁽¹³⁾.

Individualização essa que às vezes dimana de expressas normas constitucionais ⁽¹⁴⁾, mas às vezes deflui do ordenamento, independentemente de regras constitucionais expressas: é o caso do «constitutional right of environment», no sistema norte-americano ⁽¹⁵⁾, direito esse extraído da Constituição, que não o contempla expressamente, por intermédio de princípios diversos, como a «due process clause», a teoria da «penumbra» do Bill of Rights, ou a interpretação da IX Emenda ⁽¹⁶⁾.

A possibilidade é extremamente interessante para um sistema constitucional como o brasileiro, onde a especificação dos direitos e

(11) TROCKER, La tutela giurisdizionale degli interesse diffusi com particolare riguardo alla protezione dei consumatori contro atti di concorrenza sleale: analisi comparativa dell'esperienza tedesca. In: La tutela cit., p. 451/452.

(12) O conceito de saúde, nesse quadro, não é mais a saúde do indivíduo, mas antes a saúde do grupo, englobando os hábitos alimentares, ou seja a racionalização da escolha dos alimentos e a definição da alimentação sadia (RECCHIA, op. cit., p. 29).

(13) O direito à informação assinala a passagem do conceito de liberdade de informação — negativa — enquadrada na liberdade clássica de expressão, ao direito — positivo — à informação: cf. RECCHIA, op. cit., p. 35, nota 17. Ver também LOIDICE, verbete «informazione (diritto alla)», in: ENCICLOPEDIA del Diritto, v. 21, 1971, p. 472.

(14) v.g., Constituição italiana, art. 9º, II parte — A República tutela a paisagem e o patrimônio histórico e artístico da Nação — e art. 32, I parte — A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade. No Brasil, embora de forma menos incisiva e coletiva, a Constituição põe normas de tutela de interesses difusos nos arts. 175, § 4º; 176; 179, parágrafo único; 180; nos arts. 160 e 165, XV e XVI, etc. Aliás é RECCHIA (op. cit., p. 44 e segs) que distingue entre interesses difusos tutelados explicitamente e/ou implicitamente.

(15) Cf. KLIPSCH — Aspects of a constitutional right to a habitable environment: toward an environmental Due Process. Ind. L.J., 48, 1974, p. 203.

(16) sobre os diversos caminhos, acima indicados, e seguidos pelo Supremo Americano para chegar ao reconhecimento do «constitutional right of environment», ver RECCHIA, op. cit., p. 62/66. Hoje, já se sustenta nos Estados Unidos a oportunidade de emendar a Constituição Federal para nela introduzir uma norma específica sobre o ambiente, seguindo o exemplo de Constituições estaduais, como a do Estado de New York (art. IX: cf. RECCHIA, op. cit., 66).

garantias não se faz em um «*numerus clausus*» (art. 153, § 36), seguindo exatamente o modelo norte-americano ⁽¹⁷⁾.

Quer promane de normas constitucionais expressas, quer deflua do próprio sistema, o reconhecimento de necessidades coletivas a serem satisfeitas e tuteladas deu margem à criação de numerosos órgãos governamentais, altamente especializados, encarregados dessa tutela no plano administrativo: assim, na Suécia o «ombudsman do consumidor», contra os abusos comerciais e publicitários; na Inglaterra, o «Director General of Fair Trading», contra o abuso do poder econômico; ainda na Inglaterra, o «Race Relations Board», contra a discriminação racial. Nos Estados Unidos da América, o «Attorney General» foi subdividido em numerosos departamentos, especializados em assuntos de «welfare», «civis rights», «antitrust», tutela dos consumidores e do ambiente, etc. A par disso, numerosas «administrative agencies» foram criadas, como a «Food and Drug Administration», a «Securities and Exchange Commission»; mais recentemente ainda, foram instituídas a «Environmental Protection Agency» e a «Consumer Protection Agency», cujo papel principal é o de atuar como uma espécie de advogado (ou ombudsman) dos consumidores ⁽¹⁸⁾.

Também no Brasil, diversos órgãos governamentais foram criados, visando à tutela de interesses difusos: assim, por exemplo, o Conselho de Defesa dos Direitos Humanos; o Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Conselhos de Defesa do Consumidor; o Conselho Nacional do Meio Ambiente, a Secretaria Especial do Meio Ambiente e órgãos estaduais e municipais de defesa ambiental, etc.

7. Mas onde a tutela dos interesses difusos se torna mais relevante é no plano processual. Não somente porque é o processo, como instrumento de atuação de certas fórmulas constitucionais, que viabiliza a sua garantia, transformando o «direito declarado» em «direito assegurado» ⁽¹⁹⁾; mas ainda porque, tratando-se de interesses difusos, o próprio processo se apresenta em um novo enfoque, desafiando a argúcia e a criatividade do processualista.

7.1 — Em primeiro lugar, é o dado político que altera o conceito de processo, não mais entendido como clássico instrumento de solução de lides intersubjetivos, mas transformado em meio de solução de conflitos meta-individuais, por isso mesmo tipicamente políticos ⁽²⁰⁾.

(17) IX Emenda à Constituição Norte-Americana. Lembre-se, porém, a importante afirmação de LOEWENSTEIN, no sentido de que uma das maiores lacunas daquele sistema constitucional está no fato de que as garantias do bill of rights só tem efeitos em relação ao poder público.

(18) CAPPELLETTI, op. cit. 391, bibliografia.

(19) BURGOA — El juicio de amparo. 1950, p. 258. Ver também CAPPELLETTI — Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. in: Giur. cost., 1961, p. 1284 e segs. Ver ainda, de nossa autoria: As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo, 1973, p. 15.

(20) VILLONE, La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso, in: La Tutela cit., p. 86/87.

Assim como se modifica o conceito de processo, muda o de ação, a qual se transforma em meio de participação política, numa noção aberta de ordenamento jurídico, em contraposição à fechada rigidez que deriva das situações substanciais tradicionais. Nesse contexto, a ação consagra uma operação política do direito, provocada pela inadequação das técnicas tradicionais ⁽²¹⁾. E a jurisdição, atuando através de instrumentos renovados e impulsionada por um distinto poder, tem transmutada a sua própria finalidade funcional, que se desloca, de mera atuação do direito objetivo, para o papel promocional da aquisição de uma consciência do «coletivo» e do «social». A tutela jurisdicional de situações não mais meramente individuais transforma-se na expressão de um modo de apropriação coletiva de bens comuns e, contemporaneamente, na manifestação de uma necessidade de participação, por intermédio da justiça ⁽²²⁾.

7.2 — Em segundo lugar, a tutela jurisdicional dos interesses difusos exige uma superação do modelo tradicional do processo, com a adoção de novas técnicas que permitam a proteção adequada de interesses meta-individuais. Como nota BARBOSA MOREIRA ⁽²³⁾, tem sabor de lugar-comum a observação de que a estrutura clássica do processo civil corresponde a um modelo concebido e realizado para acudir fundamentalmente à situação de conflito entre interesses individuais. E no processo penal a situação, embora diversa, também se cristaliza em um enfoque rígido, no qual o MP age no interesse público, como órgão do Estado.

Institutos como a legitimação e o interesse de agir, a representação e a substituição processual, a ciência bilateral dos atos processuais e o contraditório, os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, os poderes do juiz e a função do MP, foram construídos para o processo clássico e continuam perfeitamente a reger as relações interindividuais ou as relações Estado-indivíduo, que sem dúvida ainda se revestem de grande importância na vida contemporânea. Mas não se adaptam, em sua configuração tradicional, às novas situações, em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas ⁽²⁴⁾.

O esquema clássico, mostra Cappelletti ⁽²⁵⁾, apresenta-se nos seguintes termos: a) o processo civil, envolvendo, via de regra, situações individualistas, de caráter privado, concede a legitimação para agir ao sujeito que é (ou que se afirma) titular da relação jurídica material deduzida em juízo; b) o processo penal, envolvendo interesse público, legitima para a ação via de regra, a parte também

(21) Cf. DENTI, *op. cit.*, p. 542/543.

(22) Essa última idéia foi afirmada, no Congresso de Pavia, de 1974, sobre o tema «le azioni a tutela di interessi collettivi», por Bigoriti, apud I ORIANA ZANUTTICH — *Processo e tutela dell'ambiente nell'esperienza nordamericana*. in: *La tutela cit.*, p. 392.

(23) BARBOSA MOREIRA, *Ação Popular cit.*, p. 110.

(24) BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p. 110.

(25) CAPPELLETTI, *p. cit.*, p. 368/369.

pública, que representa o Estado. E quando, no processo civil, se vislumbra um elemento «público» (como v.g., nas ações que versam sobre o estado das pessoas), o ordenamento tende a legitimar para a ação, ou ao menos à intervenção, o MP que, como representante do Estado, é «titular» do direito público.

«*Tertium non datur!*», exclama o Autor ⁽²⁶⁾: como se entre «público» e «privado» houvesse um abismo profundo, sem qualquer ponto em comum. No entanto, a «*summa divisio*» parece irremediavelmente superada pela realidade social de nossa época, da qual emergem claramente novos interesses que, posto que não públicos no sentido tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos. Ninguém, e todos, são seus titulares. A antiga concepção da iniciativa processual monopolizada nas mãos dos titulares do «direito subjetivo», revela sua impotência e sua inadequação frente a interesses que são, ao mesmo tempo, de todos e de ninguém ⁽²⁷⁾.

Com efeito, são raras, nos ordenamentos processuais, as normas que atribuem a legitimidade «*ad causam*», no processo civil, a determinados sujeitos, para a tutela de interesses comuns ou coletivos: e isto ocorre, de qualquer forma, em razão de um vínculo jurídico que une as pessoas do grupo entre si. É o caso do interesse dos acionistas na anulação ou na declaração de nulidade da deliberação da assembléia geral da sociedade anônima, ou na responsabilidade de direitos por ato lesivo ao patrimônio social; ou ainda o interesse dos condôminos de um edifício de apartamentos à cobrança das contribuições devidas por algum condômino em mora ⁽²⁸⁾; é o caso do dissídio coletivo na justiça do trabalho, ou da ação movida por alguns membros do grupo familiar para a tutela de interesses da família ⁽²⁹⁾.

Mas ainda não estamos frente aos «interesses difusos» propriamente ditos. Estes são tutelados de modo esporádico em alguns ordenamentos, onde o problema processual se solucionou de forma diversa. Trata-se de experiências e institutos que, embora ainda incipientes, estão em via de rápido e incessante desenvolvimento, e que se caracterizam por uma verdadeira revolução nos conceitos clássicos da ciência processual.

7.3 — As alternativas de legitimação para agir, na tutela jurisdicional dos interesses difusos, são as seguintes: a) atribuir a legitimação a todos os membros da coletividade, separadamente; b) atribuí-la exclusivamente aos representantes de grupos e associações que

(26) Id. *ibid.*

(27) «*A chi appartiene l'aria che espiro?*» pergunta dramaticamente Cappelletti: *op. cit.*, p. 372.

(28) BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p. 111. Com a costumeira felicidade, o Autor distingue, desses casos, o litisconsórcio ou a intervenção de terceiros, em que não há uma relação-base e um interesse derivado (que não se confunde com a relação-base), mas mera existência de mais de uma titulariedade, ativa ou passiva da relação jurídica.

(29) CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 369/370.

tenham como fim institucional expresso a tutela de interesses superindividuais; c) atribuí-la ao Ministério Público ⁽³⁰⁾.

A primeira solução tem sido julgada insuficiente, quando o indivíduo agisse exclusivamente com vistas ao prejuízo singularmente sofrido ⁽³¹⁾; mas, evidentemente, o que se pretende é que o indivíduo seja legitimado a defender, em juízo, os interesses de todo o grupo de que faz parte. Mesmo nesse caso, porém, existem riscos, inclusive quanto à possibilidade de conluio entre algum dos co-legitimados à ação e o réu, podendo chegar-se, através da atividade processual insatisfatória do autor, a uma sentença que vai prejudicar toda a categoria e/ou grupo representado ⁽³²⁾.

A segunda solução ainda esbarra com a dificuldade de que, em muitos ordenamentos, as associações não gozam — como ocorre com os sindicatos — de uma legitimação para agir com vistas à tutela de suas finalidades institucionais: reconhece-se, normalmente, às associações capacidade processual e legitimação, mas apenas para litigar a respeito de seus interesses próprios e direitos, e não em defesa de interesses coletivos ⁽³³⁾.

A terceira solução tem a desvantagem da reconhecida inadequação do MP como titular de ações de caráter coletivo: em primeiro lugar, pela própria índole de sua função, que o tornaria inidôneo a defender interesses de grupos, de comunidades, de classes; depois, por sua ligação ao Poder Executivo; enfim, por sua falta de especialização em campos tampouco tradicionais ⁽³⁴⁾. Essas considerações estendem-se a outros órgãos públicos, como o «attorney general» nos países de Common Law ou a Procuratura nos países socialistas ⁽³⁵⁾. E também abarcam a ação penal que visa à aplicação de sanções por infrações de caráter essencialmente coletivo, como as perpetradas por grupos econômicos contra vastas categorias de pequenos acionistas ou investidores; como as cometidas contra o meio-ambiente, ou no campo da construção civil; como as fraudes publicitárias, as adulterações alimentícias, etc. ⁽³⁶⁾.

(30) PROTO PISANI, *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi diffusi*, Dir. Giur., v. 89.

(31) CAPPELLETTI, op. cit., p. 373/374.

(32) PROTO PISANI, op. cit., p. 808.

(33) DE VITA. *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella prospettiva del diritto francese*, in: *La Tutela*, cit., p. 366 e segs.

(34) CAPPELLETTI, op. cit., p. 374/377, com copiosa bibliografia. V. no mesmo sentido TROCKER, op. cit., p. 459.

(35) CAPPELLETTI, op. cit., p. 374.

(36) CAPPELLETTI, op. cit., p. 377. No campo específico da ação penal, SCAPARONE (*Processo penale e interessi collettivi*, in: *La Tutela* cit., p. 493 e segs) defende a ação penal subsidiária, deferida a sujeitos públicos ou privados (p. 498/499). O Autor não descarta o perigo de acusações, infundadas, motivadas por perseguições ou chantagem, nem a possibilidade de conluio, com benefícios para o réu, em virtude do «ne bis in idem». Aponta, por isto, a necessidade de cautelas contra as acusações «di dismumbo o di comodo» (p. 500). Ver também, no campo da ação penal contra a violação de interesses difusos, DE VITA, op. cit., p. 374 e 379/380.

Cada ordenamento, evidentemente, tem suas características próprias e nem sempre a experiência estrangeira se adapta à organização social, à tradição, à mentalidade de outro povo ⁽³⁷⁾.

Mas é sem dúvida oportuno indicar a grande linha evolutiva que desponta no direito comparado; linha essa da qual emerge, como solução mais adequada para a tutela jurisdicional dos interesses difusos, a adoção das seguintes medidas:

a) instituição de órgãos públicos, altamente especializados, para a tutela extraprocessual e processual de determinados interesses difusos ⁽³⁸⁾.

b) extensão da legitimação para agir a sujeitos privados — associações e pessoas físicas — não pessoalmente prejudicados ⁽³⁹⁾.

c) extensão dos poderes do juiz, não mais limitado à reparação do **dano sofrido** pelo autor, mas investido de poderes para perquirir do **prejuízo provocado**, nem adstrito a proferir sentenças com eficácia limitada às partes ⁽⁴⁰⁾.

Vejamos alguns exemplos práticos: entre os órgãos públicos altamente especializados, criados para a tutela dos interesses difusos, alguns são investidos de legitimidade para agir processualmente: é o caso de «ombudsman do consumidor», na Suécia; do «Race Relations Board», na Inglaterra; da «Consumer Protection Agency», nos Estados Unidos da América; do «Registrar for Restrictive Trade Agreements», na Índia, contra abusos comerciais; do «Environmental Protection Council», em Ghana, etc. ⁽⁴¹⁾.

Mas, à vista da insuficiência de órgãos governamentais que possam realmente efetivar a tutela jurisdicional dos interesses difusos, esboçam-se soluções compostas, articuladas, flexíveis, consistentes em geral na conjunção e na integração da ação e do controle de órgãos públicos com a iniciativa de indivíduos e de grupos privados, direta ou mesmo indiretamente interessados. São esses os exemplos mais interessantes: na Suécia, o «embudsman» dos consumidores não tem o monopólio da ação, porquanto também as associações privadas de consumidores têm legitimidade «ad causam» ⁽⁴²⁾. Na França, a «loi Foyer» de 1973 não se limita a legitimar as associações dos consumi-

(37) Nesse sentido, saliente-se a longa tradição de empenho cívico, a consciência dos próprios direitos, a convicção em defendê-los e a associação espontânea, elementos todos que já se incorporaram definitivamente aos hábitos norte-americanos e que entre nós são ainda incipientes. Ver, a esse propósito, as considerações análogas de VILLONE, op. cit., p. 91/92, com referência à Itália.

(38) É a primeira ampla brecha, escreve CAPPELLETTI, ao monopólio do MP: op. cit. p. 379.

(39) É a revolução no conceito da legitimação para agir: CAPPELLETTI; op. e loc. cit.

(40) É a revolução no conceito tradicional de responsabilidade civil e reparação do dano, bem como no de coisa julgada e até mesmo do contraditório: CAPPELLETTI, op. cit., p. 380.

(41) CAPPELLETTI, p. 380/381, com bibliografia.

(42) Cf. CAPPELLETTI, op. cit., p. 383.

dores com relação a fatos que prejudiquem direta ou indiretamente o interesse coletivo dos consumidores, mas ainda institui uma série de controles para prevenir os possíveis abusos do direito de ação: controles esses, confiados, em parte, ao MP, num exemplo eloqüente do jogo de freios e contrapesos necessário a impedir excessos. Por outro lado, ainda na França, admite-se a possibilidade de os privados iniciarem a ação penal⁽⁴³⁾. Nos Estados Unidos da América, qualquer cidadão, ainda que não pessoalmente interessado, pode agir em juízo contra sujeitos privados ou entes públicos que provoquem poluição da atmosfera⁽⁴⁴⁾. Na Itália, qualquer pessoa está legitimada à ação em casos de licenças edilícias ilegalmente concedidas pela administração⁽⁴⁵⁾: na Alemanha Federal, não só os comerciantes e suas associações de consumidores estão legitimados para agir contra atividades de provar qualquer dano pessoal e direto⁽⁴⁶⁾. Em diversos países, como a Itália e a Índia, existem formas de ação popular em matéria eleitoral⁽⁴⁷⁾.

Não se podem deixar de lado, nesse rápido esboço da experiência estrangeira, instrumentos tradicionais, a que se deu novo conteúdo, no quadro da «Common Law»: é o caso dos «relator actions» e, mais ainda, das «class actions». As primeiras, de uso comum na Inglaterra e na Austrália, permitem que, na inércia do «attorney general», o indivíduo ou uma associação privada aja em juízo em nome, com a autorização e sob o controle do «attorney general», ainda que o indivíduo ou o grupo não tenha legitimação própria. Os exemplos mais freqüentes são os de «public nuisance», em que a coletividade sofre um prejuízo em sua saúde, e os de edificações irregulares. Os efeitos do provimento jurisdicional beneficiam a toda a coletividade. Quanto às «class actions», sua importância tornou-se transcendental, especialmente nos Estados Unidos. Aqui também estamos diante de um instituto tradicional, inspirado na «equity»: mas o autor (ou «class suitor») não necessita de autorização do «attorney general» ou de qualquer outro órgão oficial. Os controles sobre sua ação, que também existem, são exercidos essencialmente pelo juiz. Tratando-se de membro de uma «classe», que age no interesse dessa mesma classe, os efeitos (positivos ou negativos) da sentença valem com relação a todos os membros da categoria. São conhecidos os casos em que um único indivíduo ou uma associação agiu para tutelar interesses de milhares de pessoas, freqüentemente não identificáveis, na defesa de «civil rights» (v.g., contra discriminações raciais a nível de emprego, educação, habitação), do ambiente, dos direitos do consumidor e do pequeno investidor, etc.

(43) DE VITA, op. cit., p. 374/388; CAPPELLETTI, op. cit., p. 383/385.

(44) CAPPELLETTI, op. cit., p. 386. No caso de ação intentada pelo indivíduo, o «Administrador» tem sempre o direito de intervir no processo.

(45) A jurisprudência, entretanto, tem dado interpretação restritiva ao texto legal: CAPPELLETTI, op. cit., p. 371, nota 20; ver também TROCKER, op. cit., p. 455.

(46) TROCKER, op. cit., p. 449 e segs.: CAPPELLETTI, op. cit., p. 386.

(47) CAPPELLETTI, op. e loc. cit.

Enfim, novos esquemas processuais são ativados, revendo-se institutos como a legitimação, a representação e a substituição processual, os limites da coisa julgada, os poderes do juiz no processo e as garantias processuais das partes ⁽⁴⁸⁾. Até mesmo os princípios da defesa e do contraditório, como são até hoje aplicados, demonstram-se insuficientes para as exigências da sociedade contemporânea. Essa tendência não indica, inclusive, o abandono, mas sim a reestruturação de institutos que representam uma tão importante conquista da ciência processual. Nas palavras de CAPPELLETTI ⁽⁴⁹⁾, é preciso superar os esquemas de um «garantismo» processual de marca meramente individualista, para substituí-lo por um «garantismo social» ou «coletivo», que também sirva como salvaguarda dos novos grupos intermediários, aos quais há de assegurar-se o acesso à justiça para a tutela de seus interesses ⁽⁵⁰⁾.

Evidentemente, a prudência e a cautela hão de moldar a utilização de instrumentos e técnicas processuais novas. Cada ordenamento encontrará a melhor solução, que responda à sua realidade política, social e econômica. Mas a via jurisdicional torna-se necessária na tutela dos interesses difusos, principalmente onde se perceba a necessidade de uma correção eficiente de sistemas que ainda opõem dificuldades e obstáculos à obtenção de resultados, que já deveriam ter sido alcançados pelos processos de mediação política ⁽⁵¹⁾.

Para tanto, é preciso, antes de mais nada, que o processualista tenha a coragem intelectual de admitir que hoje afloram no processo situações diversas daquelas que constituíam o suporte dos institutos tradicionais ⁽⁵²⁾. A tradição doutrinária não pode significar um obstáculo para repensar institutos, que hão de ser moldados às novas situações. É preciso proceder, dentro de cada sistema, a uma análise funcional, ressaltando os tipos de interesses que devem ser protegidos e os tipos de provimentos idôneos à sua tutela, de modo a adaptar os mecanismos internos do processo à melhor consecução desses objetivos. Como já escreveu um dos mais sérios processualistas da atualidade, «não existe um processo melhor ou mais eficiente em sentido abstrato, mas um processo mais ou menos idôneo à tutela de determinadas situações» ⁽⁵³⁾.

(48) Especificamente sobre poderes do juiz e garantias processuais das partes, nessa nova ótica, ver CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 394/401; DENTI, *op. cit.*, p. 546/549.

(49) CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 398.

(50) A esse propósito, o problema pode resolver-se através da fórmula «representatividade adequada», no sentido de verificar se a «parte ideológica» (indivíduo ou associação), que leva a juízo o interesse meta-individual, representa realmente a classe ou o grupo titular daquele interesse, que terá exercido o seu «fair hearing», através das garantias de defesa e do contraditório asseguradas ao representante: *op. cit.*, p. 399.

(51) Por isso, observa VILLONE (*op. cit.*, p. 90), deve avaliar-se positivamente a intervenção de associações para a tutela do ambiente contra a especulação urbanística ou contra a inércia dos poderes públicos.

(52) DENTI, *op. cit.*, p. 546.

(53) DENTI, *op. cit.*, p. 547.

Somente com essa mentalidade, poderá o processualista afeiçoar os velhos institutos às necessidades atuais, impulsionando, ao mesmo tempo, as reformas legislativas necessárias à tutela jurisdicional dos interesses difusos.

7.4 — No Brasil, assim como em outros países, vêm se tutelando alguns interesses comuns ou coletivos, em razão de um vínculo jurídico que une as pessoas do grupo entre si. Assim, por exemplo, o acionista é legitimado para agir visando à anulação ou a declaração de nulidade da deliberação da assembléia geral da sociedade anônima, ou para responsabilizar diretor por ato lesivo ao patrimônio social; o condômino pode agir contra outro, em mora nas contribuições devidas ao condomínio; no direito de família, alguns membros deste podem agir para a tutela dos interesses comuns, como na anulação do casamento e na interdição. Em alguns desses casos, a legitimação é ordinária (anulação de deliberação de assembléia); mas em outros é extraordinária (condenação do administrador ao ressarcimento do dano provocado à sociedade anônima), e o resultado do processo, em caso de êxito, vai beneficiar diretamente a sociedade, que recolherá a importância da condenação ⁽⁵⁴⁾.

Ainda não se trata, porém, de interesses difusos propriamente ditos, pois facilmente se distinguem aí uma relação-base (sociedade, condomínio, família) e um interesse derivado, que para cada um dos sujeitos nasce em função dela, mas com ela não se confunde ⁽⁵⁵⁾. E justamente em virtude disso, o conjunto de interessados oferece contornos precisos, tornando possível a individualização de todos os componentes.

Já num plano mais complexo, em que há ainda uma relação-base, mas onde o conjunto de interessados não se apresenta tão facilmente determinável quanto a todos os seus membros, coloca-se o sindicato, legitimado à ação coletiva trabalhista. No dissídio primário, o processo tende a uma sentença normativa que fixa certas normas ou condições de trabalho, que passam a regular, em caráter obrigatório, as atividades profissionais e econômicas: os sindicatos agem como substituto processual, pleiteando em nome próprio pretensão alheia, por autorização constitucional e legal ⁽⁵⁶⁾.

Chega-se, enfim, a outro grupo de interesses meta-indivíduos, ou seja aos interesses difusos propriamente ditos. E, para estes, a atual situação pode assim ser esquematizada: a) um esforço de construção interpretativa da legislação vigente; b) a utilização da legislação especial, e mais especificamente da ação popular, para a proteção de

(54) BARBOSA MOREIRA, A ação popular, cit., p. 111/112.

(55) Id. *ibid.*, p. 111.

(56) Daí porque a eficácia «erga omnes» da sentença, que abrange substituto e substituído; e daí porque a sentença também para os futuros contratos, individuais e coletivos. Explica-se, a partir dessa colocação, a ação de cumprimento do artigo 872 C.L.T. (CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO — Teoria geral do processo, 1978, n 139).

certos interesses difusos; c) novas leis, visando à tutela do meio ambiente; d) propostas legislativas avançando novas idéias. Examinemos esse quadro.

7.5 — O sistema brasileiro, até agora, tem sido visto como rigidamente preso aos esquema da legitimação, consagrando o princípio da coincidência entre esta e a afirmação da titularidade de relação jurídica material discutida no processo, salvo os casos de autorização legal (art. 6º, C.P.C.)⁽⁵⁷⁾, é natural a posição que nega legitimidade às associações para proporem ação em defesa de pretensões de seus associados. A questão vem sendo posta mais em termos de mandado de segurança, onde a jurisprudência tem sistematicamente recusado a legitimação das associações⁽⁵⁸⁾, mas já se afirmou tratar-se de princípio geral, aplicável a qualquer tipo de procedimento⁽⁵⁹⁾. Só excepcionalmente, e em âmbito bem restrito, as associações de classe são expressamente legitimadas para a tutela de tais interesses: assim, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963) reconhece que «cabe à Ordem representar, em juízo e fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão» (art. 1º, parágrafo único), e que «os presidentes do Conselho Federal, da Seção e Subseção têm qualidade para agir, mesmo criminalmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições desta lei, e, em geral, em todos os casos que digam respeito às prerrogativas, à dignidade e ao prestígio da advocacia» e que, podem eles intervir ainda, como assistentes nos processos-crime em que sejam acusados ou ofendidos os inscritos na Ordem» (art. 129, e § 1º). Por sua vez, a Lei nº 1.134, de 14 de junho de 1950, dispõe que «às associações de classes existentes na data da publicação desta lei, sem nenhum caráter político, fundadas nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por elas, dos Estados, dos Municípios e de entidades autárquicas, de modo geral, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária».

7.5.1 — Todavia, recentemente têm sido apontados entre nós novos caminhos que permitiriam às associações agirem em juízo para a tutela dos interesses de seus associados, a título de legitimação ordinária, na medida em que tais interesses se confundiriam com os próprios interesses institucionais da associação. A idéia, já encontrada

(57) A interpretação do dispositivo possibilita uma abertura, na medida em que alguns afirmam que o texto não exige que as exceções sejam expressas, podendo inferir-se do sistema legal: ARRUDA ALVIM — Código de Processo Civil Comentado. v. 1, São Paulo, 1975, p. 426; BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 111, nota 1. Mas o princípio do art. 6º afasta a idéia de substituição processual voluntária.

(58) Cf. jurisprudência citada por CELSO A. BARBI — Mandado de segurança, Rio de Janeiro, 1966, p. 63, nota 129.

(59) BARBI — Comentários ao C.P.C., Forense, 1973, v. I, p. 116.

em direito comparado ⁽⁶⁰⁾, foi defendida por KAZUO WATANABE, no Seminário sobre Interesses Coletivos promovido em 1982 pela Associação Paulista de Magistrados, pelo Instituto Pimenta Bueno da Faculdade de Direito da USP e pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado; e foi retomada por nós ⁽⁶¹⁾ e por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ⁽⁶²⁾.

Paralelamente, parte da doutrina tem-se reconhecido ao indivíduo a legitimação para agir nas ações coletivas, em analogia com o disposto no art. 892 do Código Civil, bastando para tanto uma mera operação lógica que ampliasse a interpretação que se tem dado aos termos «credor» e «devedor» e tendo em vista a circunstância de que a indivisibilidade dos interesses difusos é exatamente uma de suas notas características ⁽⁶³⁾.

7.5.2 — Enquanto essas novas tendências despontam, vem sendo utilizada, para a tutela de certos interesses difusos, a ação popular constitucional.

Foi Barbosa Moreira o primeiro a dar à ação constitucional esse enfoque ⁽⁶⁴⁾, e nossa preocupação não será versá-la «ex-professo», mas sim indicar os casos em que tem servido como instrumento de proteção dos interesses difusos, lembrando as técnicas processuais utilizadas pelo legislador brasileiro para a efetivação dessa proteção e mostrando seus limites.

A ação popular garante, em última análise, o direito democrático de participação do cidadão na vida pública, baseando-se no princípio da legalidade dos atos administrativos e no conceito de que a coisa pública é patrimônio do povo ⁽⁶⁵⁾; já nesse ponto nota-se seu estreito parentesco com as ações que visam à tutela jurisdicional dos interesses difusos, vistas como expressão de participação política e como meio de apropriação coletiva de bens comuns.

Supletiva, na tradição de nosso direito, porquanto o autor tinha legitimidade para agir visando à tutela de pretensões de entidades públicas, cujo patrimônio fosse lesado por terceiros, a ação popular entra na nossa história constitucional em 1934, já com o caráter corretivo, que até hoje mantém; a ação é intentada contra a própria entidade pública ou seus agentes, visando a corrigir desvios na gestão

(60) VIGORITI, *Interessi collettivi e processo*, Milão, 1979, p. 273, com referência às «class actions».

(61) ADA PELLEGRINI GRINOVER, entrevista ao jornal «Atuação», da Associação Nacional dos Procuradores da República (fev.-março 1983).

(62) BARBOSA MOREIRA, «Notas sobre o problema da «efetividade» do processo», in *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*, Saraiva, 1982, p. 212.

(63) BARBOSA MOREIRA, *A legitimação cit.*, p. 4 da separata.

(64) BARBOSA MOREIRA, *a Ação Popular*, cit. pág. 110/123.

(65) MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ADA PELLEGRINI GRINOVER e ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERREAZ, *Liberdades Públicas*, São Paulo, 1978, pág. 475/479.

do patrimônio público ⁽⁶⁶⁾. A disciplina legislativa do remédio constitucional foi dada pela Lei 4.717, de 29-6-1965, que ampliou o âmbito do instituto.

No que respeita ao nosso estudo, é importante notar a dilatação dada pela lei ao termo «entidades públicas», usado pela Constituição, ali abarcando não só as unidades políticas, como ainda pessoas jurídicas de direito privado, desde que ligadas patrimonialmente à União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º). Maior amplitude ainda ocorre quando a lei fixa o conceito de «patrimônio», superando o estreito âmbito dos interesses pecuniários, para abranger «os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico» (art. 1º, § 1º) ⁽⁶⁷⁾.

E é justamente nesse ponto, salienta BARBOSA MOREIRA ⁽⁶⁸⁾, que a ação popular se torna interessante na perspectiva de instrumento de proteção dos interesses difusos, que não raro se mostram insuscetíveis de redução a valores monetariamente expressos.

Exatamente por essa peculiaridade, a ação popular tem servido à tutela de interesses difusos, sobretudo para a proteção do meio ambiente, para a preservação de valores estéticos e históricos, e em matéria edilícia ⁽⁶⁹⁾.

Como se sabe, a titularidade da ação popular é conferida pela própria Constituição, ao «cidadão», aí entendido o brasileiro no gozo de seus direitos políticos, bastando para tanto a cidadania mínima (art. 1º, § 3º da lei). Pessoa jurídica, mesmo partido político, não tem legitimidade para a ação popular ⁽⁷⁰⁾. Nem o MP é legitimado à ação, muito embora possa, em certas circunstâncias, assumir, no curso do processo, sua titularidade, como ocorre em caso de desistência pelo autor popular, ou quando o processo se extingue do mérito (art. 9º). O MP pode, ainda, recorrer da decisão proferida contra o autor popular (art. 1º, § 2º). Admite-se o litisconsórcio ativo, entre dois ou mais cidadãos (artigo 6º, § 5º).

(66) FERREIRA FILHO, GRINOVER e FERRAZ, op. e loc. cit.

(67) A expressão «turístico» foi acrescida pela Lei 6.513, de 20-12-1977 (art. 33), mas na verdade essa proteção já se achava compreendida, implicitamente, no texto primitivo: HELY MEIRELLES, Mandado de Segurança e ação popular, S.P., 1978, pág. 66, nota 2.

(68) BARBOSA MOREIRA, op. cit., pág. 115.

(69) Lembre-se, v.g., a ação popular intentada contra a construção do aeroporto internacional de São Paulo, para proteger as matas de Caucaia; contra o aterro parcial da Lagoa Rodrigo de Freitas, para proteger a paisagem; contra o aeroporto de Brasília, por questões estéticas; contra a demolição do Colégio Caetano de Campos, em São Paulo, para preservar seu valor histórico e artístico, contra o plano de esgotos «Sanegran», em São Paulo, para preservar o meio ambiente e a saúde pública; contra a instalação de quiosques e toldos visando a atividades comerciais, em praça pública da estância hidromineral de Aguas de Lindóia; contra a construção de prédios de apartamentos em uma praia de Itanhaém, no litoral de São Paulo, etc.

(70) Acórdão de 16-6-1949, proferido antes da regulamentação legislativa pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação popular promovida pelo Partido Social Progressista: in Rev. Tribs., vol. 181, pág. 826/845.

Adotou, pois, o legislador brasileiro a solução da legitimação concorrente, a qual comporta riscos que a doutrina estrangeira tem apontado, inclusive o de colusão entre o legitimado à ação e a autoridade responsável pelo ato ilegal. No entanto, o legislador brasileiro encontrou o temperamento para esse perigo: em primeiro lugar, pela previsão da intervenção obrigatória do MP, na qualidade de «custos legis», cabendo-lhe «apressar a produção da prova» (art. 6º, § 4º da lei) e exercer todas as atividades previstas no art. 83, II CPC (aplicável à ação popular por expressa determinação do art. 22 da Lei 4.717); em segundo lugar, permitindo ao Poder Público, citado, tomar no processo a posição de assistente do autor popular ou abster-se de contestar o pedido (art. 6º, § 3º); em terceiro lugar, conferindo ao juiz amplos poderes na atividade instrutória (arts. 1º, § 7º e art. 7º, I, «b» da lei); e, ainda, facultando a qualquer outro cidadão, que não o autor popular, a interposição de recurso de decisão desfavorável ao autor (art. 19, § 2º). Por último, a admitir-se que tais expedientes possam na prática revelar-se insuficientes, o legislador ainda recorreu ao tratamento peculiar dado à coisa julgada⁽⁷¹⁾: coisa julgada que tem efeitos «erga omnes», mas que, na hipótese, de improcedência por insuficiência de provas, não ocorre. É a disciplina especial da coisa julgada, «secundum eventum litis» (art. 18 da lei), mas em sentido diverso do preconizado em outros ordenamentos⁽⁷²⁾. Entre nós, se o pedido for acolhido ou rejeitado, por inexistência de fundamento para anular o ato ou declará-lo nulo, a autoridade da coisa julgada estende-se «ultra partes», impedindo nova ação, por igual fundamento. Se, porém, o pedido for rejeitado apenas porque insuficiente a prova da irregularidade, a sentença não faz coisa julgada, sequer no que respeita ao próprio autor popular⁽⁷³⁾. A sistemática se completa mediante a fixação de um prazo preclusivo — que a lei considera de prescrição (art. 21) — de cinco anos.

Iguais cautelas tomou o legislador brasileiro para resguardar as hipóteses em que o autor popular se valesse da ação para pressionar a administração, acenando com possibilidade de desistência ou de extinção do processo, sem julgamento do mérito, por negligência. Para esses casos, a lei prevê a publicação de editais, para ciência dos eventuais colegitimados (art. 9º), sem prejuízo da iniciativa do MP, que pode prosseguir no feito, no prazo de 90 dias a contar da última publicação.

E, finalmente, a Lei 4.717 ainda busca não desestimular o cidadão no exercício da ação popular, disciplinando o problema do custo do processo através da eliminação do ônus do pagamento antecipado das despesas processuais (art. 10) e estabelecendo, em caso de pro-

(71) BARBOSA MOREIRA, op. cit., pág. 118.

(72) A sentença só se estenderia a todos em caso de procedência da ação mas, em caso de improcedência, restringir-se-ia às partes: cf. PROTO PISANI, op. cit., pág. 815.

(73) BARBOSA MOREIRA, op. cit., pág. 123. Contra, JOSÉ AFONSO DA SILVA, Ação popular constitucional, S. Paulo, 1968, pág. 273, que entende ficar impedido à nova ação, pelo mesmo fundamento, quem já foi parte.

cedência, a condenação dos réus no reembolso de todas as despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com o feito, além da verba de honorários advocatícios (art. 12). Em contrapartida, a lide temerária é desestimulada pela sanção da condenação do autor popular no décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos, prevista para o litigante de má fé (art. 13 da Lei nº 4.717 e art. 18, CPC).

Mais uma observação: atento à circunstância de que nem sempre a mera invalidação do ato ilegal seria suficiente à proteção do patrimônio público, principalmente quando conseqüências irreparáveis de ordem material já se houvessem produzido, o legislador brasileiro, através da Lei nº 6.513, de 20-12-1977 (que dispõe sobre locais de interesse turístico), acrescentou o § 4º ao art. 5º da Lei 4.717/1965, para permitir a «suspensão liminar do ato lesivo impugnado». A doutrina já havia indicado a aplicação subsidiária, ao caso dos arts. 798 e 199, CPC, atinentes às medidas cautelares autorizadas pelo poder geral do juiz⁽⁷⁴⁾. Agora, o legislador permite expressamente a suspensão liminar, fazendo-o porém sem condicionamento, nem indicação do recurso cabível contra a concessão da liminar. Os tribunais deverão, evidentemente, aplicar o dispositivo só quando necessário, obedecendo aos parâmetros estabelecidos para a concessão das medidas cautelares e às limitações estatuídas para o mandado de segurança, sob pena de se ver aniquilada toda a atividade administrativa, numa transformação de um instrumento de proteção em perene ameaça à Administração⁽⁷⁵⁾.

Aliás, a tendência ao indiscriminado controle do ato administrativo, quanto a seu mérito, tem sido condenado pela doutrina e pela jurisprudência, atentas aos perigos do controle jurisdicional do ato discricionário: teríamos aí, na verdade, a substituição da discricionariedade do administrador pela discricionariedade do juiz, invertendo as posições funcionais do poder e bloqueando toda a atividade administrativa⁽⁷⁶⁾.

Em conclusão, a análise da ação popular, como instrumento de tutela jurisdicional dos interesses difusos, mostra, de um lado, que o legislador brasileiro tem utilizado com sabedoria as técnicas processuais tradicionais, adaptando-as a um instituto novo com a necessária criatividade. As soluções aventadas para a ação popular bem podem ser estendidas a hipóteses análogas⁽⁷⁷⁾.

(74) BARBOSA MOREIRA, op. cit., pág. 121/122.

(75) LOPES MEIRELLES, op. cit., pág. 66 e 80/82.

(76) SCOTT, Standing in Supreme Court — A functional analysis, in 86 Harv. L. Rev. 645, 690 (1973) nota que o conflito substancial entre utilização de massa e tutela do ambiente no caso SIERRA CLUB era insolúvel, por parte do Tribunal, e que o processo fora instrumento da «allocation of policy-making responsibility». ANDERSON e ROSENCRANZ, The future of Environmental defense, in 61 A.B.A.J. (1975) salientam que os opositores do oleoduto no Alasca haviam concentrado seus esforços essencialmente perante os órgãos jurisdicionais, deixando praticamente de lado o «legislative process».

(77) Cf. BARBOSA MOREIRA, op. cit., pág. 123.

Mas, de outro lado, patenteia-se também que a ação popular é insuficiente à proteção dos interesses difusos, em toda a ampla gama de conflituosidade que eles despertam, de vez que só pode ser utilizada nas lindes do controle do ato do Poder Público (administrativo ou legislativo) ⁽⁷⁸⁾, com exclusão da solução de conflitos meta-individuais, ou de grupos, que freqüentemente redundam em prejuízo econômico para uma inteira categoria. Por outro lado, a legitimidade «ad causam», deferida exclusivamente ao cidadão, priva da titularidade da ação associações de classes, grupos e categorias, mais representativas dessas do que o indivíduo isolado, e o próprio Ministério Público.

7.5.3 — É por isso que novas leis vêm sendo promulgadas, visando à tutela específica de interesses difusos, em campos determinados. Referimo-nos à Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a política do meio ambiente, entendido como o conjunto de condições, leis, influências e interações que permite, acolhe e rege a vida em todas as suas formas.

No § 1º do art. 14, a referida lei prevê a ação de indenização ou reparação pelos danos causados ao meio ambiente, legitimando para propor essa ação, de responsabilidade civil ou criminal, o Ministério Público. Por sua vez, a Lei Orgânica do Ministério Público tem incluído, entre as atribuições do órgão, a de «promover a ação civil pública» (art. 3º, III, da Lei Complementar nº 40, de 14-12-1981), no que foi seguida pela Lei Orgânica do MP de São Paulo (Lei Complementar nº 304, de 28 de dezembro de 1982, art. 41, I).

Mas a atuação do MP continua sendo mais relevante no campo penal, mesmo porque a lei não disciplina a destinação da indenização resultante da ação por responsabilidade civil pelo dano provocado ao meio ambiente. Em São Paulo, o MP ingressou com uma primeira ação, pelo dano ecológico provocado ao canal e às praias de Bertioiga em consequência do vazamento de aproximadamente um milhão e quinhentos mil litros de óleo: trata-se, porém, de uma medida cautelar antecipatória de prova, consistente numa vistoria «ad perpetuum rei memoriam», e ainda não propriamente da ação de responsabilidade civil.

Ademais, o objeto da ação civil não pode nem deve ficar limitado à indenização, porquanto mais importante e eficaz, nesse campo, seria a condenação à obrigação de fazer ou não fazer, como forma de tutela preventiva. Por outro lado, a exclusiva atribuição da titularidade da ação ao MP é também insatisfatória, pelas razões já expostas no curso desta exposição.

Por isso, esboçam-se, «de lege ferenda», propostas legislativas buscando soluções mistas, articuladas, compostas, que permitam uma maior flexibilidade e, ao mesmo tempo, um equilíbrio mais adequado,

(78) JOSÉ AFONSO DA SILVA, op. cit., pág. 125 e segs.

pelo controle exercido mediante a combinação pluralista de forças, pesos e poderes.

7.5.4 — Até pouco tempo atrás, as iniciativas para a apresentação de novas idéias haviam-se concentrado no sentido de atribuir-se legitimação extraordinária às associações, para a defesa dos interesses coletivos. Lembrem-se, dentre outras, a proposta de **Sérgio Ferraz**, pela Indicação 17/80, no sentido de acrescentar um parágrafo 3º ao art. 1º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, para legitimar as associações de classe à impetração de mandado de segurança em favor dos direitos de seus associados; e por nós formulado no Encontro Nacional de Processo Civil (outubro de 1980), e nele aprovada, preconizando a alteração do art. 6º do CPC, para conferir legitimação extraordinária às associações, em defesa dos interesses da categoria; o Projeto de Lei nº 5.521/1981, do Deputado **Célio Borja**, em termos semelhantes; o parecer de **Miguel Seabra Fagundes**, ampliando a proposta **Sérgio Ferraz**, para também sugerir a alteração do art. 6º, CPC; o Projeto de Lei nº 227/80, propondo alteração do art. 6º, CPC, e do art. 1º da Lei nº 4.717, de 29-06-65, para atribuir legitimação às associações constituídas para a defesa do meio ambiente, etc.

Contudo, a alteração do art. 6º do Cód. Proc. Civil não parece o caminho mais indicado aos fins colimados: em primeiro lugar porque, politicamente, a modificação do estatuto processual esbarraria em muitas oposições; em segundo lugar, pela necessidade de começar por um campo mais limitado, excluindo-se por enquanto da abrangência da proteção problemas de índole diversa, como o do dano coletivo provocado a particulares (é o caso dos consumidores); em terceiro lugar, porque a questão não é somente de legitimação, devendo cuidar-se dos necessários controles e limites no uso das ações coletivas. A experiência tem mostrado a frustração de tentativas anteriores, exatamente por força da ausência de freios e contrapesos, que provocam a reação e a oposição de muitos segmentos.

A necessidade de buscar um ponto de equilíbrio, a par da existência de uma lei, já em vigor, contendo a disciplina material e um esboço de disciplina processual, no campo da tutela do meio ambiente, indicava a conveniência de buscar outro caminho.

Pareceu-nos, assim, oportuno tomar, como ponto de partida, o dano ecológico, estendendo-o aos valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos. E assim fizemos, junto com os Desembargadores Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Jr., quando fomos incumbidos, pela Associação Paulista de Magistrados, de preparar um Anteprojeto de lei para a tutela jurisdicional dos interesses difusos. Sem nos prendermos ao art. 6º do CPC, nem à discussão sobre o tipo de legitimação — ordinária ou extraordinária — de que se pretende dotar as associações, optamos por disciplinar as ações a que alude a Lei nº 6.938/81 que, pela primeira vez entre nós, se preocupou especificamente com a tutela jurisdicional de certos interesses difusos.

I — O Anteprojeto foi, inicialmente, apresentado ao I Congresso Nacional de Direito Processual, realizado em Porto Alegre, de 11 a 16 de julho de 1983, onde foi relatado pelo Prof. José Carlos Barbosa Moreira que, em parecer favorável à tese, teceu profundas e importantes considerações sobre o tema, sugerindo, além de modificações formais, a previsão do controle da medida liminar, nas ações inibitórias, nos moldes da suspensão da execução da liminar prevista para o mandado de segurança. Após as manifestações favoráveis dos Profs. Galeno Lacerda, Calmon de Passos e Ovídio Baptista da Silva, o projeto foi aprovado por aclamação. Posteriormente apresentado na Alemanha, em Würzburg, durante o VII Congresso Internacional de Direito Processual, e na Itália, em palestra proferida na Universidade de Bolonha, recebeu adesões e consenso de processualistas estrangeiros, estando prestes a ser publicado na «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile». Foi, a seguir, apresentado e exaustivamente debatido na Associação dos Advogados de São Paulo, na Associação Paulista do Ministério Público, no III Curso Internacional de Direito Comparado do Meio Ambiente e na Comissão Especial do Meio Ambiente da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

II — Das valiosas contribuições oferecidas nesses encontros, foram extraídas diversas sugestões, já incorporadas ao texto que, assim enriquecido pela colaboração de tantos especialistas e interessados, é agora apresentado em sua redação final. São os seguintes seus principais aspectos:

Buscaram-se na experiência estrangeira alguns parâmetros para a legitimação das associações às ações cíveis: assim se fez com o conceito de «representatividade adequada» das «class actions» do direito norte-americano, atribuindo uma certa dose de discricionariedade ao juiz (Federal Rules of Civil Procedure de 1966, nº 23), mas fixando na disciplina legislativa as condições para avaliá-la. Desse modo, acompanhando o modelo francês da Lei Royer, de 27-12-1973, a seriedade das associações é medida por sua existência jurídica há pelo menos seis meses e por seus objetivos institucionais (arts. 45 e 46 da Lei Royer, c/c Decreto de 17-05-1974), estendendo-se, ainda, a legitimação às pessoas jurídicas de direito público e a suas emanções. Mas foi na lei brasileira da ação popular (Lei nº 4.717, de 29-06-1965) que se buscou inspiração para uma série de controles contra os riscos decorrentes de abusos: a intervenção sempre obrigatória do MP, na qualidade de autor, só ou ao lado da associação ou do ente público, ou bem na qualidade de «custos legis»; o litisconsórcio, inclusive por parte do Poder Público, quer no pólo ativo, quer no passivo, com a possibilidade de outras associações e o MP interporem recursos de decisões e tomarem a posição do autor, na hipótese de desistência e abandono da causa; a possibilidade de promoção da execução pelo MP e por outras associações legitimadas, no caso de inércia da associação autora; o desestímulo à lide temerária, com rigorosas sanções aplicáveis aos diretores; e a inteligente disciplina da coisa julgada «secundum eventum litis». Pretendeu-se, com isso, acautelarem as par-

tes e a coletividade contra possíveis pressões e contra o conluio. Em contrapartida, para não desestimular o exercício da ação, excepcionou-se ao princípio da antecipação das custas processuais e dos salários de perito e se atenuou o ônus da sucumbência, restrita ao pagamento dos honorários advocatícios, desvinculados do valor da causa, apenas na hipótese de a pretensão ser julgada manifestamente infundada. Foi prevista a requisição de documentos ao Poder Público. E a suspensividade dos recursos, a critério do juiz, pareceu medida que se impunha, em um processo renovado.

Ampliou-se a abrangência da Lei nº 6.938/81, no tocante ao objeto da ação civil, não mais reduzido à sua expressão econômica, podendo consistir em condenação ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, com previsão expressa de liminares e execução específica que, desatendida, pode levar ao impedimento da atividade nociva. Quando reparatória a ação civil, cuidou-se de destinar a indenização à efetiva reconstituição do meio ambiente por intermédio de um fundo, a ser criado por lei, mas para o qual já se previu a participação obrigatória do MP e de representantes da comunidade.

Com relação à ação penal, conferiu-se legitimação às associações para intervirem no processo como assistentes do MP, acompanhando, com isso, as modernas tendências do direito comparado ⁽⁷⁹⁾ e as mais sensíveis instâncias de nossos estudiosos ⁽⁸⁰⁾. E também se admitiu a ação penal subsidiária da pública, em caso de inércia do MP ⁽⁸¹⁾.

É esse, em suas grandes linhas, o Anteprojeto que, após o recesso parlamentar, deverá ser apresentado ao Congresso Nacional. E é esse trabalho que, antes disto, tenho a satisfação e a honra de oferecer à meditação dos ilustres membros deste Egrégio Tribunal.

(79) SCAPARONE, Processo penale e interessi collettivi, in *La tutela cit.*, pág. 493 e segs.; RICCIO, Azione penale e interessi collettivi, in «Processo penale e modelli di partecipazione», Nápoles, 1977, pág. 104/146.

(80) GOMES FILHO, Antonio Magalhães, Ação Penal Popular, Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da USP, 1982.

(81) Id., op. cit.

TUTELA JURISDICCIONAL DO MEIO AMBIENTE

ANTEPROJETO DE LEI

Disciplina as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, previstas no § 1º do artigo 14 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º — Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente (Lei nº 6.938, de 31-08-1981, art. 14, § 1º) ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos.

Art. 2º — No processo penal, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, com os poderes previstos no Código de Processo Penal, a associação que, a critério do juiz, demonstre representatividade adequada, revelada por dados como:

- I — estar constituída há seis meses, nos termos da lei civil;
- II — incluir, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos ou paisagísticos.

Parágrafo Único — Poderão as associações legitimadas intentar ação privada subsidiária da pública, se esta não for proposta no prazo legal (art. 29, CPP).

Art. 3º — A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Art. 4º — A ação civil poderá ser proposta pelo Ministério Público ou por associação, nas condições do artigo 2º desta lei. Poderá também ser proposta pela União, Estados e Municípios e, atendido o requisito do art. 2º, inciso II, desta lei a todas as autarquias.

§ 1º — O Ministério Público, que não tenha intervindo no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei;

§ 2º — É facultado a outras associações legitimadas, bem como ao Poder Público, habilitar-se como litisconsorte de qualquer das partes;

§ 3º — Em caso de desistência ou abandono, serão publicados editais, ficando assegurado a qualquer associação legitimada, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação, promover o prosseguimento da ação;

§ 4º — As associações legitimadas, que não tenham intervido no processo, poderão recorrer de todas as sentenças e decisões, desde que no prazo.

Art. 5º — Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

Parágrafo Único — Não fornecidas as certidões ou informações no prazo, ação será proposta desacompanhada dos documentos, cabendo ao juiz requisitá-las.

Art. 6º — Na ação que tenha por objeto a condenação ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o provimento consistirá na determinação da prestação da atividade devida ou da cessação da nociva sob pena de execução específica ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou mais compatível, independentemente de requerimento do autor.

§ 1º — Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo;

§ 2º — A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o presidente do tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 3º — A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas contar-se-á desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Art. 7º — Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo, gerido por um Conselho Nacional e por órgãos estaduais e municipais de execução, de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Parágrafo Único — Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

Art. 8º — O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

Art. 9º — Decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segundo grau de jurisdição sem que a associação autora lhe promova a execução, poderá fazê-lo outra associação legitimada ou o Ministério Público.

Art. 10 — A sentença civil fará coisa julgada «erga omnes», exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 11 — O juiz condenará a associação autora a pagar ao réu os honorários advocatícios, arbitrados na conformidade do parágrafo 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, quando reconhecer que a pretensão é manifestamente infundada.

Parágrafo Único — Em caso de litigância de má fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados ao déculo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 12 — Nas ações de que trata esta lei, não haverá adistamento de custas, emolumentos, salários periciais e quaisquer outras despesas.

Art. 13 — Aplica-se às ações civis previstas nesta lei o Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Art. 14 — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília.

Direito e Relações Ibéricas*

Vicente Marotta Rangel

Professor Titular de Direito Internacional
Público da Faculdade de Direito da USP

«Ao saudar a personalidade de quem no momento preside esta cerimônia de encerramento coube ao Secretário Geral do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, Professor Azcárraga y Bustamante, qualificar de «excelentíssimo e magnífico» o Reitor da Universidade de São Marcos. Tal qualificativo honroso, segundo nos disse o Secretário Geral, é usual na Espanha. Suponho que também o seja nos demais países de língua castelhana. Também o é, posso assegurar-lhes, nos países de língua portuguesa. Permito-me realçar esse fato por duas razões. A primeira é a de que a designação atesta, com justiça, a dignidade excepcional das funções de quem rege os destinos da universidade e significa, ao mesmo tempo, o respeito, o prestígio de que, com acerto, ela deve usufruir. A segunda razão concerne tanto à similitude dos dois idiomas irmãos, de que nos valemos sem necessidade de traduções e de intérpretes, como à vigência de práticas idênticas nos países de nossa comunidade, independentemente da circunstância eventual de neles se falar o idioma de Cervantes ou o idioma de Camões.

Ao tomar conhecimento da majestade espiritual da capela em que nos reunimos e ao evocar o patrocínio de Santa Maria de Loreto, somos conduzidos irresistivelmente ao reconhecimento da alta significação desta Universidade, marco pioneiro nos quadrantes culturais de nossa comunidade, penhor da força vital das correntes e valores espirituais de que todos provimos a testemunho da perenidade dos ensinamentos que nossos maiores nos legaram.

Peço vênua para mencionar entre esses ensinamentos, por ser diretamente relacionado com o processo da gestação e florescimento do ordenamento jurídico e, por conseguinte, com a própria razão de ser de nosso Instituto, o preceito consagrado pela sabedoria dos juristas romanos segundo o qual o direito se desenvolve **ipsis factibus distantibus ac necessitate exigente**. Foi esse senso de adequação da norma com a realidade dos fatos e as exigências nascidas das necessidades dos homens e da sociedade que deu à Roma o primado da sabedoria

* Discurso na Universidade de São Marcos, em Lima, por ocasião do XIII Congresso do Instituto Hispano-Luso Brasileiro de Direito Internacional, em 1982.

e o sentido de eficiência na busca dos valores da justiça e lhe permitiu distinguir além do direito próprio aos cidadãos um direito imposto pela natureza. O **jus-gentium** — no dizer de Gaio — é o direito que a natureza constituiu entre todos os homens, definição essa que Francisco de Vitória adaptou mais tarde ao direito emergente do Novo Mundo e ao relacionamento que então se impunha entre europeus e habitantes do continente descoberto.

Inscritos no Digesto, os ensinamentos dos romanos se processavam, por vezes, em círculos restritos, onde um Papiniano, um Modestino, um Celso, um Paulo, pontificavam, sob os olhares atentos e os ouvidos aguçados de jovens espectadores. A vivência e a convivência universitária, surgidas a partir do século XII, tiveram em Salamanca e em Coimbra os principais centros de irradiação que se projetaram na América. Vitória naquela universidade e Suarez nesta prelecionaram ensinamentos que repercutiram nas cátedras do continente americano, a começar das que se concentraram nesta Universidade pioneira, fundada em 1533, três anos depois de ter Frei Tomás de San Martín, da Ordem dos Pregadores, partido para Roma a fim de alcançar a autorização indispensável. São Marcos de Lima se tornou centro pujante de estudo e de pesquisa, de formação cultural, de forja de personalidades ilustres e altaneiras, como a do catedrático Don José de Baquijano y Camillo que, sete anos antes da Revolução Francesa, expressou, por ocasião da visita do vice-rei Sáuregui, o protesto dos «criollos» pelo fato de permanecerem alheados da vida pública.

Membros do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, somos conscientes das finalidades precípuas da universidade a que todos, de maneira direta ou indireta, pertencemos: a de ensinar; a de pesquisar; a de servir à comunidade; a de colimar a sabedoria. Tais são os propósitos também de nosso Instituto que, através dessas quatro vias, têm realizado obra progressiva e construtiva no sentido de realizar gradualmente, mercê de seus sucessivos Congressos, a tarefa nobre de codificar o direito internacional, adequado aos princípios superiores em que se inspira — como o queriam os romanos — à realidade dos fatos cambiantes e aos reclamos sempre renovados de ordem social e política formulados pelos povos e governos de nossa comunidade.»

Reunião de Especialistas em Adoções

Alyrio Cavallieri

Da Associação Internacional de Juizes
de Menores e de Família

O Instituto Interamericano da Criança, órgão consultivo da O.E.A. (Organização dos Estados Americanos), com apoio da Subsecretaria de Assuntos Jurídicos da organização e do Governo do Equador, promoveu em Quito, de 8 a 11 de março, uma reunião de especialistas em adoções.

O evento teve por objetivo estudar os aspectos sociais, jurídico-legais da adoção, para propiciar a atualização da matéria em seu conteúdo legislativo e particularmente o direito internacional existente.

Como antecedente, menciona-se que a X Assembléia Geral da O.E.A., efetuada em 1980 resolveu que no temário da próxima Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP III) se incluía o tema da Adoção de Menores, único tema de Direito de Família a ser abordado na referida Conferência. Idêntica resolução resultou da XI Assembléia da O.E.A. (Santa Lucia, 1981).

O Instituto convocou especialistas de países americanos, além de contar com a participação de técnicos de sua própria organização, da O.E.A., do Comitê Jurídico Interamericano e da Comissão Interamericana de Mulheres. Os «experts» provieram dos seguintes países: Argentina, Brasil (o autor da presente informação), Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Chile, Equador, Estados Unidos, Guatemala, Haiti, Panamá, Peru, República Dominicana, Uruguai, Venezuela e de Porto Rico. Subsidiados pelo Instituto, os peritos enviaram cerca de 25 documentos, os quais foram distribuídos previamente; seus trabalhos deram origem a três textos, aprovados em sessão plenária.

A ORGANIZAÇÃO DA REUNIÃO — O Instituto Interamericano da Criança, cuja sede é em Montevidéu, tem como Diretor Geral o médico equatoriano Crespo Toral, sendo chefe de estudos jurídicos e sociais o Professor Ubaldino Calvento Solari. Seus serviços burocráticos foram transferidos para Quito, para apoio à reunião.

As sessões plenárias foram dirigidas pelo Ministro Presidente da Suprema Corte do Equador, Dr. Gonzalo Zambrano; o Presidente da República, Perez de Hurtado, presidiu a sessão de encerramento e sua esposa a de abertura do conclave.

Formaram-se três grupos de trabalho: social-médico-psicológico, de direito interno e de direito internacional privado. Pelo sistema adotado, as conclusões foram tomadas por consenso; havendo uma única divergência, ela é recebida como voto vencido.

Os documentos aprovados constituirão sugestões aos países americanos tendentes à uniformização de seu direito interno e à formulação de uma convenção de direito internacional privado, em matéria de adoção.

MOTIVAÇÃO MAIOR — A Reunião de Especialistas teve, como razão maior, o aumento crescente da prática da adoção internacional, observada nos últimos anos, causa de preocupação de muitos países. Ao lado de algumas adoções realizadas através de fraude à lei, sem a observância de seu princípio básico universal — o melhor interesse da criança — o ingresso legal de um menor sem oportunidade de obter um lar em seu país de origem numa família que possa oferecer-lhe criação adequada, em outro país, é prática digna de incentivo. Há entidades altamente respeitáveis que se encarregam de selecionar famílias estrangeiras inteiramente aptas a receber crianças de outros países. O interesse na Reunião por parte de, pelo menos, duas entidades européias, deixa patente a seriedade do assunto, manifestado pela presença da Sociedade Sueca para o Bem-Estar Internacional da Criança e da Terre des Hommes, associação suíça incentivadora da adoção internacional.

PRESENÇA BRASILEIRA — As nações americanas são oficialmente representadas no Instituto Interamericano da Criança e a representante brasileira na atualidade é a Professora Terezinha Saraiva, Presidente da FUNABEM. Como tínhamos sido convidados, na qualidade de «expert» e, na impossibilidade do comparecimento da representante oficial do Brasil, foi-nos solicitado falar em seu nome. Tivemos a oportunidade de apresentar sugestões, discutir toda a matéria e votá-la, nos grupos e nas plenárias. Antes de nos dirigirmos ao Equador, solicitamos opiniões de especialistas brasileiros de vários Estados, tendo reunido menoristas fluminenses, colhendo de todos subsídios que representassem pontos de vista sobre a matéria. Contribuíram com suas lições os professores Haroldo Valladão e Antonio Chaves, juizes de menores Agnaldo Bahia Monteiro, Moacir Danilo Rodrigues e Jorge Uchoa de Mendonça (Bahia, Porto Alegre e Niterói), Presidente da Fundação do Estado do Rio, Jessé Torres e Curador catarinense, Nuno de Campos.

Tivemos a oportunidade de distribuir cerca de cinquenta exemplares do novo Código de Menores brasileiro, recebido com muito interesse, por ser a mais moderna legislação especializada.

A língua oficial e única da Reunião foi o espanhol. Fomos indicados para a comissão de redação da matéria de direito interno, juntamente com especialistas do Chile, Uruguai, Costa Rica e Equador.

AS CONCLUSÕES — Pessoas afeiçoadas ao Direito do Menor, os participantes da Reunião não tiveram dificuldades em chegar ao consenso quanto aos pontos básicos da adoção, sua lei e condução científica. As matérias controvertidas ficaram por conta do prazo de convivência, comparecimento dos adotantes estrangeiros, declaração de abandono e unidade de adoção, com preferência pela plena.

Recomendações de destaque, a evidenciarem o gabarito e boa formação doutrinária dos participantes foram: a peremptória posição quanto ao interesse do menor, em todos os casos; a reserva da adoção para menores; a atribuição de filiação, sem restrições, ao adotado; o reconhecimento da adoção como a melhor forma de proteção, reconhecidas outras modalidades de colocação familiar e relegação do internamento para a última instância; a não restrição para adotar do casal com filhos; a possibilidade de um cônjuge adotar o filho do outro, sem perda do pátrio poder; o fim da adoção contratual e a obrigatória intervenção da autoridade judicial; a ampla e profunda investigação dos adotantes e suas motivações; a intervenção de equipe técnica no estudo das condições; a irrevocabilidade e anulação somente em casos em que não haja prejuízo para o adotado; o reconhecimento da responsabilidade do Estado na existência da pobreza crítica, causadora do abandono de menores; a necessidade do fortalecimento da família natural; aceitação da adoção por estrangeiros e a não obrigatoriedade da presença dos adotantes, reconhecida a intervenção de procurador; no campo do conflito de leis, a aplicação da lei da residência do adotante, para regular sua capacidade e a do adotado para as suas condições; o reconhecimento de impedimentos de ordem pública e a repulsa da cláusula de instituição desconhecida e, finalmente, a recomendação de que seja tipificada como crime a intermediação com fins de lucro na adoção.

DOCUMENTOS BÁSICOS — Os expertos tiveram a oportunidade de trabalhar com ampla consulta às legislações dos vários países, documentos elaborados especialmente para a ocasião e as convenções de Estrabourg (1967), Haia (1965), Código Bustamante e Tratado de Direito Civil (1940) e Seminário de Leysin, Suíça, 1960.

OS TEXTOS — A seguir, abrimos espaço para as recomendações, com eventuais esclarecimentos, à margem. Como já se explicou, os textos provêm das três divisões da Reunião de Expertos: sócio-médico psicológico, de direito interno e de Direito Internacional Privado.

Grupo de Trabalho nº 1 — Sócio-médico-psicológico Política de Adoção

1. A definição de uma política de Adoção está ligada e é parte da política populacional de cada país. A política populacional deve incorporar medidas tendentes ao fortalecimento da família, assim como com informações estatísticas suficientes para o conhecimento da magnitude e características do abandono de menores. As adoções

nacionais devem ser estimuladas, em primeiro lugar, pelos Governos. Somente esgotada esta possibilidade deve-se pensar em adoções internacionais, após avaliação das condições políticas, econômicas e sociais.

2. Cada país deve determinar as condições básicas que devem reunir adotante e adotado; adotantes são casais, mesmo em união de fato e pessoas sós, com preferência para casais unidos pelo matrimônio; as uniões de fato devem ser examinadas quanto à sua estabilidade.

3. Ao definir sua política populacional, o país deve considerar que a família representa a melhor solução para o desenvolvimento de uma criança, sendo a adoção a melhor solução para aquele que não a tenha, sem prejuízo de outras medidas de colocação, legando-se a internação para o último caso.

O fenômeno do abandono

4. Os menores suscetíveis de adoção emergem dos órfãos, filhos de pais legalmente desconhecidos e propriamente abandonados. Devido às condições de pobreza crítica que afeta a vastos setores da população latino-americana, grande número de famílias não está em condições de assumir suas responsabilidades, o que configura como majoritário o grupo dos abandonados.

5. O elemento fundamental que configura o abandono é o rompimento de relação afetiva entre pais e filhos, o que compromete o desenvolvimento normal da criança, ao lado de outras causas resultantes da pobreza crítica dos pais. A lei deve conter disposições que permitam aos juizes determinar o momento da declaração de abandono, dentro de prazo por ela apontado. Na atualidade, a falta de flexibilidade para apreciar situações de abandono dá como resultado a internação por períodos de vários anos.

6. O abandono, entretanto, atinge também aos pais; o Estado deve reconhecer sua responsabilidade nos casos em que o abandono se deva a situações derivadas da pobreza crítica.

Função do Estado na adoção

7. A situação de pobreza da América Latina, que tem características endêmicas, a ausência e a ruptura das famílias, cada vez mais freqüentes, o volume também crescente das adoções de fato que se realizam em vários países da Região e as irregularidades comprovadas em seu processo, indicam não somente a conveniência, mas a necessidade de que o Estado assuma posição ativa neste campo. Cabe a ele supervisionar, organizar, normatizar o processo de adoção em que intervenham as pessoas do país, quer se trate de adoção nacional ou internacional.

8. Cada Estado tem a liberdade de exercer as referidas funções diretamente ou por intermédio de instituições por ele reconhecidas e controladas; medidas devem ser tomadas para impedir que particulares participem do processo, visto que constituem fonte exclusiva ou principal das irregularidades detectadas.

9. O Estado deve reservar-se a faculdade da declaração do estado de abandonado e a formalização da adoção, por intermédio dos tribunais competentes ou por autoridade administrativa em que funcione equipe interdisciplinar, se tem capacidade para tal. Tal equipe deve ter participação direta no diagnóstico integral (social e de saúde) do menor e na seleção, capacitação e assessoria do adotante durante o período pré-adocional. Deverá também informar e orientar os pais biológicos sobre possibilidades de reintegração familiar e alcances da adoção, enviando-os, se for o caso, a programas de ajuda. A equipe tudo deve fazer para apressar a adoção.

(Observação do autor deste informe: este grupo de trabalho não se detém sobre os aspectos jurídicos, daí referir-se à autoridade administrativa onde só cabe a judiciária).

Período de prova

10. e 11. (Observação — não houve consenso e formaram-se dois grupos, cada qual com argumentos respeitáveis. O grupo contra o período de prova argumenta com os inconvenientes resultantes de uma posição falsa, tendente a convencer o juiz, por parte dos adotantes: refere-se o grupo aos transtornos psíquicos para os dois lados, adotante e adotado, às demoras, o fato de que no nascimento biológico não há prova e a substituição do período de prova por uma bem feita pesquisa dos adotantes. O grupo favorável contrapõe a necessidade de oferecer apoio aos adotantes, na comprovação de afeição, da adaptação, a possibilidade de conseguir novos adotantes, se não ocorre o ajustamento e na vantagem de enviarem-se informes, quando a adoção é internacional, ao país de origem).

Simplificação

12. Os países devem revisar suas leis, para agilizar o processo de adoção e estima-se que as Nações Unidas cumpram logo a segunda parte da Resolução 1925, aprovada pelo Conselho Social e Econômico em 1975, estabelecendo a necessidade da elaboração de normas para as adoções internacionais.

Adoções internacionais

13. Os países onde haja significativo número de adoções internacionais devem acordar em verificar a capacidade dos órgãos encarregados de pesquisar os adotantes, os quais devem ter autorização governamental.

14. Como decorrência e de acordo com os procedimentos atuais, é conveniente que a seleção e apreciação dos adotantes seja realizada em seus países; a exigência da presença destes no país do adotado pode gerar inconvenientes de que se aproveitem inescrupulosos que se imiscuam no processo, pressionando pais biológicos, ou exigindo dádivas.

15. Por conseqüência, as adoções internacionais podem ser feitas por procuração, através de entidades oficialmente autorizadas e reconhecidas por ambos os países. Rechaça-se, categoricamente, a participação de particulares.

16. É altamente desejável para o normal funcionamento das adoções internacionais que as instituições envolvidas obtenham suficiente coordenação de trabalho, para favorecer a situação do menor, enquanto não se formaliza o ato. Reconhece-se, entretanto, que a segurança do adotado dependerá das normas legais nacionais e de direito internacional que os países decidam aprovar.

Grupo de Trabalho nº 2 — Direito Interno

1. A adoção é uma instituição jurídica de proteção familiar e social, pela qual o adotado passa a fazer parte da família do ou dos adotantes para todos os efeitos, na qualidade de filho, estabelecendo-se em benefício de seu desenvolvimento integral.

2. Para efeito destas recomendações, a adoção de menores será de uma só classe e denominada adoção, o que não prejudica outras formas de substituição familiar, cujas condições e características e efeitos serão reguladas pela legislação de cada país.

3. A adoção só terá lugar em benefício de quem seja menor à data da solicitação.

4. É requisito para a adoção que ela signifique efetivo interesse para o menor.

5. Podem adotar aqueles que tenham cumprido 25 anos de idade qualquer que seja seu estado civil.

(Observação — a recomendação obteve consenso, mas depois de muita discussão, em face da disparidade existente nas variadas legislações; preponderou a diretriz segundo a qual as recomendações tendem a uma alteração das leis nacionais).

Entre adotantes e adotados deve, em todos os casos, existir uma diferença de idade que o Juiz ou Tribunal considerem razoavelmente compatível com uma relação de paternidade ou maternidade.

6. Ninguém pode ser adotado por mais de uma pessoa, a menos que sejam cônjuges ou conviventes em uma união de fato legalmente reconhecida.

(Observação — nas discussões, deu-se ênfase à estabilidade da união).

7. Não é obstáculo para a adoção a existência de filhos do ou dos adotantes.

8. A adoção dar-se-á especialmente em favor de menores declarados em estado de abandono, órfãos de pais e mãe, menores de filiação desconhecida ou do filho ou filhos do outro cônjuge decretadas previamente ao início do processo de adoção e deverá ser devidamente citada e ouvida a família natural.

12. O Juiz ou Tribunal poderão exigir a presença pessoal dos adotantes, quando circunstâncias especiais o justificarem.

(Observação — Inicialmente, a presença dos adotantes era a regra, passando, depois, à exceção; visa-se a evitar o elitismo da adoção).

13. (Observação — não houve consenso, pois tratava-se do prazo de prova; o texto básico exigia um prazo de convivência do adotado com os adotantes de um ano, o qual poderia ser reduzido, a critério do Juiz, porém jamais seria inferior a seis meses; já foi exposto o rumo da controvérsia. A lei de cada país definirá a questão, fixando prazo legal ou judicial).

14. O processo de adoção será reservado.

15. O adotado tem direito a saber quem são seus pais biológicos.
(Observação — Houve unanimidade quanto ao assunto, estando todos de acordo quanto ao direito à verdade; a redação poderia ser mais adequada, mais abrangente, garantindo o direito à verdade).

16. A adoção confere ao adotado uma filiação que substitui a de origem.

17. A adoção é irrevogável.

18. A adoção pode ser anulada a pedido do adotado ou de seus pais biológicos quando tenha sido decretada com grave violação de lei de fundo ou de procedimento. Em todos os casos de nulidade, a interpretação será restritiva e não será declarada por meros vícios formais. Tampouco será declarada quando implique em grave prejuízo para o interesse do menor.

(Observação — Veja a aceitação filosófica do Direito do Menor, em seus fundamentos básicos).

19. A adoção e sua anulação serão anotadas no Registro Civil; a inscrição da adoção não diferirá da do filho biológico.

20. A adoção será propiciada, preferencialmente, às pessoas domiciliadas no país do adotado.

21. A mediação com fins de lucro, destinada a prover menores para adoção deverá ser tipificada como delito.

(Observação — O desejo de ordenar as adoções, principalmente as internacionais, evitando as fraudes foi um sentimento comum na Reunião de Expertos de Quito).

Grupo de Trabalho nº 3 — Direito Internacional Privado **Campo de aplicação da Convenção**

1. A presente Convenção se aplica à adoção de menores quando o ou os adotantes e o adotado tenham residência habitual em Estados Partes diferentes.

(Observação — Trata-se de projeto de Convenção, a ser levado à O.E.A., para solução dos conflitos de lei).

2. Esta Convenção se aplicará a todas as adoções a que se refere o item 1.

Lei aplicável às condições

I. Condições de fundo.

3. Para que a adoção seja possível, é necessário que seja permitida pela lei do Estado da residência habitual do adotado e da lei do Estado da residência habitual do adotante.

4. A lei do Estado da residência habitual do adotante, como lei constitutiva, corresponde regular:

- a. a capacidade para adotar
- b. a idade e o estado civil do adotante
- c. o consentimento eventual do cônjuge do adotante
- d. as demais condições que deve preencher o adotante.

5. A lei do Estado da residência habitual do adotado cabe regular:

- a. a capacidade para ser adotado
- b. a idade e o estado civil do adotado
- c. o consentimento dos progenitores ou dos representantes legais do menor
- d. a eventual ruptura do parentesco do adotado com a família de sangue
- e. a autorização para a saída do menor do país.

6. Constituída a adoção e se não intervierem razões de polícia ou de ordem pública, os Estados Partes não poderão negar a saída do menor adotado.

II. Condições de forma e de procedimento

7. A forma e solenidade dos atos e os procedimentos constitutivos da adoção regem-se pela lei do Estado onde se completarem.

8. A adoção não requerirá «exequatur» para surtir efeitos extraterritoriais, salvo se se referirem a execução sobre bens ou coerção sobre as pessoas. Os procedimentos para assegurar a eficácia extraterritorial da adoção regem-se pela lei do Estado onde for solicitado o reconhecimento.

9. Os requisitos de publicidade e de registro da adoção ficam submetidos à respectiva lei territorial. Na execução do registro, devem-se tomar em conta as características particulares da adoção, diversas modalidades e à medida em que se aplique o segredo, de acordo com a lei segundo a qual é criado o vínculo.

Da revogação e da anulação

10. As adoções de que trata o item 1, quando tiverem a qualidade de legitimação adotiva ou figuras afins são irrevogáveis. No caso da adoção simples, a revogação é submetida à lei de constituição do vínculo.

(Observação — Verifica-se discrepância com relação aos tipos de adoção; o Grupo de Direito Interno insistiu em uma única modalidade, a adoção plena; a Convenção, conciliatória, há de reconhecer a existência de outras, como a simples, a contratual e a legitimação adotiva).

11. A anulação da adoção submete-se à lei de sua constituição e só poderá ser decidida em sede judicial e por violação de requisitos que, a critério do Juiz ou Tribunal, forem fundamentais, tendo-se, sempre presente, o melhor interesse do adotado, de acordo com as exigências impostas pela equidade, no caso concreto.

(Observação — O Direito do Menor recebe a moderna teoria da justiça do caso concreto).

A jurisdição competente

12. Serão competentes para a constituição das adoções as autoridades do Estado da residência habitual do adotado; quando o menor tiver sido autorizado a sair do país, a competência será da residência do adotante; estarão presentes as normas de cooperação internacional em ambos os Estados.

13. Serão competentes para as ações de revogação e anulação os Juizes e Tribunais do Estado da residência habitual do adotante e do adotado, indistintamente, à opção do autor. Igualmente, poderão conhecer de tais ações os Juizes do Estado da residência habitual do demandado, se ele for o adotante ou o adotado.

Disposições Gerais

14. O tipo de adoção, assim como sua natureza e alcance, serão determinados de acordo com a lei do Estado onde se constituir o vínculo. Os Estados não poderão desconhecer a adoção baseados na falta de coincidência entre suas respectivas leis e a lei onde foi criado o vínculo.

15. Para os efeitos desta Convenção, entende-se por residência habitual o lugar onde a pessoa possui seu centro de vida.

16. As autoridades dos Estados Partes poderão recusar-se a aplicar esta Convenção quando afete gravemente os princípios fundamentais de sua ordem pública internacional.

17. Os Estados Partes aplicarão harmonicamente aos diferentes aspectos da adoção a que se refere o item 1, as leis declaradas competentes e não utilizarão a exceção de instituição desconhecida, em forma contrária aos melhores interesses do adotado. Em cada Estado Parte, a conversão da adoção simples em plena ou figuras similares será autorizada de acordo com a lei de onde se constituiu o vínculo ou da lei do Estado onde, ao momento da petição da conversão, tenha sua residência habitual o adotante. Em todo o caso, a interpretação e a aplicação serão sempre as mais favoráveis ao adotado.

18. Os itens 7, 8 e 9 se aplicarão às adoções que, ainda que não estejam compreendidas no item 1, sejam invocadas como ato estrangeiro em um Estado diferente daquele em cuja base legal tenha sido constituído o vínculo. Qualquer dos Estados poderá declarar, no momento de ratificar esta Convenção, que ela se aplica às adoções que se levem a cabo nesses países, por pessoas estrangeiras, quando o adotante e o adotado tenham residência habitual nesse mesmo Estado.

19. Cada Estado Parte se compromete a assegurar a conformidade de sua legislação interna com as normas da presente Convenção.

REPERCUSSÕES NO BRASIL — Os menoristas brasileiros têm todos os motivos para se sentirem gratificados diante das recomendações da Reunião de Expertos sobre Adoção, promovida por um organismo da importância do Instituto Interamericano da Criança e que contou com a presença de especialistas de incedível gabarito, à exceção do brasileiro. É que suas posições foram reconhecidas, em sua globalidade. Recentemente, foram realizados dois encontros sobre adoção, em nível nacional, no Rio e em São Paulo, com o acompanhamento de Juizes, Curadores e profissionais da área.

Resta muito pouco para o ajustamento perfeito ao que pretendem os especialistas americanos, das três Américas. Sobretudo, a área dos civilistas deve ser impregnada das tendências do novo Direito do Menor, com a submissão de todas as adoções ao controle judicial e a extirpação, da lei, da adoção de adultos, uma velharia sem sentido.

Em Quito foi, mais uma vez, consagrado o princípio de que tudo deve ser feito em atenção ao melhor interesse do menor.

Diritto Internazionale e Diritto dell'Integrazione in America Latina

Vicente Marotta Rangel

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Catedrático de Direito Internacional Público da mesma Faculdade

Gustavo Zanini

Professor Assistente Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Furono i primi contatti degli europei con gli abitanti del Nuovo Mondo (in quelle regioni che poi costituirono l'America Latina) che provocarono il sorgere di un corpo sistematico di principi e norme tendendo a regolare le relazioni fra popoli diversi: il diritto internazionale.

La natura delle relazioni fra, da un lato, gli indigeni e dall'altro, spagnoli e portoghesi; il bisogno o meno di un ordinamento giuridico specifico che disciplinasse quelle relazioni; i problemi decorrenti dal contatto fra popoli di civiltà diverse — ecco le questioni suscitate dai filosofi, teologi e giuristi del XV e XVI secoli. Le loro risposte hanno dato i precetti basilari alla nuova disciplina giuridica, che Francisco de Vitoria — tenendo conto della definizione di Gaio, pur alterandola — denominò «diritto delle genti» ⁽¹⁾.

Nonostante fosse da molto presentita, ciò che spiega l'affermazione paradossale secondo cui l'America prima di essere scoperta era stata inventata, fu la realtà della coscienza delle nuove terre e dei nuovi popoli il fenomeno catalizzatore della gestazione e consolidazione di una nuova disciplina.

Sin dal principio, il continente scoperto era destinato a stimolare il sorgere e lo sviluppo di norme e istituzioni; il che non è occorso in

Trabalho apresentado no Seminário Internacional de Estudos «Europa Comunitária e América Latina: Integração e Cooperação Econômica», realizado em Salerno (Itália), de 28 a 30 de abril de 1983.

(1) Si veda al riguardo, anche per estesi riferimenti bibliografici: Massimo Panebianco, «La recezione del *ius gentium* in Europa e in America Latina», in Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, n. 2, 1981, p. 434 ss.

completa armonia con quelle. Tali discrepanze sebbene non frequenti hanno concorso a stimolare la revisione e il perfezionamento del diritto internazionale.

Al momento della conquista, l'America Latina e i suoi popoli hanno un rapporto col diritto internazionale che si può definire naturale insito nella cultura del dominatore.

Tre secoli più tardi circa, con l'emancipazione dei paesi del Nuovo Mondo, sono i giuristi ivi nati che imprimono un segno specifico al diritto internazionale in quel tempo vigente.

Fra quei due momenti però, non tutto si è verificato senza la presenza di quel segno, malgrado essa fosse sorta in forma indiretta e isolata. Così, essa si è presentata nel Trattato di Madrid, del 13 gennaio 1750, firmato tra Don João V, re di Portogallo e Don Fernando VI, re di Spagna. D'altronde, l'articolo 21 di questo Trattato stipulava che, nel caso scoppiasse una guerra fra Spagna e Portogallo, «i loro vassalli stabilirsi in tutta l'America Meridionale, avrebbero dovuto mantenersi senza ostilità fra essi e i loro alleati» ⁽²⁾.

Un altro principio rilevante stabilito nel Trattato di Madrid è quello della applicazione dell'istituto di diritto privato dell' **uti possidetis** nell'ambito del diritto internazionale. Mentre il Preambolo del Trattato afferma che «ogni parte rimarrà con quello che attualmente possiede», l'articolo III consacra chiaramente il principio dell' «**uti possidetis**» ⁽³⁾.

Entrambi gli aspetti rilevanti del Trattato di Madrid confermano la formazione graduale in America Latina di interessi e norme specifiche del Nuovo Mondo, le quali avevano ragione di essere, nonostante fossero avversati nella Madre Patria.

Sin dal XVII secolo si accentuò nel continente la firma di trattati internazionali; il che aumentò il prestigio del diritto positivo così come le concezioni positiviste di questo diritto. Le concezioni giusnaturaliste, a loro volta, subirono modificazioni appartandosi dalle basi obbiettive presenti negli scritti di Tommaso d'Aquino, Vittoria o Suarez. Il diritto internazionale cerca di concentrarsi nel circolo dei paesi europei e a riflettere in qualche modo, gli interessi immediati. Ignorate gradualmente le concezioni giusnaturalisti che, nel corso del XVI secolo, furono la base e le origini del diritto delle genti e legittimarono, su basi giuridiche, i rapporti reciproci tra gli europei e gli indigeni americani loro sudditi, il diritto internazionale tra i secoli XVII e XIX, propendeva a riflettere gli interessi oligarchici degli Stati Europei, le cui relazioni reciproche si proponevano di reggere.

(2) José Carlos de Macedo Soares: *Fronteiras do Brasil no Regime Colonial*. Rio de Janeiro, J. Olympio, 1939, p. 135. — Siveda peraltro: Rodrigo Octavio, «Alexandre de Gusmão e o Monroismo», *RIHGB*, 1941, vol. 175, p. 24-25.

(3) José Carlos de Macedo Soares, *op. cit.*, p. 136. — Si veda anche: Pedro Calmon, *História do Brasil*, p. 119.

Anche gli altri continenti erano soggetti ad un processo di occupazione e di colonizzazione da parte di questi Stati. Questi erano i principi, accolti dal diritto internazionale di quell'Epoca che si chiamava anche diritto pubblico della Europa o *ius publicum Europaeum*, denominazione che si trova nei libri de Johann Jacob Moser (1701-1785), *Versuch des neuesten enropäischen Völkerrechts in Friedens und Kriegszeiten*; e di Georg Friederich von Martens (1756-1821), *Primae Lineae iuris gentium Europaeorum practici*.

Il sorgere delle nazioni Latino-americane verso una vita indipendente ha indotto i suoi giuriconsulti a percepire il bisogno di approfondire gli studi di diritto internazionale.

Difatti, la situazione dei Nuovi Stati, che non avevano ancora raggiunto un grado di sviluppo notevole data la loro penosa lotta per acquistare l'indipendenza — esigea una definizione più precisa sui loro diritti nei confronti dei paesi dotati di sostanziali e solide ricorse proprie, poichè non potevano garantire soddisfacentemente quei diritti con il semplice potere delle armi ⁽⁴⁾.

La prima opera divulgata in America Latina che, in modo meto- dico, contiene i principali aspetti del diritto internazionale, risale al 1832: «*Principios de derecho de gentes*», di Andrés Bello (1781-1865).

Nato a Caracas, Andrés Bello visse anche a Londra (1810-1829), da dove si trasferì in Cile, nel qual paese, dopo più di trent'anni di studi e di insegnamento, morì. Di formazione umanista, lettore di Omero e Sofocle, poeta giornalista, incaricato dal 1833, di elaborare il Progetto del Codice Civile Cileno (poi, Legge di 1855), filosofo, diplomatico, filologo ha scritto su diversi aspetti del diritto, soprattutto il romano, la filosofia del diritto, il diritto civile e il diritto delle genti.

Malgrado la formazione culturale del giurista latino-americano fosse strettamente ortodossa, nelle sue opere sono evidenti l'amore e la fede nella sua terra e nelle sui genti in un periodo particolarmente difficile com'è quello dell'emancipazione e di consolidamento dell'indifferenza dei paesi del Nuovo Mondo, il che equivale a un atto rivoluzionario.

In determinati temi specifici questo caratteré è posto in singolare rilievo.

Il principio dell'eguaglianza degli Stati fu uno di questi temi. «*Siendo los hombres naturalmente iguales, lo son tambien los agregados de hombres que componen la sociedad universal. La republica más débil goza de los mismos derechos y está sujeta a las mismas obligaciones que el imperio más poderoso*» ⁽⁵⁾.

(4) Si veda a questo riguardo: Juan Carlos Puig, *Derecho de la Comunidad Internacional*, vol. I, Buenos Aires, 1975, pp 61-62.

(5) «*Principios de Derecho de Gentes*, Santiago de Chile, 1832, in *Obras completas de Andrés Bello*, X, p. 31.

Dopo aver citato Phillimore e Vattel (1714-1767), i quali seguono la stessa dottrina, Andrés Bello ricorda l'eccezione sollevata da Wheaton, nel capitolo **Dei Diritti dell'Eguaglianza** del suo libro *Elementos*, secondo cui «l'eguaglianza naturale degli Stati sovrani può modificarsi a causa di un contratto positivo o del costume, la qual cosa crea una posizione di superiorità da parte di uno Stato sugli altri per quanto riguarda la categoria, il titolo e altre distinzioni relative al cerimoniale.» Il capitolo di Weaton secondo Andrés Bello — dovrebbe essere chiamato più propriamente: «**Dei Diritti della diseguaglianza**»⁽⁶⁾.»

Circa le dottrine tradizionali di diritto internazionale, la posizione di Andrés Bello può essere qualificata di rinnovamento nella continuità. «Siamo incorporati», — scrisse — «in una grande associazione di popoli, della cui civiltà la nostra è un raggio. L'indipendenza che abbiamo acquistato ci ha messo in contatto immediato con le nazioni più sciluppate e colte, nazioni ricche di conoscenza, delle quali possiamo far parte con il solo fatto di desiderarlo. Tutti i popoli che figurarono prima di noi nella scena del mondo, hanno, lavorato per noi»⁽⁷⁾.»

Cinque anni prima della pubblicazione dei **Principios** di Andrés Bello, cominciarono in Brasile i corsi giuridici con due Scuole di Diritto: una al Nord, a Olinda, l'altra al Sud, a São Paulo. Titolare di questa Scuola di una cattedra comprendeva fra le altre discipline anche quella del diritto delle genti, José Maria de Avelar Brotero, pubblicò nel 1836, «*Questioni su Prede Marittime*.» Questa Monografia si ispira non soltanto a Grozio ma anche alla ricca bibliografia sul diritto delle genti in generale e sul diritto internazionale marittimo, come si può vedere nell'edizione del 1863. Dalla bibliografia constano i Trattati classici di **Wolff** e di **Vattel** tra gli altri.

Se dal lettore dell'Accademia di São Paulo sorse, cronologicamente, la prima monografia sul diritto delle genti, fu dal professore dell'Accademia di Olinda che si originò il primo riassunto sulla disciplina pubblicato a Pernambuco, nel 1851. Si tratta degli «*Elementos de Direito das Gentes segundo as doutrinas dos autores mais modernos*,» di Pedro Autran da Matta Albuquerque.

Sia nel riassunto che nella monografia del professore di São Paulo c'è una larga parte dedicata al diritto della guerra, al «*ius belli*», che il progresso della società ha ridimensionato, assegnandogli un posto di minore importanza nei programmi di diritto internazionale.

La maggior parte dei nostri primi giuristi si formò alla Scuola delle citate opere acquisendo per mezzo di esse gli strumenti essenziali per la difesa del diritto delle genti; mi riferisco concretamente a Joaquim Nabuco, a Rui Barbosa e al Barone di Rio Branco.

(6) «*Principios*», *Ibidem*, nota n. 1.

(7) «*Principios*», *op. cit.*, p. 34.

Publicato in Castigliano a Parigi, indue volume, vede la luce *Le Droit International Théorique et Pratique*, la cui marca latina mira alla dottrina conosciuta solo attraverso il nome del suo autore, Carlos Calvo (1829-1906), dottrina presentata nella nota diplomatica che lui stesso formulò, in qualità di Ministro degli Affari Esteri della Repubblica Argentina, il 29 dicembre 1902 e presentata al Governo degli Stati Uniti d'America. Tale dottrina, come segnalò Rui Barbosa nel corso della Seconda Conferenza dell'Aia, un anno dopo il decesso del giurista argentino, agì poderosamente nello sviluppo dell'indipendenza dell'America⁽⁸⁾.

Soltanto alla fine del secolo scorso nasce la qualifica di «americano» aggiunta al così detto diritto internazionale europeo; ciò è successo grazie all'opera di P. Pradier-Fodéré, il «*Traité de Droit International Public Européen et Américain*» i cui nove volumi furono pubblicati tra 1885-1905.

A proposito della denominazione del diritto internazionale diceva Lafayette Rodrigues Pereira, agli inizi di questo secolo, avrebbe dovuto essere «correttamente» chiamato «Diritto Pubblico Esterno Europeo-Americano⁽⁹⁾».

«La fase attuale dell'integrazione economica latino-americana non è niente altro che il culmine di un processo le cui radici coincidono, cronologicamente, con quelle della stessa identità nazionale delle Repubbliche Latino-americane»⁽¹⁰⁾. Al contrario di quello che è successo negli Stati Uniti d'America, la cui formazione si strutturò nella tendenza centripeta a cui si sottomisero le antiche tredici colonie della Corona Britannica nell'America Latina predominò una tendenza opposta, centrifuga, giacchè i vicereami spagnoli si divisero in numerosi paesi indipendenti e stremamente gelosi della loro sovranità nazionale. Tali tendenze antagoniche diventano comprensive dato che c'era una predominante omogeneità culturale, linguistica, religiosa, giuridica tra le antiche colonie inglesi mentre l'eventuale omogeneità fra i nuovi paesi latino-americani era fortemente contrastata di uno svariato grado di incrocio di razze, culture indiane distinte, condizioni ecologiche diverse nei continenti e nelle isole, negli altipiani, nelle pianure, nelle economie agrarie e pastorali o in quelle minerarie.

Un altro punto che merita di essere segnalato in questo ordine di idee è quello che si riferisce al periodo di dominazione napoleonica. In questa fase storica, infatti, si è presentata l'opportunità ai paesi latino-americani, di svincolarsi dai conquistatori portoghesi e spagnoli onde poter sussistere politicamente indipendenti. Va aggiunto, d'altra

(8) Si veda a questo proposito: Albert de la Pradelle — *Maitres et Doctrines du Droit des Gens*, 2ª Ed. Paris, Les Editions Internationales, 1950, p. 217.

(9) Lafayette Rodrigues Pereira — *Princípios de Direito Internacional*, I, Rio de Janeiro, 1902, p. 22.

(10) *Derecho de la Integración Latino-Americana*. Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales. Buenos Aires. Depalma, 1969, p. 429, nota 1.

parte, che l'idea dell'auto governo, seguita da una effettiva sovranità territoriale costituisce la base per affrontare qualsiasi tentativo di riconquista da parte di paesi europei. È appunto in vista di questa situazione che non è difficile rendersi conto del naturale sorgere di un sentimento di nazionalismo assai accentuato. Sotto questo riguardo si aggiunga che, com'è del tutto comprensibile, anche l'auto governo diventava uno degli obbiettivi principali dei paesi latino-americani ⁽¹¹⁾.

Uomini di grande visione, stattisti con una prospettiva storica forse prematura per la loro epoca, sentirono i pericoli del «caudillismo» governo fatto a somiglianza delle anzionie greche, che cercarono di ristabilire le grandi unità geopolitico-economiche ereditate dal periodo coloniale. Tali uomini furono San Martin, Alberdi, Miranda, Del Valle, Monteagudo, O'Higgins, Artigas e soprattutto Simón Bolívar, la cui visione forse profetica di una confederazione latino americana fu il principale fattore stimolante del movimento a favore dell'unità continentale, e che fece di lui il grande precursore dell'integrazione regionale. Questa visione spinse Bolívar a convocare il Congresso di Panamá che si riunì dal 22 giugno al 15 luglio 1826.

Il Congresso di Panamá ebbe lo scopo di stabilire, tramite le vie commerciali, la confederazione perpetua delle nazioni americane. La concezione bolivariana dell'unità continentale aveva come principio basilico quello della reciprocità degli interessi del Nuovo Continente.

Nello stesso anno in cui terminò la riunione di Montevideo, si realizzò a Washington, dal 2 ottobre 1889 al 18 aprile 1890, la Prima Conferenza Internazionale Americana, a cui parteciparono delle delegazioni di tutti i paesi americani, tranne la Repubblica Dominicana. La circolare del Segretario di Stato degli Stati Uniti, Bayard, del 13 luglio 1888, che invitava gli altri paesi americani al Congresso di Washington, menzionava, tra gli argomenti da discutere, c'erano «le misure destinate alla formazione di un'unione doganale americana, che incoraggiasse, mentre era possibile e vantaggioso, il commercio reciproco tra le nazioni dell'emisfero americano». La visione di Blaine, Segretario di Stato, attento alla realtà economica dell'industria nordamericana che aveva bisogno di mercanti di consumo così come di materie prime tropicali, può far pensare alla creazione nell'Emisfero Occidentale, di un'unione doganale simile al Zollverein tedesco, chiave e elemento propulsore dell'egemonia prussiana e dell'unificazione della Germania ⁽¹²⁾.

Stabilitasi nel 1948, la CEPAL (Commissione del Consiglio Economico e Sociale per l'America Latina) esercitò una funzione decisiva nella creazione e nel progresso del meccanismo di integrazione latino-americano. Un anno dopo la sua istituzione aveva già pronosticato la necessità di una coordinazione regionale delle politiche nazionali di sostituzione e di importazioni, difendendo così l'intercambio commer-

(11) Idem, p. 435.

(12) Idem, Ibidem, p. 435.

ziale intralatinoamericano. Il suo Comitato di commercio preparò a questo riguardo diversi progetti che aspiravano a stabilire un mercato comune e uno stesso sistema di pagamento. Nel terzo Periodo di Sessione (1950), la CEPAL approvò una decisione con cui raccomandava ai Gruppi latino-americani di prendere in considerazione «le possibilità di espansione di domanda mediante lo scambio reciproco allo scopo di sfruttare una migliore integrazione delle economie e un più elevato sviluppo della produttività e della sua efficienza (Conf. Doc. E/CN, 12/194). Inoltre, nel suo quarto Periodo di Sessione (1951), 1^a CEPAL stabilì i fondamenti del Programma per l'integrazione Centro-americana e servì come Segreteria Tecnica per il Comitato di Cooperazione Economica dell'Istmo Centro-americano.

Innumerevoli fattori diedero origine agli argomenti economici in favore dell'integrazione:

- 1 — La reazione dell'Americana Latina tenendo conto delle sempre maggiori differenze tra i livelli di sviluppo ed il benessere del mondo e lo stato di crisi periodiche in cui cadeva l'economia della regione;
- 2 — Lo scontento condiviso in grado crescente, da altre regioni sottosviluppate;
- 3 — La certezza che, nel mondo attuale, costituito da gruppi politici ed economici la conquista del potere dei paesi sottosviluppati dipendesse dalla possibilità di unificazione dei suoi criteri e dall'orientazione dei centri industriali ⁽¹³⁾.

Il processo di integrazione economica dell'America Centrale obbedì a successive tappe, la cui più antica, la preliminare, si estese dal 1951 al 1957 nel corso delle convenzioni bilaterali celebrate tra paesi che influirono nel contenuto dei primi trattati collettivi di integrazione: il Trattato Multilaterale di Libero Commercio e Integrazione e il Trattato Generale di Integrazione Economica Centro-americano, relativi rispettivamente a Tegucigalpa (1958) e a Managua (1960).

Per quanto riguarda il Trattato Generale di Integrazione Economico Centro-Americano, del 13 dicembre 1960, si tratta dello strumento più importante sul funzionamento del Mercato Comune di questa regione istmica, nonostante non possa essere applicato nella sua pienezza, in questi giorni, data la crisi provocata dai fattori di ordine politico, di qualche paese firmatorio del Trattato, così come la crisi economica mondiale che essi affrontano.

Così come in America Centrale, in cui il movimento rimase circoscritto strettamente alle frontiere geografiche, l'idea iniziale fu quella di integrare il cosiddetto Cono Sud dell'America Latina, come tappa preliminare di una associazione più ampia.

(13) Miguel S. Wionczek: «Introdução. Requisitos para uma Integração», in *Latin American Economic Integration*. Friederich A. Praeger (tradução Brasileira), Rio de Janeiro, 1966, O Cruzeiro, 1966).

Tale proposito di limitazione regionale fu, però, respinta dalla partecipazione del Messico in primo luogo, e in seguito da quella della Colombia e dell'Ecuador⁽¹⁴⁾. D'altra parte, l'elezione di formula di una zona di libero commercio ebbe il suo fondamento in motivi politici e pratici. I tecnici pensavano che non fosse possibile convincere i governi e i parlamenti della necessità di consacrare giuridicamente, sin dal primo momento, l'istallazione di una unione doganale.

La Conferenza di Montevideo approvò, in febbraio del 1960, le sole basi di integrazione che avrebbero potuto essere accettate in quell'epoca, dai rispettivi governi⁽¹⁵⁾.

Sottoscritto a Montevideo, il 18 febbraio del 1960, il Trattato costitutivo dell'Associazione Latino-Americana di Libero Commercio (ALALC) prevedeva che la zona di libero commercio da lui istituita avrebbe dovuto perfezionarsi entro un periodo non superiore a dodici anni calcolato a partire della sua messa in vigore⁽¹⁶⁾.

Tale periodo fu protratto fino al 31 dicembre 1980, nei termini del Protocollo di Caracas, firmato il 12 dicembre 1969, nella capitale del Venezuela. Le Parti (Argentina, Bolivia, Brasile, Cile, Colombia, Ecuador, Messico, Paraguay, Perù, Uruguay e Venezuela) si erano impegnati a eliminare, gradualmente, per quanto riguardava l'essenziale del loro commercio reciproco, i gravami e le restrizioni che incidevano sull'importazione dei prodotti originari del territorio di qualsiasi Contratante. Tale eliminazione si sarebbe raggiunta tramite le trattative periodiche di cui avrebbero dovuto risultare:

- a) Cataloghi nazionali, con le riduzioni annuali di gravami e altre restrizioni che ogni Parte decideva di accordare alle altri Parti;
- b) Un Catalogo comune, con la descrizione dei prodotti i cui gravami e restrizioni, le Parti si impegnavano, per decisione collettiva, ad eliminare integralmente dal commercio intrazonale. L'eliminazione di barriere commerciali intraregionali era considerata, secondo il Preambolo, un mezzo di espansione dei mercati nazionali e condizioni per accelerare il processo e lo sviluppo economico dei paesi dell'America Latina.

Ci sono delle ragioni rilevanti che indussero l'America Latina a non riuscire come il Mercato Comune Europeo:

- 1 — il Trattato di Roma fu firmato in condizioni molto favorevoli, e cioè, durante un periodo di sviluppo assai rapido dell'Europa Occidentale. Il Trattato di Montevideo invece fu fatto in un periodo di recessione;

(14) Gustavo Margariños: «Instrumentos da Integração e Realizações da ALALC». A Integração Econômica da América Latina, p. 145.

(15) Idem, p. 146.

(16) «En realidad el Tratado no establece una Zona de Libre Comercio, sino un Convenio Programado para llegar a una Zona en 12 años, conforme al artículo XXIV dell GATT. (in Javier Silva Barros: Régimen Legal de los Acuerdos de Complementación en la ALALC). — Derecho de la Integración, n. 5, 1969, p. 80).

- 2 — le differenze di livelli di sviluppo economico tra i paesi dell'ALALC furono ben maggiori di quelli esistenti tra qualunque altro paesi dell'Emisfero nord;
- 3 — per l'Europa Occidentale, la riduzione delle barriere interne, che risultarono dalla Grande Depressione e dalla Seconda Guerra Mondiale, costituivano un elemento artificiale nell'economia della regione, sicchè il programma di liberazione del commercio rappresentava un ritorno alla normalità. In America Latina, al contrario, si trattava di creare qualcosa che non era esistito anteriormente;
- 4 — il Trattato di Roma applica il rinnovo di tutte le restrizioni di commercio, e cioè, non solo di prodotti tradizionali ma anche di tutti gli articoli prodotti in qualsiasi parte dell'area del Mercato Comune. Il Trattato di Montevideo, al contrario, è redatto in modo da non rendere necessario per i paesi membri solo lo sviluppo del «commercio già esistente.»
- 5 — I paesi dell'Europa Occidentale nel proporre un programma di liberazione del Trattato di Roma furono molto più elastici dei paesi latino-americani, per ciò che riguarda i principi enunziati a Montevideo.
- 6 — Si suppone frequentemente che l'enfasi data dal MCE all'intensificarsi della concorrenza tra le industrie, con obiettivo simile, è valida anche per l'America Latina. Nell'Europa Occidentale esiste già una industria compatta e il principale problema è quello di renderla più produttiva e efficiente. Lo sviluppo dell'America Latina si è verificato entro i limiti dei mercanti nazionali esistenti. Ciascuna delle industrie nazionali è positivamente orientata verso il potenziale del suo mercato e generalmente teme le conseguenze della concorrenza di rivali più efficiente (reali o in potenziale) dei paesi limitrofi, anzichè l'attesa paziente di mercati maggiori volta alla crezione di un mercato comune regionale. Molto più importante è il problema che consiste nell'ampliare l'industria latino-americana oltre qualsiasi aspettativa, principalmente attraverso lo stabilirsi di industrie interamente nuove in settori dove ancora non ne esiste nessun'altra ⁽¹⁷⁾.

L'effetto favorevole che il Trattato di Roma ebbe sopra la crescita economica dell'Europa, Trattato firmato nel 1957, stimolò la conclusione del Trattato dell'ALALC, del 1960, il Trattato del Mercato Comune Centro-Americano del 1962 (o Trattato di Managua); nel 1969 l' Acordo di Cartagena; il Trattato dell'Associazione Latino-Americana di Integrazione — (ALADI) —, del 12 agosto 1980. I

(17) Sidney S. Dell. «Os Primeiros Passos de Experiência da ALALC», in *A Integração Económica da América Latina*. Editado por Miguel S. Wionczek. Rio de Janeiro (trad.) 1966, p. 129.

paesi Latino-americani adottarono l'ideologia dell'integrazione delle Comunità Europee per i loro stessi sforzi di integrazione economica.

Allo stesso tempo combatterono energicamente determinati aspetti della nuova entità, in modo particolare la Política Agrícola Comune (PAC) ⁽¹⁸⁾.

CONCLUSIONI

Per le osservazioni storiche predette di carattere piuttosto analitiche, noi non abbiamo avuto sicuramente l'intenzione di esaminare il meccanismo convenzionale dei paesi Latino-americani, in tutta la complessità della sua struttura giuridica e economica e in tutte le sue strategie nazionali di sviluppo.

Il nostro scopo non era penetrare nelle questioni specifiche su cui il Trattato dell'Associazione Latino-Americana di Integrazione (ALADI - 1980) così complesso e così nuovo regerà le relazioni economiche tra paesi del nostro continente.

D'altra parte noi abbiamo ritenuto necessario esaminare almeno nelle sue linee generali, la struttura del sistema giuridico economico prima di dedicarci a considerazioni di ordine più generale e astratto.

Considerare i paesi Latino-americani, dal punto di vista dell'integrazione economica vuol dire, anzitutto, ricercare quello che è il suo sistema politico e economico, come esso è nato e quali sono i suoi obbiettivi, tenendo conto della sua propria natura.

L'influenza del diritto internazionale europeo sul diritto internazionale latino-americano è stata profonda, tanto che dopo un periodo di affermazioni proprie di autonomia, ancora oggi persistenti in quest'ultimo diritto — ambedue si identificano nelle loro norme e valori essenziali.

Per quanto riguarda il diritto di integrazione, tale influsso del diritto europeo fu egualmente sensibile alle origini del diritto di integrazione latino-americano ancorché senza lo stesso carattere assoluto e esclusivista dell'impatto del diritto internazionale. Man mano che il tempo corre il modello del diritto europeo di integrazione subisce delle modifiche a causa delle esigenze sociali e politiche specifiche dell'Americana Latina.

(18) Si veda in questo senso: Massimo Panebianco: «Dalla Società delle Nazioni all'O.N.U. (le grandi organizzazioni internazionali)», Editrice Ferraro, 1977, p. 92 s.

Discurso de Posse do Professor Geraldo Ataliba*

Excelentíssimo Senhor Diretor; Egrégia Congregação, Senhor Secretário da Justiça, José Carlos Dias; Senhor Secretário da Segurança Michel Temer; Senhor Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Mário Sérgio Duarte Garcia; Senhor Presidente da Ordem dos Advogados, Seccional de S. Paulo, Márcio Tomás Bastos; Senhores Desembargadores, Procuradores da República, da Justiça, do Estado, do Município; Senhores magistrados. Colegas professores, advogados, Senhores alunos; Senhoras e Senhores.

É propecto o asserto de que ninguém vai para o céu, ou para o inferno, sozinho. Somos levados e, ao mesmo tempo, ajudamos a conduzir, aos que nos cercam. O asserto vale para a vida, para todos os episódios da nossa vida.

Após longa caminhada, aqui chego, trazido por uma multidão de pessoas, que de modo mais ou menos intenso, para isso influiu. A elas, portanto, o meu principal pensamento, de gratidão.

O velho professor ATALIBA NOGUEIRA — cuja jovial presença foi constante nesta escola durante 35 anos — foi o animador de minha vocação, não só genericamente pelo direito, mas especificamente pelo direito público, sobre cuja importância soube eficazmente despertar o interesse do jovem estudante. Com ele aprendi a não ter preconceitos e a abominar todo extremismo.

Nele admirei a firmeza de caráter e a doçura com que enfrentava as adversidades, sem quebra de seu formidável ânimo de luta. Mas, onde o jurista, o cidadão, o advogado, o professor e o pai se fundiam era no traço que melhor define sua personalidade, de todos os aqui presentes fartamente conhecida: ATALIBA NOGUEIRA sabia compreender quem o adversava, detinha-se sempre na busca das razões, objetivas ou subjetivas, dos que alguma vez o antagonizaram. Com isso, pacificava seu ânimo, aplacava seus ímpetos e superava suas divergências. Dele ficaram para sempre, neste salão nobre, nesta casa e na memória de todos nós a imagem do professor jovial, alegre e contagiantemente otimista, que, de um modo ou outro, marcou nossa vida.

Quem melhor e mais sinteticamente o retratou — sem que seu transparente afeto lhe toldasse o julgamento — foi o Prof. Celso

* Professor das Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.



Professor Doutor Geraldo Ataliba.

Antônio Bandeira de Mello, que escreveu: «Exigente na limpidez e ortodoxia das teses, era contudo, por sua profunda humanidade, condescendente no caso concreto, dada sua natural bondade e compreensão do ser humano».

Das preciosas riquezas que dele herdei e que cultivo com dedicada veneração, saliento a amizade pelos mestres desta casa, de sua geração, a quem homenageio na pessoa dos queridos professores Philomeno Joaquim da Costa, Celso Neves e Canuto Mendes de Almeida; herdei também a estreita amizade de Lourival Vilanova, Ruy Cirne Lima, Aliomar Baleeiro, Josaphat Marinho e Raul Machado Horta, que cultivo com o mais venerando carinho.

Fui despertado para os estudos de Filosofia do Direito por Celso Antônio Bandeira de Mello, amigo fiel, que comigo caminha desde 11 anos de idade. Sem este indispensável lastro, não poderia ter alcançado a mínima coerência na obra que produzi.

Solidifica-se minha paixão pelo Direito Público na leitura da obra insuperável de um dos mais sólidos constitucionalistas da atualidade, o sempre atual SEABRA FAGUNDES, de quem, posteriormente, — há 15 anos — tornei-me amigo próximo, desfrutando o privilégio de seu afeto.

Especial preito de homenagem devo render a dois ilustres mestres desta casa, que, por seu exemplo, espírito científico, postura acadêmica e desassombro sentido do tempo que vivemos — sensíveis que sempre foram ao clamor dos injustiçados, dos indefesos, dos despossuídos — sem vacilações, pautaram seu comportamento por uma intransigente linha de independência de pensamento e paradigmática censura à acomodação, à indiferença, à omissão, que desgraçadamente comprometem nossas elites com o pior do nosso passado, condenando a sociedade, como um todo, a um amargo futuro.

José Ignácio Botelho de Mesquita e Fábio Konder Comparato, juristas exemplares e cidadãos presentes, com intensidade, ao momento que a nação vive. Ao prof. José Ignácio — que, na sua posse, nos exorta a meditarmos sobre nossas responsabilidades, perante a sociedade, à luz dos fins desta escola, os quais só podem ser alcançados pela constante meditação, de todos nós, professores e alunos, em torno de seus perenes ideais — a ele digo agora: não foi vã sua pregação; são muitos os que, como Vossa Excelência, crêem que a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo não é e não pode ser mero centro de instrução para formação técnica de peritos em lidar com leis. E pelo contrário uma instituição da sociedade, onde a ciência do Direito é trabalhada, estudada, criticada, aprofundada e cultivada, como instrumento da justiça.

Ao Professor Fábio Comparato — que ingressando na Congregação formulou grave declaração de princípios e solene juramento de pugnar contra o «servilismo jurídico, pávido e degradante» — ofereço como minha pessoal e modesta resposta os meus trabalhos, em que

procurei realizar, como homem do direito, a proposta que nos é comum. Reitero, repito e faço meu o seu juramento, na convicção de que todos nós juristas, ou nos fazemos sacerdotes do direito, ou servimos mercantilisticamente a qualquer conveniência de ocasião.

Quando há dezesseis anos escrevi um livro sobre decreto-lei, censurando o próprio instituto e os abusos e arbitrariedades que ensinava, fui chamado de ingênuo. Pouco depois, quando no livro sobre lei complementar, denunciei o disparate de se pretender, com seu uso, flexibilizar a Constituição — desrespeitando-se a tábua de direitos fundamentais do homem, a triparticipação do poder, a federação e a autonomia municipal — fui considerado «quixote».

Quando escrevi sobre a faculdade regulamentar mostrando que a maioria dos regulamentos vigentes são inconstitucionais, por invasão da esfera legislativa, ou outras violações, fui tido por cândido. Quando, em todos meus trabalhos, escritos ou orais preguei — sem concessões ao oportunismo ou à acomodação — a supremacia constitucional contra o arbítrio dos poderes constituídos — especialmente do executivo — fui acoimado de poeta.

Quando insisti, reiterei e repeti que os princípios jurídicos (porque encerram as diretrizes estimativas do sistema) sobrepõem-se às simples regras — mesmo quando emanadas do mais poderoso «GENERAL DO DIA» — fui tachado, ironicamente, de espadachim.

Professor Fábio Konder Comparato. Meus escritos, as conferências, aulas, palestras e outros pronunciamentos, ao longo de vinte anos, são expressão de minha concepção do direito como instrumento do homem e da sociedade, para realização de valores, individuais e sociais, harmonicamente. Ouso pensar que, no limite de minhas possibilidades, venho correspondendo à sua convocação e ao magnífico exemplo que vossa excelência e o professor José Ignácio Botelho de Mesquita me vêm dando, desde nossa convivência no curso secundário.

A Dalmo Dallari devo — devemos todos nós — particular apreço por seu desassombrado e corajoso desprendimento, no pugnar, do alto de sua autorizada cátedra, pelos direitos fundamentais do homem. Sua autoridade moral e jurídica só engrandece esta faculdade.

Não posso, nesta altura, deixar de consignar um crédito de gratidão particular a meu mestre de direito tributário, amigo leal, ativo cientista e professor por excelência, Antonio Roberto Sampaio Dória, cujo apoio, exemplo e incentivo foram tão importantes no decurso de minha vida acadêmica. É-me honroso e profundamente grato, sentar-me ao seu lado, como seu colega.

A duas mulheres devo, de modo muito particular, as condições que me permitiram responder aos estímulos, incentivos e ajuda que de tantos recebi: minha mãe, Alexandra, e minha mulher, Anna Maria, cujas qualidades de doçura, compreensão e carinho cercaram — cada qual a seu modo — minha vida, que, graças a elas, chega a este momento culminante.

Senhores Professores,

Ao receber das ilustres mãos do ínclito internacionalista professor Vicente Marotta Rangel, Diretor desta casa, diante da douta Congregação, esta grave investidura — marcada por responsabilidades, mais que por glórias — permito-me expressar convicção arraigada, que em mim brotou já no início dos meus vinte anos de exercício das honrosas atribuições de livre docente e que se foi robustecendo ao longo de minha intensa atividade. Creio já ser tempo de pensar-se em alargar o órgão máximo dirigente desta casa à participação dos professores que, já livres-docentes, exercem encargos letivos — nossa principal missão universitária: a transmissão do conhecimento, o treinamento no estudo da ciência do Direito —, da mesma forma que os titulares.

Justo, correto, saudável, estimulante e enriquecedor para a instituição, assim, que esses comprovadamente valiosos colegas tenham maior e mais intensa participação também nas responsabilidades decisórias.

Ao expressar estes conceitos não pretendo senão dar uma contribuição ao aprimoramento das condições de funcionamento da escola. De todo modo — senhor Diretor e Egrégia Congregação — permito-me a satisfação de partilhar a honra, a alegria, as glórias deste momento com todos os colegas livres-docentes da Academia de São Francisco.

Egrégia Congregação,

Minhas intensas atividades de professor — ininterruptamente desenvolvidas nestes vinte anos, fecundadas pelo exercício da advocacia — foram-me robustecendo na convicção da imperiosa necessidade de uma revisão no currículo de formação do bacharel, até como causa e efeito de uma já seródia resposta à realidade da vida atual.

Refiro-me à evolução da sociedade, que — a despeito de qualquer teoria ou ideologia — provoca a publicação de quase todo o direito positivo, seja pela ampliação da ação do estado em todos os setores, seja pela necessidade da preservação dos interesses coletivos, a permeiar quase todas as relações sociais.

Impõe-se, instantemente, redimensionar os esquemas de preparação dos profissionais do direito, para melhor habilitá-los a servirem à sociedade e aos seus integrantes, pelo estudo o mais intenso do direito público, especialmente por seus grandes princípios e diretrizes, mais do que por suas formas da apresentação empírica.

Não somos realistas, na medida do impostergavelmente necessário, se não reconhecermos a necessidade de aumentar a carga horária dos estudos de filosofia do direito, teoria geral do direito, direito constitucional e direito administrativo. A formação básica que tais estudos infundem será universalmente útil. Para ampliá-la, basta considerar

— como a experiência o demonstra — que a coisa mais prática que há é uma boa teoria.

Não viveríamos um tão aflitivo subdesenvolvimento cultural com graves reflexos no clima institucional e na própria vida econômica se soubessemos valorizar mais amplamente e com mais profundidade os princípios informadores da República, da Federação, da Autonomia Municipal, da tripartição do poder, da legalidade, da igualdade e do respeito aos direitos da pessoa humana; **do constitucionalismo, em uma só palavra.** Da teoria jurídica civilizada e culta, que quanto mais conhecida será mais estimada; quanto mais praticada, melhor será vivida e aprimorada. A ordem, a prosperidade, a segurança, a paz virão por acréscimo — ao contrário do que pregam os arautos dos extremismos.

Amor às instituições republicanas, que asseguram a alternância no poder e a responsabilidade política dos governantes, representantes do povo — titular da coisa pública; estima pela federação, como expressão de sadia e democrática descentralização política; apreço à autonomia municipal, como afirmação republicana de uma das mais tradicionais e elementares liberdades públicas, traduzida na afirmação do princípio do auto-governo, no plano da sociedade menor, mais autêntica e mais lúdica, a dos vizinhos — no cuidado dos seus assuntos comuns — que a sabedoria política dos constituintes de 1981 designou por «peculiar interesse local».

Apego à tripartição do poder, como única fórmula realista e eficaz de contenção dos excessos, do arbítrio e das tentações da tirania; fé na legalidade, como garantia da imparcialidade da ação estatal e das liberdades fundamentais de todos e cada um; devoção à igualdade, como penhor da proteção das minorias e segurança do direito de dissentir, criticar e adversar os poderosos, políticos ou econômicos. Por fim, entranhado amor aos direitos humanos, como sinal de civilização, espírito cristão e elevação moral, sem o que nenhuma sociedade pode merecer a estima de seus integrantes. Direitos humanos — internacionalista prof. Marotta Rangel — acima de tudo, a todo custo e a despeito de todas as incompreensões egoísticas. Porque só o egoísmo materialista inspira os seus adversários, na argumentação tendente a postergá-los ou esvaziá-los — sabem-no bem os ex-presidentes da Comissão de Justiça e Paz, o Prof. Dalmo Dallari e o Secretário José Carlos Dias, batalhadores desassombrados dessa causa.

Não há conveniência, ideologia ou circunstância que possa justificar a sua violação. Quando uma sociedade cede nesse ponto — ainda que em medida mínima — está solapando a pedra de toque de todo princípio social; caminha — pela ausência de valores — para a absoluta derrocada dos critérios morais que fundam a própria noção de convivência social. Como no nazismo e no fascismo, destroi-se a si mesma.

Só tenho um comportamento exemplar, que infunda nos terceiros a certeza de nossa convicção, os profissionais do direito teremos oportunidade de imprimir seus valores na sociedade e incutir os princípios jurídicos nos seus membros, governantes e governados.

Só agindo com dignidade sacerdotal — própria de quem tem profunda fé nos objetivos a que serve — faremos do direito eficaz instrumento de justiça, para o que é condição indispensável que os terceiros, leigos, nele também acreditem o que somente será possível se tiverem confiança nos seus agentes. Basta esta consideração para mostrar que o problema da formação do bacharel não é meramente técnico, mas também ético, como sempre timbrou em salientar o saudoso desembargador Bandeira de Mello, meu mestre e amigo.

É imperioso que se dissipe a imagem corrente do advogado enganador, bem falante, vazio e incoseqüente, que — a pretexto de servir a todos — termina servindo a tudo.

É instante a necessidade de restaurar-se o prestígio das profissões jurídicas, não por nossa comodidade (de seus executores), mas como condição de podermos servir à sociedade e aos carentes de justiça, com a dignidade e o decoro que os valores do direito exigem.

É decisivamente importante resgatar a dignidade da retórica jurídica, como meio de convencimento das pessoas e, pois, instrumento de modificações sociais e individuais.

Nossa arma é a retórica, fundamental ao modo dialético e questionante — próprio, típico dos parlamentos — de elaboração das leis; aos procedimentos de interpretação, maiêuticos e dialogais; ao processo de aplicação jurisdicional, eminentemente contraditório.

A transformação gradativa, paulatina, lenta e penosa da sociedade, há de supor ingente, empenhado, exaustivo uso da palavra. «Somos todos — disse Fábio Comparato — homens da palavra; e disso devemos nos orgulhar».

Será a pregação constante — e jamais a violência silenciosa — que se traduzirá em atos construindo, reconstruindo, aprimorando os homens e a sociedade. A palavra antecede à ação. «No princípio era o verbo». Foi a pregação da democracia, da igualdade, da justiça que trouxe o constitucionalismo ao mundo ocidental; foi a pregação dos pais da pátria que trouxe a independência; foi a pregação libertária e constante dos propagandistas políticos que nos deu a república; a palavra comove, impele, modifica, cala. É mais fecunda, mais eficaz e mais forte que todas as violências.

É preciso, assim, dar autoridade e responsabilidade a quem dela faz uso responsável, como o jurista. É preciso dar substância, coerência, seriedade, elevação ao discurso jurídico, escrito ou oral. Só assim o direito terá a eficácia que dele todos esperamos, para o bem da sociedade. São lições perenes de Goffredo Telles Jr. e Tércio Sampaio Ferraz.

Ora, isso somente será possível quando, nos cursos jurídicos, se ensinar mais a meditação sobre os alicerces, as bases, os valores, as diretrizes; numa palavra: os princípios que dão sentido ao sistema jurídico e sem os quais este é mero instrumento de arbítrio ou de proveitos classistas ou pessoais.

O direito não é — não podemos consenti-lo, por nosso comportamento e nosso discurso — um amontoado caótico de regras, que pode ser acrescido de qualquer modo, e do qual cada um pinça ou retira — de acordo com sua comodidade ou conveniência — o enunciado que lhe apetece, relegando o que lhe contraria.

Insta que ensinemos aos nossos alunos — com insistência, até a exaustão — que o direito é uno e sistemático e que todas as normas que o formam são harmônicas entre si, dotando-o (ao sistema) de coerência interna.

Esta unidade e sistematicidade se constroem — assim o vê o jurista — em função dos princípios, que funcionam como pedras angulares ou alicerces do sistema. Os princípios encerram — mais do que as regras — as diretrizes estimativas do direito positivo, objeto do nosso estudo. E os valores assim consagrados, à sua vez, organizam-se hierárquica e sistematicamente em função de sua amplitude e abrangência.

A fidelidade da norma aos valores, a submissão dos atos de aplicação às normas é que dão a garantia da segurança jurídica, a certeza da igualdade, a previsibilidade dos comportamentos institucionais, a paz, o clima para o trabalho, a harmonia social; a liberdade, enfim, supremo valor humano, a maior promessa constitucional, que cabe ao Judiciário tornar eficaz, com a nossa imprescindível colaboração.

Esta é a nossa fé. Que Deus nos ajude a traduzí-la em realidade.

SAUDAÇÃO AO PROFESSOR GERALDO ATALIBA

Há quarenta e quatro anos, exatamente em 12 de outubro de 1940, tomava posse neste mesmo recinto, como Professor Catedrático de Direito Público e Constitucional, disciplina logo desdobrada em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional, o Professor José Carlos de Ataliba Nogueira.

Quase meio século após, quando seu filho repete, no mesmo cerimonial, o ato simbólico de ingresso à douta Congregação, imaginamos com dificuldade o ambiente daquela época, no Brasil e no mundo.

A invasão da Polônia pela **Wehrmacht**, na madrugada de 1º de setembro de 1939, precipitava o ocaso definitivo da civilização européia, na qual se haviam criado os homens daquela geração. No plano da economia mundial, a fúria bélica mal disfarçava a decadência, provocada pela exaustão dos pactos coloniais e o fracionamento do

mercado comum europeu em unidades autárquicas, fanaticamente nacionalistas. No prélio das idéias políticas, o duelo entre nazi-fascismo e social-comunismo parecia enterrar para sempre, na vala comum dos regimes ultrapassados, a idéia democrática de Estado de Direito, supremacia da vontade popular majoritária e proteção aos direitos individuais. No nível mais profundo da consciência coletiva, uma nova crise, em tudo antitética à que havia gerado a mentalidade moderna em fins do século XVII, despontava nos centros culturais do Ocidente: com exceção dos marxistas e dos cristãos, os intelectuais pompeavam o irracionalismo e proclamavam as virtudes do desespero lúcido.

Tais sucessos, como sintomas agudos da crise do organismo mundial, no sentido hipocrático do termo, — o momento preciso em que o estado do paciente enseja o diagnóstico e o prognóstico — não deixaram de atingir decisivamente o nosso país. No plano político, o autoritarismo estatal, apoiado pela força militar, conquistava adeptos até mesmo entre os antigos e futuros liberais. Do totalitarismo europeu, cuja perfeição hitlerista e stalinista éramos incapazes de alcançar, tomamos o aspecto massificante e mistificante da política populista. No terreno econômico, como consequência da grande depressão dos anos 30 e mais agudamente em razão da guerra, conhecemos o segundo surto de industrialização do século, dando início a fundas transformações sociais. No plano cultural, enfim, a crise européia suscitou um dos mais fecundos movimentos de idéias jamais registrados em nossa história: a investigação sobre o caráter nacional brasileiro. «Macunaíma» irrompe em 1928; «Raízes do Brasil», de Sérgio Buarque de Hollanda, é publicado em 1936; «Formação do Brasil Contemporâneo», de Caio Prado Jr., em 1942.

À época, a Faculdade de Direito de São Paulo gozava de imenso prestígio. Ingressar em sua congregação correspondia à meta final de todo um programa de vida, o coroamento de um **cursus honorum**.

Em 1984, data simbólica para muitos intelectuais da geração do Professor José Carlos de Ataliba Nogueira, o mundo oferece um espetáculo muito diverso, não só da época em que ele assume a cátedra nesta Casa — o que era facilmente previsível —, mas também do quadro futurista imaginado por George Orwell e outros, num exercício de ficção premonitória que chegou a encantar alguns bons espíritos.

Por trás do espetáculo aparatoso da bipolaridade na hegemonia mundial, levanta-se uma realidade mais profunda e decisiva: a dissociação crescente entre a humanidade desenvolvida e a subdesenvolvida, numa cisão histórica aparentemente irreversível, inconcebida há meio século. Além disso, fato inédito na História, o anunciado advento da civilização mundial coincide, curiosamente, com o declínio das ideologias de vocação mundial. Entramos no tempo do mundo acabado, não propriamente de costas como dizia Paul Valéry, mas às escuras e sem ânimo. O Professor Ataliba Nogueira, admirando

o passado, pregava ardorosamente o ressurgimento de velhas tradições, cristãs e políticas, como o único remédio eficaz contra a morbidez de sua época. Manifestava, com isto, um dos aspectos mais interessantes de sua personalidade de alegre contemptor das idéias da moda. Num momento em que todas as doutrinas políticas acabavam redundando numa **Allgemeine Staatslehre**, ele reduzia o Estado a mero instrumento, mutável e contingente, da realização do bem comum. Quando o liberalismo morno e dobre requeitava idéias de Beccaria e Montesquieu sobre crimes e penas, antes de resvalar para o Tribunal de Segurança e a Polícia Especial do Estado Novo, o Professor Ataliba Nogueira ousava propor a pena sem prisão e o estabelecimento de medidas de segurança. Nos tempos em que a grande **finesse** intelectual consistia em afetar o mais acadêmico agnosticismo, ele exibia uma religiosidade estrepitosa e tradicionalista.

Hoje, porém, o retorno aos valores tradicionais perdeu todas as virtudes críticas, que o tornavam um útil elemento de corrosão das falsidades oficiais. Todos sabem, mais ou menos conscientemente, que os principais problemas do presente não encontram antecedente histórico e não podem ser compreendidos à luz da experiência. Mais do que nunca, a sobrevivência humana depende da capacidade inventiva.

Em nosso país, 1984 é literalmente outra época histórica em relação a 1940. A fisionomia sócio-econômica da população se apresenta, de certa forma, invertida, entre essas duas datas. Em 1940, os trabalhadores do setor primário da economia representavam dois terços da população economicamente ativa; hoje, não chegam a 30%. Entre campo e cidade, a inversão da repartição populacional é quase matematicamente exata: em 1940, a população urbana representava 31,2% da população total e a rural 68,8%; pelo censo de 1980, os urbanos são 67,5% e os rurais 32,5%.

Ademais, a relação Estado - sociedade civil exibe mudanças significativas. Pela primeira vez em nossa história, surgem movimentos sindicais, urbanos e rurais, não controlados pelo Poder Público nem bitolados por preconceitos ideológicos. Multiplicam-se as comunidades de base e as associações de bairro, num movimento instintivo de auto-defesa em todos os quadrantes. Parece óbvio, a qualquer observador lúcido, que a urgente necessidade de uma recomposição do Estado brasileiro, desconjuntado pela criminoso aventura da segurança nacional, não poderá ser empreendida com êxito nos moldes tradicionais, sob a forma de um arreglo entre chefes políticos, ou entre estes e a corporação militar, sem a participação direta do povo.

É nesse contexto histórico, fascinante sob tantos aspectos, Senhor Professor Geraldo Ataliba, que V. Exa. toma posse como Professor Titular nas Arcadas. Seu labor doutrinário concentrou-se no direito público, sobressaindo o pendor pela discussão das questões jurídico-tributárias à luz dos princípios constitucionais. À experiência de duas décadas de ensino superior, V. Exa. acrescenta ainda à da mais

alta direção universitária, como Reitor que foi da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Seu ingresso no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito há de ser a ocasião propícia para que V. Exa. venha prestar sua valiosa colaboração na tarefa de melhor definir o papel do jurista e do Professor de Direito, na sociedade brasileira atual.

Ninguém ignora que o prestígio desta Casa e dos juristas em geral, apresenta-se hoje esmaecido, se o compararmos com o do momento em que seu pai assumiu a cátedra. De nada servirá a lamentação sobre esse estado de coisas, se não nos dispusermos a analisar, com suficiente abertura de espírito, a natureza e a importância das funções que nós outros, juristas e Professores de Direito, temos o dever de exercer no Brasil atual. Ora, essa análise há de partir, necessariamente, de uma reflexão crítica sobre a natureza e a importância desse saber, que somos reputados aplicar e ensinar.

Em que consiste a ciência ou, como preferem alguns, a dogmática jurídica? Qual o seu valor na sociedade atual?

Tais indagações não são de hoje, mas põe-se agora com muito maior insistência e vigor. Já se observou que os momentos históricos de reflexão crítica sobre o valor da ciência jurídica correspondem a épocas de grandes transformações sociais. Quando os pontos tradicionais de referência começam a desaparecer, os homens do Direito sentem-se atacados de compreensível vertigem e põem em dúvida a importância do seu papel na sociedade.

Essa atitude de espírito, a bem dizer, ainda não se generalizou entre nós. A crítica contemporânea da dogmática jurídica, introduzida no Brasil por alguns poucos pensadores, tem sido obra de reduzido alcance. Mas nem por isso se me afigura um empenho prematuro ou artificial.

Se a ciência jurídica pretende ser uma reflexão sistemática sobre a vida do Direito, é preciso reconhecer que ela tem se limitado, indevidamente, a refletir sobre um só aspecto da vida jurídica: aquela em que aparece o Direito já posto. Cuida-se, assim, de analisar a sua estrutura, a sua função e o modo de aplicá-lo pela operação interpretativa. É nesse campo delimitado que se defrontaram, no século passado, jusnaturalistas e positivistas, e, neste século, remanescentes da chamada «jurisprudência de interesses»; positivistas críticos e adeptos do realismo sociológico. V. Exa., Professor Geraldo Ataliba, sempre marcou sua preferência, nesse debate, pela posição positivista crítica de Hans Kelsen, seguindo, ao que me parece, a linha evolutiva da adesão de seu pai ao normativismo institucional de Santi-Romano.

Ouso dizer, no entanto, que os pensadores do Direito, com raríssimas exceções, têm negligenciado, o estudo, muito mais complexo, do processo criador do Direito na vida social, julgando-o matéria alheia à esfera de competência dos juristas. A ciência jurídica parte

da ordenação normativa já formada, tida hoje como obra exclusiva do Estado, como antigamente era considerada um produto da natureza. Em ambos os sistemas explicativos, a intervenção do jurista é sempre admitida a **posteriori**, pelo sábio manejo da técnica interpretativa. Aí, sim, a sua função criadora é hoje reconhecida unanimemente, sendo esse reconhecimento o que diferencia os modernos positivistas críticos dos seus predecessores do século XIX. O problema da criação do Direito, proposto em novas bases por Philipp Heck em sua célebre conferência de 1912, ainda se limita à função inovadora da sentença judicial, ou seja, à interpretação do direito positivo.

Mas se o jurista cria o Direito ao interpretar a norma geral e abstrata da lei, por que não haveria de criá-lo, também, no momento legiferante? Se a lei atual é, sobretudo, uma norma técnica, um instrumento da realização de políticas estatais — e não mais a revelação de princípios imutáveis da natureza ou da razão humana — quem haveria de moldá-la com maior competência, senão o técnico em normatividade por excelência?

Que dizer, então, desse vasto trabalho de criação molecular do Direito por meio da formulação de novas técnicas contratuais, numa civilização industrial de massas? Como compreender a geração contínua de novos quadros operacionais, na vida empresarial e administrativa, no plano nacional e internacional, sem o concurso da **ars combinatoria** dos profissionais do Direito?

É aí, justamente, que se situa, ao que me parece, o campo de eleição para a ciência e a docência do Direito no futuro imediato: — Refletir, sistematicamente, sobre as técnicas de criação jurídica e ensinar a delicadíssima arte do Direito às novas gerações incumbidas de exercê-la. Nessa dupla tarefa, importa estar consciente de que o ordenamento vigente não é somente composto de normas, mas também da teoria jurídica, que lhe dá forma inteligível e aplicável. É, portanto, um amálgama de normas e de pensamento sistemático. A evolução desse pensamento modifica, até certo ponto, o ordenamento objetivo. É preciso saber, enfim, que a alteração do quadro normativo não se faz em desacordo com as exigências concretas de cada povo, em cada momento histórico; e que no atendimento dessas exigências não se pode deixar de optar entre múltiplos interesses em conflito. O clichê habitual do jurista neutro diante desse universo conflitivo, submisso à vontade objetiva da lei, não passaria de inepta e desprezível imagem, se não servisse como justificativa ideológica para o serviço das dominações do momento. O jurista competente, como V. Exa., que pleiteou e obteve, segundo o modelo paterno, o nobre encargo de ensinar o Direito, deve saber que sua missão não se esgota na simples explicação da ordem vigente, mas consiste, sobretudo, em educar os futuros juristas para o exercício lúcido dessa inevitável opção entre interesses sociais contraditórios, tanto na criação original, quanto na recriação do direito positivo pela via hermenêu-

tica. Pois na maioria dos casos, os «fins sociais» da lei, a que se refere o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, nada mais são do que aquilo que os juristas definem e consagram, como presumida exigência do bem comum.

Se assim é, convém não escamotear o problema da legitimidade da função criadora do jurista, na organização política da nação. Quem lhe conferiu, afinal, tão elevado poder? O nosso Herculano Marcos Inglez de Souza clamava que «a imposição **ab alto** de regras jurídicas formuladas pelo espírito lógico ou racional dos jurisconsultos titulados ou laureados só se pode equiparar em ilegitimidade e despotismo ao cânon da verdade revelada». O que não o impediu de, em boa consciência, redigir sozinho um anteprojeto de Código Comercial — aliás, excelente para a época — com nada menos que 1.644 artigos.

A rigor, a questão do necessário exercício técnico do poder é um problema geral ligado à burocratização das sociedades modernas; não é um vício específico da atuação do jurista no meio social. Sua solução — ninguém mais ignora — passa pela autêntica democratização da sociedade, com a criação de institutos jurídicos que ensejem mais adequado controle do poder, em todos os níveis: assim, nos órgãos governamentais e nas entidades paraestatais, como nas múltiplas instituições da sociedade civil. E quem haverá de construir esses novos mecanismos de controle, senão o próprio jurista?

Tudo converge, pois, indefectivelmente, para a constituição da vida social. Foi este o campo principal da atividade docente do Professor José Carlos de Ataliba Nogueira e tem sido esta também, se não me engano, a preocupação constante de V. Exa., Senhor Professor Geraldo Ataliba, no terreno do direito público.

A morte impediu seu pai de assistir, agora, a tradição desse mesmo espírito jurídico, de uma geração a outra, na ciência e na docência. Resta-nos, ao menos, o consolo de contarmos aqui, como testemunha superior desta **hereditas honorum**, a pessoa venerável de sua mãe, a quem rendo, neste momento, todas as minhas homenagens.

A Guerra Nuclear e o Direito*

Guido F. S. Soares

Mestre em Direito Comparado (Illinois, EUA);
Doutor em Ciência Política (Rel. Int.) PUC-SP;
Livre-Docente em Direito Internacional - USP e
Professor Adjunto do Departamento de Direito
Internacional da FADUSP

Resumo — Palavras Iniciais. I — Introdução. II — O Direito da Guerra (Jus in Bello) e a guerra nuclear. III — O Direito de Prevenção da Guerra (Jus ad Bellum) e a guerra nuclear. IV — Conclusões. **Bibliografia de Apoio.**

Sejam as palavras iniciais de agradecimento pelo honroso convite da Associação dos Docentes da USP, a já festejada ADUSP, no sentido de integrar o painel de ilustres conferencistas deste Curso de Divulgação **Causas e Conseqüências de uma Guerra Nuclear**, que traz uma contribuição das mais valiosas; de acrescentar à nossa USP, ainda uma demonstração de sua importância como instituição de «alma mater» da cultura, no ano de seu Cinquentenário.

Igualmente, não pode deixar de ser enfatizada a relevância dos estudos sobre a guerra nuclear, questão que tem a universidade brasileira, pelo menos até a realização do presente curso, tratado com desdém. Se as causas da omissão podem ser imediatamente detectadas, sendo a Universidade um centro de elaboração e irradiação da cultura, aparentemente o fenômeno guerra, por sua natureza, estaria excluído do rol de suas preocupações. Contudo, a patologia individual e societária estão presentes nos cursos de Medicina, de Criminologia, nos vários capítulos de Direito Constitucional Brasileiro (diga-se: Direito Eleitoral vigente), para confirmar que o combate ao mal só se pode fazer, após o conhecimento da normalidade, as causas de sua deterioração e da utilização dos instrumentos para a prevenção do mesmo, ou remédio de suas seqüelas. Por tal abertura aos dias que correm, onde a guerra nuclear é o espectro que ronda a existência do homem contemporâneo, merecem elogios a ADUSP e entidades patrocinadoras deste Curso, uma vez que revelam a face da Universidade de São Paulo de, ao lado de propor-se ao «desenvolvimento e

(*) Aula proferida no Curso de Divulgação, **CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DE UMA GUERRA NUCLEAR**, patrocinado pela Associação dos Docentes de USP, **ADUSP**, pela Associação Nacional dos Docentes do Ensino Superior, **ANDES**, pela Sociedade Brasileira pelo Progresso da Ciência, **SBPC**, pela Sociedade Brasileira de Física, **SBF** e pela Academia Brasileira de Ciências, **ABC**, no Auditório «Abrão de Moraes», do Instituto de Física, na Cidade Universitária, São Paulo, SP, no dia 28 de março de 1984.

a promoção da cultura, por meio do ensino e pesquisa», ao tentar conscientizar a todos sobre a questão vital de nossos tempos (as causas e conseqüências de uma guerra nuclear), realizar a meta da «prestação de serviços à comunidade» (Estatuto da USP, art. 2º, I e III), causa eficiente e final da Universidade de São Paulo. E, assim, devo, com a dupla satisfação de membro associado da ADUSP e de Professor de Direito do Largo de São Francisco, vir trazer minha contribuição aos estudos sobre a paz (que devem estudar a guerra), numa afirmação dos princípios que regem uma das disciplinas que leciono, «Organizações Internacionais», e que se acham solenemente consagrados no Estatuto da UNESCO: as guerras se iniciam na mente dos homens e, portanto, é nela que se deve extirpar sua origem. Assim sendo, na qualidade de antigo acadêmico do Largo de São Francisco e, atualmente, Professor de Direito da USP, cumpro com o duplo dever: de fidelidade aos ideais de meus antigos mestres e de fidelidade às obrigações de Professor da USP.

I — INTRODUÇÃO

Conforme se caminha da Antigüidade Clássica para os dias correntes, pode-se observar que, à medida em que as guerras ganham universalidade no relativo a seus participantes, tornam-se elas mais e mais pontos demarcadores de fases históricas definidas. Se gregos e romanos consideravam a guerra como o estado normal das civilizações, entrecortado por espaços temporais de períodos de paz, o homem moderno, sobretudo a partir da formação do Estado moderno, considera a guerra como um fenômeno da teratologia cultural, que entrecorta os períodos normais de paz, tidos esses como o estado sadio da civilização. Assim sendo, na visão moderna, os períodos de paz são o estado de higidez da civilização e as guerras um fator de turbacão; de simples ocorrência previsível, passam as guerras a constituir um ponto demarcatório de um ciclo que se termina, e de sua passagem para outro ciclo, que começa marcado pelos resultados das vitórias e das derrotas. Na verdade, os grandes tratados de paz refletem um rearranjo do mundo e o sepultamento de um ciclo histórico, que se exauriu no confronto bélico de forças políticas que predominavam anteriormente. São evidentes os caracteres demarcatórios dos tratados de paz, nos Congressos de Vestfália de 1648 (fim do mundo medieval e consagração do nascimento do Estado absolutista), de Viena de 1840 (fim dos ideais imperialistas de Napoleão e a consagração do sistema do Concerto Europeu) dos Tratados de Versalhes de 1919 (fim da predominância européia na política internacional e estabelecimento de um sistema de segurança coletiva, de responsabilidade mundial, com a fundação da Sociedade das Nações) e, finalmente, nos dias atuais, os tratados de Yalta, Potsdam, Moscou, . . . de São Francisco, que terminaram com o sistema da SdN e instituíram o sistema de segurança coletiva na figura das organizações internacionais de vocação universal, em especial a ONU. Isto posto, tenha-se em mente, na análise da situação das relações internacionais atuais, que vive-

mos numa época marcada pelo final da Segunda Guerra Mundial (1939/45), cujos traços característicos marcam as relações de força existentes naquele conflito, até o momento em que nova confrontação bélica venha a mudar o «status quo», se admitirmos que a história seja recorrente no seu evolver.

Outro dado preliminar a considerar é a aparente contradição de um estudioso do Direito interessar-se pelo fenômeno da guerra, ela mesma a negação da cultura; com efeito, na sua vocação de tentar a ser a realização da justiça nas relações humanas, de ser, no dizer de um jurista romano, a «arte do bom e do justo» (Celsius, «ars boni et æqui») a impressão que talvez ficaria a uma pessoa mal informada, seria de que o estudo do fenômeno-guerra não teria lugar no Direito. Contudo, não se deve perder de vista que o Direito regula atividades do homem naqueles aspectos que envolvem escolhas de valores, quer dizer, das atividades livres do homem, e que envolvem opções, seja entre os valores justos e desejáveis para a sobrevivência da comunidade (e portanto os valores vigentes) seja entre outros valores não vigentes, cuja eleição implica na negação daqueles. **Falso ou verdadeiro** é uma relidade inexistente no Direito, da mesma forma em que inexiste nas Ciências da Natureza, em especial, o problema da violação de uma lei da Física, da Química ou da Biologia. Se existe possibilidade de violação das leis jurídicas, porque nos encontramos no mundo da conduta livre do homem, é necessário um sistema de sanções para o violador, de cujas finalidades, se destaca aquela de dissuadir a eleição de valores que impliquem violação da norma. O Direito é compatível com a utilização de medidas coercitivas contra o violador da norma, uma vez que pretende estarem vigentes aquelas de resguardo dos valores fundamentais da comunidade e não outras, na expressão do jurista oitocentista italiano Rosmini: «o direito brilha quando violado».

Não é estranho ao jurista e ao legislador o fenômeno da violabilidade nas normas jurídicas; ao contrário, ao estabelecer a descrição do justo, lateralmente, estabelece um sistema de prêmios e castigos, pois sabe que a norma jurídica pode ser violada. Assim, ao jurista e ao legislador cabe a dupla tarefa de descrever e criar o estado de higidez da comunidade, ao mesmo tempo em que estuda e descreve seus estados de morbidez, fazendo-os acompanhados dos remédios de evitar, reparar ou estancar um atentado à sanidade do corpo social. As normas jurídicas, pois, nada mais são do que a descrição e imposição das condutas tidas por desejáveis, e ao mesmo tempo, da criação de sistemas coercitivos para seus violadores.

A guerra é um fenômeno recorrente na história e representa, como se disse, um estado de morbidez, de violação de valores de sobrevivência do homem. Sendo assim, desde toda Antigüidade, procurou o homem evitar, reparar e estancar os efeitos dos males por ela causados. Entre os povos antigos, os confrontos bélicos se iniciavam e terminavam, observados ritos religiosos, que prenunciavam as regras do Direito Internacional contemporâneo e, se assim faziam, era

pela necessidade de delimitar: tempos de paz e tempos de guerra, situações entre participantes e não-participantes, entre aliados e neutros, entre beligerantes e população civil.

A primeira obra que se escreveu de Direito Internacional Público, segundo alguns, foi o clássico «De Jure Belli ac Pacis» (Do Direito da Guerra e da Paz), de autoria do holandês Hugo Grotius (1583-1645), cujo título bem demonstra as concepções dos tratadistas da época, e que se prolongariam até após a Primeira Guerra Mundial (1914/18): há duas situações fortemente distintas, cada qual com regras próprias e sem intercâmbio mútuo: a **situação de paz**, regida pelo «jus pacis», e delimitada por **situações de guerra**, período em que teria seu começo clara e insofismavelmente fixado num ato solene (a declaração de guerra formal ou o começo das hostilidades), teria um término regido por normas rígidas e determinadas pelo consenso dos povos denominados «civilizados» (assinatura do fim das hostilidades e compensações recíprocas através de um tratado solene de paz), com todo o repertório de soluções a situações bélicas, tais a conduta das hostilidades, o respeito aos prisioneiros inimigos e aos bens dos cidadãos não-beligerantes, a neutralidade, e as relações com entidades políticas excluídas dos campos de batalha. Claro está que a concepção clássica de guerra para o Direito Internacional pressupunha dois fatores formais no tempo: **um ato de começo** e **um ato de fim**; entre um e outro, a guerra, e entre dois atos de fim, a paz.

Estudos modernos, contudo, levaram à conclusão de que o Direito Internacional tem ainda outra função que a de simplesmente regular as relações interestatais em tempo de paz e em tempo de guerra. Fundamental é a obra do Prof. Louis Delbez, que veio trazer novas perspectivas para o assunto polêmico do chamado «Direito da Guerra», reveladas no próprio título do trabalho «**Les Principes Généraux du Droit International Public, Droit de la Paix, Droit Préventif de la Guerre, Droit de la Guerre**» (Paris, 3ª ed., Lib. Gén. de Droit et de Jurispr., 1964). Haveria, na perspectiva do Prof. Delbez, um DIREITO DA PAZ (**Jus pacis**), que regula as relações entre Estados, entre estes e organismos internacionais, no tempo de paz, tais as relações pacíficas de comércio e navegação, o reconhecimento de Estados e Governos, a delimitação de territórios e fronteiras terrestres, marítimas e aéreas, a situação de bens comuns e internacionais, o envio de missões diplomáticas e consulares e sua situação jurídica nos Estados receptores, o nascimento, atribuições e término dos organismos internacionais, os atos internacionais, em suma, toda a gama de ações entre os atores internacionais, em estado de paz total. Outro direito haveria, o DIREITO PREVENTIVO DA GUERRA (**Jus ad bellum**), que pressupõe ainda um estado de paz na comunidade internacional, mas onde já há ameaças à sua turbacão e, sendo assim, as relações entre os atores internacionais já estariam deterioradas e exigiriam remédios preventivos do mal maior, que é a guerra: as soluções pacíficas de litígios internacionais, tais a mediação, os bons ofícios, a conciliação internacional, a arbitragem por um terceiro não parte no

litígio, bem como a solução judiciária de litígios ajuizados perante tribunais judiciários internacionais, além das considerações sobre a retorsão, as represálias econômicas, destacando-se, nesse capítulo, o estudo do atual sistema de segurança coletiva, representado pela atuação dos organismos internacionais, tais como a ONU e os organismos político-militares de segurança regional: a OEA, a OTAN (ou NATO, em inglês) o Pacto de Varsóvia... Enfim, o DIREITO DA GUERRA (**Jus in bello**), do Prof. Delbez, não foge à tipicidade de Grotius, com as inovações que a inovação na arte de destruir o próximo trouxe para a história: os princípios do direito da guerra, os efeitos gerais do estado de guerra, a guerra terrestre, a marítima e a aérea, a neutralidade, e o fim da guerra. A contribuição do Prof. Delbez é inestimável para a questão, uma vez que tornou patente o papel dos instrumentos preventivos da guerra, reservando-lhes mesmo um lugar de destaque em sua doutrina, onde avulta a importância dos organismos internacionais universais, do qual o mais significativo é a ONU, em especial nos seus esforços pelo desarmamento; diga-se, mesmo, que a vital questão do desarmamento convencional ou nuclear, que nas doutrinas outras não têm um apropriado tratamento ou localização, em Delbez, coloca-se dentro de uma das preocupações do **JUS AD BELLUM**, uma vez que são a forma por excelência mais perfeita da prevenção da guerra, e pois, do resguardo da paz, finalidade primeira e suprema do Direito Internacional.

II — O Direito da Guerra (**Jus in Bello**) e a guerra nuclear

Na presente exposição, importa considerar, em primeiro lugar, os princípios do DIREITO DA GUERRA, a fim de desvendar neles, a partir das regras fixadas e aceitas pela comunidade dos Estados, qualquer aplicabilidade à guerra nuclear. Uma observação preliminar se impõe no trato dessa questão e que revela a importância do papel de **previsão de ações lesivas ao homem**, que deve estar contida na norma jurídica, sobretudo de Direito Internacional de fundo punitivo ou repressivo. A exemplo, o direito, em geral, pune ações que define como delituosas, conforme a tipologia fixada por lei e que é fornecida pela história da delinquência ou pela imaginação do legislador, tais os crimes mais corriqueiros, o furto, o roubo, a sedução, etc. tão antigos quanto o homem, ou crimes novíssimos que só o homem do Século XX pode cometer hoje (os crimes contra a ecologia), ou ainda outros, igualmente novíssimos, que ainda não foram cometidos, mas que estão previstos pelo legislador (o crime, que denominaremos «nuclear» do art. 20 da Lei nº 6.453, de 17/X/1977, «dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências», **verbis**: Produzir, processar, fornecer ou usar material nuclear sem a necessária autorização ou para fim diverso do permitido em lei. Pena: reclusão, de quatro a dez anos»). No particular da capacidade de previsão de atos futuros, o Direito Internacional é extremamente generoso: não se pode admitir como possível a instalação de engenhos militares na Lua, Marte, ou em uma vaga estrela da Ursa

Maior, por uma questão de engenharia naval espacial; mas, nem por isso, o Direito Internacional deixou de legislar sobre a possibilidade mais do que aleatória no futuro, através do Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, inclusive a Lua e Demais Corpos Celestes, adotado pela Assembléia Geral da ONU em 19 de XII de 1986, promulgado sobremaneira, seu art. IV, § 2º, **verbis**: «Todos os Estados-partes do Tratado utilizarão a Lua e os demais corpos celestes, exclusivamente para fins pacíficos. Estarão proibidos nos corpos celestes o estabelecimento de base, instalações e fortificações militares, os ensaios de armas e qualquer tipo e a execução de manobras militares...»).

Não podendo fugir ao formalismo que lhe é típico, em particular quando define condutas proibidas ou situações anômalas, o Direito Internacional define a guerra através de seus postulados lógico-formais, sem dúvida bastante distintos daqueles de que se serviriam um sociólogo preocupado com o estudo das relações de conflitos societários, ou um estrategista militar, ou ainda um militante de movimento pacifista. Para o jurista, a guerra é, no dizer de Charles Rousseau, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Paris, «uma luta armada entre Estados, com a finalidade de fazer prevalecer um ponto de vista político, e de acordo com os meios regulamentados pelo direito internacional» (**in Droit International Public**, Paris, 6ª ed., Dalloz, p. 336, 1971).

Não é a guerra uma «guerra» civil ou uma ação armada contra piratas, corsários ou insurgentes. Nem é uma rixa generalizada, implicando esta figura de Direito Penal a existência de um conflito entre bandos, eventualmente armados (art. 137 do Código Penal brasileiro, dentre os crimes contra a pessoa). Trata-se de uma relação hostil entre Estados, na qual se defrontam inimigos públicos («hostes») e não privados («inimici»). Suas finalidades são de impor um valor político nacional, que representa um valor fundamental para os Estados em confronto, e, por tais razões, todas as forças produtivas nacionais são empregadas no esforço bélico. Enfim, seu início, sua condução e seu término devem estar regulados pelo Direito Internacional. Sua fundamentação jurídica passou pelos motivos da «guerra justa» do direito medieval, pela «guerra duelo» (reafirmação do princípio da «raggione di Stato» de Maquiavel, na fórmula de que o Estado é o único juiz das razões de uma guerra), para a teoria da guerra-delito (proibição de qualquer guerra, sendo a intervenção coletiva sob a égide dos organismos internacionais considerada como «operação de polícia»), segundo relato do citado Prof. Delbez, **op. cit.** pp. 389/400.

As fontes do **Jus in bello** são, ora costumes internacionais vigentes entre Estados, ora normas escritas elaboradas por estes, ora, enfim, os princípios gerais de direito (em especial na guerra aérea, onde, na Segunda Guerra Mundial, se verificara imensa lacuna do Direito Internacional, pelo fato de ter sido a primeira vez na história em que se empregara a aviação como arma de guerra ofensivo-defensiva).

São inúmeros os textos normativos constantes de tratados internacionais vigentes na atualidade, e cuja análise não se comportaria no âmbito do presente trabalho, pois seu título é «A Guerra Nuclear e o Direito»; conforme será visto mais além, a guerra nuclear foge à tipologia das guerras convencionais, para as quais as regras do Direito da Guerra foram elaboradas. Contudo, vale a pena enumerar aqueles textos, pelo menos os mais significativos, para, no que se vai dizer a seguir, se mostrar a precariedade da paz atual e a impossibilidade de o Direito Internacional prever remédios para situações de conflito nuclear, ou de prever os curativos para eventuais ferimentos na comunidade dos Estados neste final do Século XX: a declaração de Paris, de 16 de abril de 1856, sobre os princípios de direito marítimo em tempo de guerra, a convenção de Genebra de 22 de agosto de 1864, denominada de Cruz Vermelha, relativa aos militares feridos nos campos de batalha, as várias convenções assinadas em Haia, em outubro de 1907 (Conferências da Paz) relativas a rompimento de hostilidades, dos direitos e deveres das potências e pessoas neutras, a navios mercantes, à colocação de minas submarinas automáticas de contato, relativas à guerra marítima; no período do Entre Guerras, e após a amarga experiência da Primeira Guerra Mundial, o protocolo relativo à proibição do emprego na guerra, de gases asfixiantes, tóxicos ou similares e de meios bacteriológicos (Genebra, 17 de junho de 1925), a convenção relativa à melhoria da sorte dos feridos ou enfermos nos exércitos em campanha (revista em Genebra a 27 de julho de 1929) a relativa ao tratamento de prisioneiros de guerra (Genebra, 1929) o tratado naval de Londres de 22 de abril de 1930, referente à ação bélica de submarinos em relação a navios mercantes; e após a Segunda Guerra Mundial, as várias convenções concluídas em Genebra em 1949 (12 de agosto) e 1957 (1º de maio), assim como as Convenções de Haia de 14 de maio de 1954, para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado.

Note-se que várias convenções foram assinadas e reafirmadas em épocas distintas. Assim fizeram as Nações, não só para reiterar seus princípios, que tinham sido violados em conflitos imediatamente anteriores à segunda data da assinatura, mas também para modernizar seus princípios, em face das inovações tecnológicas na arte bélica (como é o caso da extrema modificação na guerra marítima com a introdução de submarinos, ou ainda, a sensível superioridade no poder mortífero das armas dos exércitos em terra).

As finalidades do «Jus in Bello» não são de evitar a guerra, mas tão-somente de abreviar sua duração e de prevenir meios cruéis e desnecessários contra o inimigo e, sobretudo, salvaguardar os não-combatentes (população, cidades e indústrias civis) dos efeitos da destruição. É mister ter em mira que o Direito da Guerra visa, sobremaneira, a estabelecer uma regulamentação de atividades destruidoras do inimigo, que se pretende vencido, mas nunca através de um resultado de terra arrasada; a atividade guerreira visa à vitória, mas com vencedores na situação de dominação aos vencidos, prefe-

rencialmente pessoas vivas, capazes de reconstruir seu parque industrial e pagar as indenizações ao vitorioso. Uma vitória sobre cadáveres, à maneira de Átila, Tamerlão, ou ao gosto de qualquer outro general neurótico, não é próprio das características dos confrontos bélicos entre as unidades políticas — os Estados — na atualidade.

Todas as regras do Direito da Guerra têm pressupostos lógicos e factuais evidentes, que necessitam ser realçados, a fim de deixar claras aquelas finalidades. Mesmo após terem vivenciado a experiência de duas guerras mundiais (14/18 e 39/45), os Estados não foram capazes de transpor os postulados do Direito da Guerra, formulados a partir do começo do Século, para as exigências que já se verificavam no primeiro conflito de âmbito mundial. O fato é que as leis da guerra foram elaboradas tendo em vista conflitos bélicos denominados de **guerras convencionais**, ou **guerras limitadas**, cujos pressupostos eram: a) um teatro de operações firmemente delimitado no espaço e, como tal, respeitado pelos beligerantes e neutros (espaço onde se desenrolam as operações bélicas de confronto de forças militares definidas e ligadas a um Estado muito bem caracterizado, ou em outras palavras, confronto de pessoal a serviço de Marte, com uma investidura e um uniforme assim exteriorizados); b) um teatro de guerra igualmente delimitado, onde os objetivos militares deveriam estar identificados, tais as fábricas de materiais e equipamentos militares, as pontes, estradas e outras linhas de comunicações entre a frente de combate e a retaguarda; c) em conseqüência, as operações militares deveriam restringir-se a destruir tais objetivos, sempre com a finalidade de minar as forças do adversário, respeitado o pessoal não-beligerante e, sobretudo, a população civil, os santuários considerados lugares neutros (hospitais, campos de reunião de prisioneiros de guerra ou refugiados), as pessoas e bens não-participantes da contenda, tais os navios mercantes e os bens comuns à humanidade (obras de arte).

Ora, o que já se verificaria no correr da Primeira Guerra Mundial, seria a emergência de um tipo insuspeitado de guerra; na verdade, a Grande Guerra configuraria o que se convencionou denominar uma **guerra total**, que, por sua vez, engendraria uma estratégia global (ou na concepção do General Beaufre, grande teórico da moderna guerra, uma estratégia indireta, diferente daquela clássica, apelada de direta) e que, nos resultados do final do conflito, clamariam por uma paz em termos igualmente globais.

A guerra é total, em primeiro lugar, pela extensão geográfica do teatro de operações e do teatro de guerra para além dos campos de batalha determinados entre as partes em conflito, segundo as tradicionais regras costumeiras ou convencionadas. As interligações das Nações pelos interesses econômicos em um mundo apequenado pelo comércio internacional e pela expansão do colonialismo dos Países europeus em séculos anteriores, fizeram com que uma deflagração no continente europeu estendesse as áreas de confrontação bélica aos outros continentes. Na Grande Guerra, pela primeira vez, partici-

pam Estados do Novo Continente, em especial os EUA, que por não sentirem os efeitos da destruição física no próprio território e, pela descomunal capacidade produtiva, entravam como atores na cena européia, agora já universal, em substituição à força do tzar, tradicional no equilíbrio europeu, que se refluía para dentro do próprio país, para consolidar a Revolução de Outubro.

Em segundo lugar, guerra total, ainda geográfica, mas de uma geografia estratégico-militar: a enorme dependência dos exércitos e armadas nacionais das linhas de suprimento, assim como a importância da retaguarda civil (veja-se o papel da rápida transformação das indústrias civis em indústrias militares já na I GM.), fizeram ainda a extensão dos alvos militares para além das linhas de combate, na forma de destruição de alvos como fábricas de qualquer tipo, militares ou não, as próprias cidades (vejam-se os bombardeios sistemáticos de cidades como Londres e Dresden, naturalmente transformadas em cidadelas e, conseqüentemente, alvos de destruição, sobretudo na II GM.) e alvos de ações terroristas e de sabotagem, com objetivos militares (o que explica a extremada prática da espionagem e da infiltração disfarçada, os «Quintas Colunas», nos dois últimos conflitos mundiais).

Em terceiro lugar, as guerras atuais se dizem totais, já não num sentido geográfico, mas devido a profundas modificações de seus objetivos, que passam de militares, a se constituírem em objetivos globais, exigentes de uma mobilização de espírito e das forças produtivas da Nação, a um nível sem precedentes na História. São agentes nacionais a serviço da guerra, não só o soldado, mas toda a população, desfazendo a separação clássica entre beligerantes e não-beligerantes: todas as forças nacionais se encontram mobilizadas e à população civil se aplica a disciplina rígida exigida dos militares em tempo de guerra, causando, assim, o comprometimento dos partidos políticos com as eventuais reivindicações dos trabalhadores, que deixariam de lado as conquistas conseguidas desde as lutas da revolução industrial, em favor de promessas dos políticos para os futuros dias de depois da vitória (e por tais razões se pode compreender a emergência da Organização Internacional do Trabalho, por pressões dos trabalhadores, exatamente como a parte XX do Tratado de Versalhes de 1919). A «nação em armas», slogan de que se serviram os políticos para sustentar suas posições e que pode bem explicar o caráter globalizante das duas guerras mundiais, explica, igualmente, o aparecimento de corpos de voluntários, na qualidade de beligerantes, que, na figura dos «partisans» na II Guerra Mundial, vieram a colocar novos problemas do tratamento dos prisioneiros de guerra (se inimigos, no sentido formal, aos quais se deve respeito, nos termos das regras preestabelecidas, ou se terroristas, ou ainda, se criminosos comuns). Por outro lado, o recrudescimento das táticas de guerrilha e da guerra revolucionária, vieram, de outro lado, a fazer esmaecer a distinção formal entre beligerante e não-beligerante, entre população civil e tropas regulares, causando completo caos no que respeita à

aplicação do Direito da Guerra, que se baseia na distinção incontornável entre o indivíduo regularmente convocado e a serviço das forças armadas de um Estado, exteriorizado pelo uso de um uniforme militar, e sem sombra de dúvida, sob um comando amigo ou inimigo. O guerrilheiro, «partisan» ou mesmo um simples cidadão que auxilia no esforço bélico, passa a ser assimilado ao soldado regular, com as conseqüências de que as represálias praticadas no campo de batalha se introduzem nas cidades ocupadas.

Em quarto lugar, o índice de potencialização que a tecnologia representa para os meios de transportes e de telecomunicações, assim como para os meios de defesa e ataque, vieram a modificar em profundidade as regras do Direito da Guerra. As hidrelétricas, ferrovias, rodovias passam a ser alvos militares de destruição, pouco importando que a energia gerada, ou os meios de transportes servissem a objetivos bélicos ou civis. Por outro lado, o desenvolvimento na tecnologia bélica trouxe uma reversão numa regra bastante antiga, de que as guerras se vencem com homens (tanto no sentido de contingente, quanto no sentido de coragem e bravura). Mesmo com a invenção e aperfeiçoamento do canhão, da bazuca ou mesmo da granada de uso individual, a relação entre poder de uso (número de homens para operar o engenho) e poder de destruição (número de soldados postos fora de combate) continuaria a ser o mesmo que nas guerras antigas: a exemplo, 5 homens para disparar um canhão, em relação a 5 outros postos fora de combate. Contudo, a revolução em tais termos se daria com a utilização da metralhadora, com seu poder indiscriminado de fogo circular, operada por dois homens, ou ainda, mais claramente na II Guerra Mundial, a utilização da aviação de ataque (bombardeiros), ou ainda, a inacreditável façanha de 5 homens, que se encontravam a bordo do «Enola Gray», o avião que lançou a bomba «Little Boy» sobre Nagasaky, terem destruído milhares de vidas, colocando em cheque toda a força bélica do Japão.

Na verdade, o poder destrutivo dos engenhos nucleares, aliado à fantástica revolução dos meios de transporte das armas nucleares (os mísseis balísticos intercontinentais, ICBMs, colocados em silos móveis ou em submarinos nucleares) tornaram os postulados lógicos do Direito da Guerra totalmente inadequados às realidades presentes ou futuras. O **fator território**, base em que se assentava o postulado das guerras convencionais, e que já tinha sido minado com as vivências de duas guerras totais, na hipótese de uma guerra nuclear, ainda que delimitada a dois beligerantes, desaparece como elemento fundamental.

Com efeito, os efeitos de uma explosão de arma nuclear, por mais **limpa** que seja uma bomba, ultrapassam o território do inimigo, indo produzir efeitos danosos a Estados neutros ou mesmo a Estados aliados. Pelas mesmas razões, se torna impossível distinguir entre população civil e objetivos militares, pois a destruição de um alvo bélico determinado, uma fábrica, ou ponte, ou tropas regulares, causará um desprendimento de radioatividade, que levada pelas águas ou pelo ar, certamente ultrapassarão os objetivos militares visados. Te-

nha-se em mente que as correntes atmosféricas de ar e de água não conhecem fronteiras políticas ou jurídicas e são, de qualquer modo, insensíveis a um civil ou militar, a um amigo ou inimigo, a nacionais de outros países e aos próprios nacionais do Estado responsável pelo artefato nuclear.

Desaparecido o postulado indeclinável da existência e delimitação de um teatro de guerra e de um teatro de operações, na guerra nuclear ficam por terra os conceitos do Direito da Guerra, e com mais forte razão, os seus objetivos de abreviar a duração do conflito e de tornar proibidas as destruições desnecessárias e cruéis. A guerra nuclear é assim uma técnica de destruição que se baseia no princípio da terra arrasada, da rendição incondicional e do predomínio dos vencedores sobre escombros e cadáveres. Mesmo as tentativas de «limpar» as bombas, evitando a radioatividade residual, não conseguem apagar os efeitos das armas nucleares para além dos objetivos militares.

Na lógica da guerra nuclear, o princípio de que o ataque de surpresa leva vantagem sobre a preparação dos meios de defesa (a dialética entre a espada e o escudo), sofre uma variação. O primeiro ataque («first strike») pode representar alguma vantagem, do ponto de vista estratégico-militar, mas quem tiver uma capacidade de resposta («response») superior ao primeiro ataque (que já enfraqueceu o atacante, pois os mísseis já partiram), aliada a uma capacidade de anular ou de enfraquecer os efeitos do mesmo, terá superiores vantagens nos efeitos de destruição. Por tais razões, pelo menos na estratégia norte-americana, assistiu-se a uma passagem da estratégia da «retaliação maciça» (massive retaliation) para uma de «resposta flexível» (flexible response), significativa não só da perda do monopólio nuclear em favor da URSS, mas também da mudança de política da «massive retaliation» de Foster Dulles para uma de negociação diplomática de MacNamara.

O fato é que inexiste possibilidade na guerra nuclear de querer aplicar-se qualquer regra do Direito da Guerra, elaborado, como se disse, a partir da experiência histórica das guerras convencionais e, com algum esforço exegético, aplicável também às guerras totais. Mas, se os postulados da guerra nuclear chegam a negar aqueles do «Jus in Bello», por se tratar de uma situação novíssima, onde nem sequer existe o território inimigo, onde a estratégia é de aniquilação total do mesmo, todas as precauções e regras jurídicas anteriores desaparecem.

No que concerne à vocação do Direito da Guerra de abreviar o conflito, a própria tecnologia bélica da atualidade já se encarregou de fazê-lo: os efeitos de uma guerra nuclear são instantâneos, de destruição total das forças convencionais, e, iniciada a guerra nuclear, nenhum Estado voltará passos atrás e passará a adotar uma estratégia convencional, mas sim, continuará com a guerra nuclear, com seus efeitos de extermínio total do adversário. Tal é o efeito do que

se convencionou denominar a «escalada nuclear». Por outro lado, a extrema rapidez dos meios de acionamento dos dispositivos da guerra nuclear, anulará qualquer veleidade de negociação durante o conflito, e, nem sequer regras de evitar atitudes cruéis e desnecessárias serão possíveis. A guerra nuclear, ela mesma, já é o meio mais cruel e desnecessário existente, jamais inventado pelo homem, uma vez que sua finalidade é a destruição total do inimigo, sem contemplação, sem negociação de resultado, sem possibilidade de um mínimo de racionalidade (e portanto, de humanidade).

Isto posto, ou seja, minadas as bases factuais em que se assenta o Direito da Guerra, todas as suas regras desaparecem, e aquilo que as guerras totais começaram a matar (o respeito aos não-beligerantes, aos feridos, aos inimigos aprisionados, aos Estados neutros, aos bens culturais), a guerra nuclear se encarregará de, em definitivo, sepultar de vez, colocando uma lápide melancólica na tentativa de o homem, conscientemente não podendo evitar a guerra, pelo menos procurar minorar seus efeitos maléficos.

III — O Direito de Prevenção da Guerra (Jus ad Bellum) e a Guerra Nuclear

Já que o *JUS IN BELLO* não pode existir numa guerra nuclear, seja ela deflagrada ou mesmo numa hipótese de possível início, o que se verifica é que os estudos do *JUS AD BELLUM*, (relembre-se: o Direito Preventivo da Guerra, na terminologia do Prof. Delbez), ganham relevância. Se é impossível antever a aplicação do Direito da Guerra ao conflito nuclear, as tentativas no campo do direito para preveni-la são de transcendental importância, a ponto de suplantar as tentativas jurídicas de buscas de minoração dos efeitos da mesma. Na verdade, os esforços de estabelecer padrões de conduta para os Estados, a ponto de se chegar a um banimento da possibilidade de um confronto nuclear bélico, constituem a preocupação central dos estudiosos do Direito Internacional da atualidade.

A transposição das regras do desarmamento convencional, a forma por excelência da prevenção da guerra, para as questões relacionadas com a guerra nuclear, contudo, logo se revelou impossível, o que determinaria a elaboração de normas próprias relacionadas com o fenômeno novíssimo da utilização da energia nuclear para fins bélicos. O desarmamento nuclear, na verdade, acabaria por eclipsar o problema do desarmamento em geral, mostrando a verdadeira face, revolucionária, da utilização da energia nuclear.

Nascida em 26 de junho de 1945, com a assinatura em São Francisco de sua Carta, a Organização das Nações Unidas previa no art. 26 de seu estatuto constitutivo, competência do Conselho de Segurança para encarregar-se de formular «os planos a serem submetidos aos Membros das Nações Unidas para o estabelecimento de um sistema de regulamentação dos armamentos». Contudo, com a para-

lisação da atividade do Conselho de Segurança, em virtude das oposições políticas entre EUA e a URSS no auge da Guerra Fria, tal competência foi deslocada para a Assembléia Geral, que passou a ganhar relevo nos assuntos de desarmamento. Assim sendo, foi criada uma «Comissão dos armamentos do tipo clássico», tentativa então já ultrapassada pelos acontecimentos, uma vez que Hiroshima e Nagasaki tinham acontecido logo após o nascimento da ONU (explosões em agosto do mesmo ano de 1954). Verificada a defasagem da ONU em relação à indeclinável especificidade dos armamentos nucleares, foi criada uma Comissão de Energia Atômica, órgão subsidiário da Assembléia Geral, composto dos mesmos membros do Conselho de Segurança, mais o Canadá, que teve sua sessão de instalação em junho de 1946. Face às peripécias da Guerra Fria, em especial as oposições entre o plano Baruch-Lilienthal dos EUA (criação de uma autoridade independente da ONU para as medidas de desarmamento nuclear, e portanto não submetida às vicissitudes do veto) e o plano Gromyko da URSS (controle pelas autoridades nacionais do desarmamento nuclear e acionamento dos mecanismos já existentes na ONU, no caso de violação dos compromissos), e, em especial após a recusa da URSS de participar dos trabalhos de ambas as comissões, foram elas dissolvidas em 1952 e substituídas por uma única Comissão de Desarmamento das Nações Unidas, cujos trabalhos, a partir do ano seguinte, teriam um encaminhamento diferente; a lógica nuclear viria a introduzir novos elementos nas questões do desarmamento.

Por volta dos inícios da década dos anos 50, já havia prova de não ser verdadeira a idéia da raridade do urânio, matéria-prima das armas nucleares e dos combustíveis dos reatores comerciais de produção de energia para usos civis, fato que abrandava a posição do segredo militar dos EUA a tudo quanto se referisse a energia nuclear. Por outro lado, a URSS já tinha experimentado, com sucesso, os testes com suas armas nucleares, o que representaria, de seu lado, a perda do monopólio bélico-nuclear dos EUA. Concomitantemente, verificava-se a extrema importância da utilização da energia nuclear para finalidades civis (cujas conseqüências no comércio internacional de combustíveis nucleares e de reatores nucleares, tanto aos EUA quanto URSS e aos países da Europa Ocidental não poderiam deixar de passar despercebidas), e todos esses fatores e outros mais, conduziram, em 1953, o Presidente Eisenhower a propor, em discurso perante a Assembléia Geral da ONU, um programa de cooperação internacional na utilização da energia nuclear, denominado **ÁTOMOS PARA A PAZ**.

A partir de então, a questão do desarmamento nuclear segue seu caminho tormentoso, quer nas discussões da Comissão de Desarmamento da ONU, quer aos contatos bilaterais EUA-URSS, em foros especializados (Genebra e Helsinky), enquanto a idéia da utilização pacífica da energia nuclear se encaminha para a constituição, em 1955, por ocasião da Conferência Internacional sobre a Utilização Pacífica da Energia Atômica, reunida em Genebra, da **AGÊNCIA**

INTERNACIONAL DE ENERGIA ATÔMICA (AIEA), que seria sediada em Viena (tratado assinado em 26 de outubro de 1956, em Genebra, e no Brasil promulgado pelo Decreto nº 42.155, «D.O.U.» de 3 de setembro de 1957).

Outro fator a enfatizar, foi o de que na questão do desarmamento, segundo concebida nos termos da Carta de São Francisco, houve importante transformação de conceitos: de uma tentativa de desarmamento total de forças convencionais, idéia herdada do Entre-Guerras, tornada infactível pela emergência das armas nucleares e pelo espraçamento de sua tecnologia e pelo formidável avanço dos engenhos balísticos intercontinentais, evoluiu-se para a idéia de medidas parciais, sem dúvida limitadas, e portanto, possivelmente mais palatáveis aos Estados.

Em curso proferido na Academia de Direito Internacional de Haia, em 1971, o Prof. Eric Stein enuncia tais medidas parciais, que ele denomina «collateral measures» (**Recueil des Cours**, tomo 133, vol. II, 1971, «Impact of New Weapons Technology on International Law: Select Aspects», p. 250 e ss).

A primeira medida de controle parcial dos armamentos nucleares estabelecida no tempo foi a mencionada AIEA, em 1957. Seus objetivos podem ser brevemente resumidos como sendo de fundo positivo, tais: a disseminação de conhecimentos e incentivo à pesquisa sobre utilização pacífica da energia nuclear, de normas de utilização de radioisótopos nas atividades civis, de elaboração de normas de proteção ao trabalhador nas atividades nucleares pacíficas, em colaboração com a OIT e a OMS; bem como um completo sistema, e estes seus objetivos de fundo negativo, de controle do espraçamento de materiais físséis ou férteis, advindos de cooperação bilateral entre Estados, em atividades com fins pacíficos, com a instituição de mecanismos de salvaguardas e inspeções por funcionários internacionais.

Outra medida de controle parcial dos efeitos da guerra nuclear, a título preventivo, foi o Memorando de Entendimento assinado em 20 de junho de 1963 entre EUA e URSS e que levaria à instalação entre as sedes dos respectivos Governos do denominado «Telefone Vermelho», linha de telecomunicações direta, num esforço de diminuir a «síndrome do ataque de surpresa» (ou melhor dito, a síndrome do pânico do primeiro ataque), que ainda estava presente na memória dos homens, causado pela «crise dos foguetes em Cuba» e que daria ensejo ao exame entre a URSS e os EUA das tentativas de entrega de armas nucleares aos aliados. O Prof. Stein aponta, com razão, igualmente, na crise dos foguetes, a raiz dos posteriores entendimentos entre a URSS e os EUA das conversações sobre a limitação dos armamentos estratégicos (Acordos SALT), acontecidos em Helsinky e Viena.

Se as medidas parciais de desarmamento descritas anteriormente podem ser consideradas como dirigidas a controles globais relativos

à prevenção das guerras nucleares, outras se destinam exclusivamente a proibição de operacionalizar armas nucleares em espaços habitados (Tratado de Moscou de 1963, o TNP de 1968 e o Tratado de Tlatelolco de 1967) e em espaços recentemente acessíveis ao homem (o Tratado da Antártica de 1959, o Tratado sobre o Espaço Sideral de 1967 e o Tratado dos Fundos Marítimos de 1970). Cada tratado dos mencionados, tiveram motivações diferentes, com intuítos distintos uns dos outros e foram votados em foros diversos; o que lhes dá unidade é de serem normas importantes, escritas, que regulam aspectos primordiais do «Jus ad Bellum», que na verdade, pelas considerações anteriores, melhor seria denominado de «Jus ad Athomicum Bellum», uma vez que a guerra convencional tem sua importância grandemente decrescida, com o advento do armamento nuclear, assim como estar a paz global dos dias que correm, na dependência da não utilização das armas de destruição maciça.

O Tratado de Moscou, melhor dito, «Tratado de Proscrição das Experiências com Armas Nucleares na Atmosfera, no Espaço Cósmico e sob a Água», assinado naquela cidade em 5 de agosto de 1963 (promulgado no Brasil pelo Decreto nº 58.256 de 26 de abril de 1966), proíbe, às partes signatárias, de «efetuar qualquer explosão experimental de armas nucleares ou qualquer explosão nuclear (o que quer dizer, inclusive, das denominadas explosões nucleares com fins pacíficos em obras de engenharia civil) em qualquer lugar sob sua jurisdição ou controle: a) na atmosfera; além dos seus limites, inclusive no espaço cósmico; ou sob a água, inclusive águas territoriais e alto mar; ou b) em qualquer outro ambiente, desde que tal explosão provoque a queda de resíduos radioativos fora dos limites territoriais do Estado sob cuja jurisdição ou controle foi efetuada a explosão... (Texto apud Vicente Marotta Rangel, **Direito e Relações Internacionais**, São Paulo, RT, 1ª ed., 1971, pg. 131 e ss.). Há igualmente proibições para os Estados de provocar, encorajar ou participar de qualquer maneira na realização de explosões nucleares, nas condições descritas, por terceiros Estados.

O TNP, em sua denominação oficial, «Tratado de Não-Proliferação das Armas Nucleares», foi apresentado pelos EUA e URSS à Comissão de Desarmamento da ONU em 11 de março de 1968, representando, assim, medida de retomada das discussões sobre desarmamento já a um nível internacional (e não meramente bilateral), numa insofismável prova de que as questões relativas a semelhante problema interessam a todos os Estados e não somente àqueles que se abalançam em garantias bilaterais da segurança internacional. Seu texto oficioso em português se encontra in Vicente Marotta Rangel, **op. cit.**, p. 135 a 140. Interessa um exame de seus termos gerais, assim como das circunstâncias de sua vigência no espaço e no tempo, tarefa de cuja divulgação se tem incumbido a AIEA, através do mais amplo noticiário no seu **Bulletin**.

O TNP divide os signatários em **Estado nuclear** (que por vezes denomina de Potência Nuclear), «aquele que tenha fabricado e pro-

vado uma arma nuclear ou qualquer outro engenho nuclear explosivo antes de 1º de janeiro de 1967» (art. IX, § 3º *in fine*) e **Estado não nuclear**, para impor aos primeiros a obrigação de «não transferir a terceiros, quem quer que sejam, armas nucleares ou outros engenhos explosivos nucleares, nem o controle direto ou indireto sobre tais armas e engenhos nucleares; também concorda em não ajudar, incentivar ou induzir, de qualquer modo, qualquer Estado não nuclear a fabricar ou adquirir armas nucleares ou outros engenhos nucleares explosivos, ou o controle sobre tais armas ou engenhos explosivos» (art. 1º). O principal defeito do TNP é, assim, o fato de impedir a proliferação horizontal dos armamentos nucleares de maneira discriminatória, permitindo a proliferação vertical dos barões do átomo. Foi por tais motivos, que Mario Pessoa no seu **Leis de Guerra e Armas Nucleares**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1969, com justa razão denominou o TNP de um novo Tordesilhas nuclear, onde os Estados Nucleares dividiram o mundo entre os «have» e os «have not». Por outro lado, levando-se em conta a possibilidade de no futuro realizarem-se explosões nucleares com finalidades pacíficas, no que se convencionou chamar de engenharia continental, aquela discriminação se torna ainda mais odiosa. São tais motivos que impediram, na América Latina, em especial Brasil e Argentina de absterem-se de assinar o TNP.

Disposição importante no TNP é destinada a reforçar o papel da AIEA na aplicação das salvaguardas. Trata-se do art. III, § 2º, **verbis**: «cada Estado participante deste Tratado concorda em não fornecer: a) a fonte de produção ou material fissil especial ou b) equipamento ou material especialmente destinado ou preparado para o processamento, uso ou produção de material fissil especial, a qualquer Estado não-nuclear para fins pacíficos, a menos que a fonte de produção ou o material fissil especial sejam submetidos às medidas de segurança convencionadas neste artigo» (ou seja, as salvaguardas da AIEA). Quanto às explosões nucleares para fins pacíficos, o art. V do TNP as admite, nos seguintes termos: «cada participante deste Tratado concorda em cooperar para garantir que os benefícios em potencial de quaisquer aplicações pacíficas das explosões nucleares sejam postas à disposição, através de procedimentos internacionais adequados, dos Estados não-nucleares, Partes do presente Tratado, em base não discriminatória, bem como a responsabilidade dessas Partes pelos engenhos explosivos utilizados, seja a menos possível, excluindo-se qualquer responsabilidade pela pesquisa e desenvolvimento . . .

O Tratado de Tlatelolco, assim chamado por ter sido assinado na Chancelaria mexicana, localizada no bairro com aquele nome asteca, denomina-se, oficialmente, Tratado para a Proscrição de Armas Nucleares na América Latina, assinado na cidade do México, a 14 de fevereiro de 1967, por esforços do Presidente mexicano, o que lhe valeria o Prêmio Nobel da Paz em 1982, o insigne estadista Alfonso García Robles. Tem o principal mérito de ser o primeiro tratado que declara uma parte habitada do globo terrestre como livre de

armamentos nucleares. São suas partes signatárias, tão somente os Estados latino-americanos e, para que os Estados extra-latino-americanos que detêm soberania sobre porções na América Latina (Países Baixos, França, Grã-Bretanha e EUA), assim como Estados que tenham explodido armas nucleares (EUA, URSS, França, Grã-Bretanha e R.P. da China), se vinculem ao sistema normativo do Tratado, foram imaginados dois Protocolos Adicionais, que na atualidade se acham em vigor. A Índia se tem recusado a assinar o Protocolo Adicional II por afirmar que em maio de 1974 realizou uma explosão de um dispositivo nuclear e não de uma bomba ou qualquer outra arma nuclear.

O art. 1º do Tratado de Tlatelolco define as obrigações que institui, nos seguintes termos: «As Partes Contratantes comprometem-se a utilizar, exclusivamente com fins pacíficos, o material e as instalações nucleares submetidos à sua jurisdição, e a proibir e a impedir nos respectivos territórios: a) o ensaio, uso, fabricação, produção ou aquisição, por qualquer meio, de toda arma nuclear, por si mesmas, direta ou indiretamente, por mandato de terceiros ou em qualquer outra forma e, b) a recepção, armazenamento, instalação, colocação ou qualquer forma de posse de qualquer arma nuclear, direta ou indiretamente, por si mesmas, por mandato de terceiros ou de qualquer outro modo. § 2º - As Partes Contratantes comprometem-se, igualmente, a abster-se de realizar, fomentar ou autorizar, direta ou indiretamente, o ensaio, o uso, a fabricação, a produção, a posse ou o domínio de qualquer arma nuclear ou de participar nisso de qualquer maneira». Ao lado de tantas e minuciosas proibições, contudo, uma não foi possível antever: a do trânsito de armas nucleares pela zona de aplicação do Tratado e a França, ao subscrever o Protocolo Adicional I e II, declarou que não poderia abdicar de um direito à sua soberania de colocar armas nucleares nos territórios a ela submetidos e situados na América Latina.

No Tratado de Tlatelolco, pela primeira vez, aparece a definição jurídica de arma nuclear, num texto normativo internacional. Estatui seu art. 5º, *verbis*: «Para os efeitos do presente Tratado, entende-se por arma nuclear qualquer artefato que seja suscetível de liberar energia nuclear de forma não controlada e que tenha um conjunto de características próprias para seu emprego com fins bélicos. § 2º O instrumento que se possa utilizar para o transporte ou a propulsão do artefato não fica compreendido nesta definição, se é separável do artefato e não parte indivisível do mesmo». Claro está a imperfeição técnica de semelhante definição de arma nuclear, pois inexitem fatores tecnológicos que possam diferenciar uma arma nuclear de um dispositivo explosivo nuclear com finalidades pacíficas; contudo, não deixa de ser louvável o esforço do legislador internacional ao buscar definir o que considera arma nuclear, o fator de proibição central do Tratado de Tlatelolco.

Cria-se, no sentido de aplicar os termos do Tratado, uma Agência para a Proscrição de Armas Nucleares na América Latina, no jargão

jornalístico, a OPANAL («O», de organismo, sua denominação no texto em espanhol), organismo internacional regional com sede na cidade do México. Além de contar com inspetores próprios e um sistema de salvaguardas, a OPANAL tem vinculação direta com a AIEA, a Assembléia Geral da ONU e seu Conselho de Segurança, apresentando-se, assim, como mais um instrumento de vigilância na não-proliferação nuclear na América Latina.

O Tratado de Tlatelolco já se encontra vigente no mundo normativo. Contudo, o Brasil, ao assiná-lo, fez uso de uma faculdade que o texto lhe permitia: de estar o tratado vigente entre todos os Estados da América Latina e sabemos que Cuba se tem recusado a assinar o mesmo (que ela considera como altamente discriminatório e que representa uma posição muito afirmativa da política do «imperialismo norte-americano»).

No que respeita a medidas colaterais de desarmamento nuclear devemos considerar, ainda, três tratados que pretendem impedir a colocação de armas nucleares em espaços recentemente acessíveis ao homem.

O mais antigo, o Tratado da Antártica de 1959 estatui no seu art. V, **verbis**: «Ficam proibidas as explosões nucleares na Antártica, bem como o lançamento ali de lixo ou resíduos radioativos. § 2º - No caso de conclusão de acordos internacionais sobre a utilização da energia nuclear inclusive as explosões nucleares e o lançamento de resíduos radioativos, de que participem todas as Partes Contratantes, cujos representantes estejam habilitados a participar das reuniões previstas no artigo X, aplicar-se-ão à Antártica as regras estabelecidas em tais acordos».

O Tratado sobre o Espaço Sideral, cuja denominação oficial é Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, Inclusive a Lua e Demais Corpos Celestes, foi adotado pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966 e aberto à assinatura em Londres, Moscou e Washington, a 17 de janeiro de 1967. No Brasil, encontra-se promulgado pelo Decreto nº 64.362, de 17 de abril de 1969 («D.O.U. de 22 de abril do mesmo ano). Dispõe o seu Art. IV, **verbis**: «Os Estados-partes do Tratado se comprometem a não colocar em órbita objeto portador de armas nucleares ou de qualquer outro tipo de armas de destruição em massa, a não instalar tais armas sobre os corpos celestes e a não colocar tais armas, de nenhuma maneira, no espaço cósmico. § 2º - Todos os Estados-partes do Tratado utilizarão a Lua e os demais corpos celestes exclusivamente para fins pacíficos. Estarão proibidos nos corpos celestes o estabelecimento de base, instalações e fortificações militares, os ensaios de armas de qualquer tipo e à execução de manobras militares. Não se proíbe a utilização de pessoal militar para fins de pesquisas científicas ou para qualquer outro fim pacífico. Não se proíbe, do mesmo modo, a utilização de qualquer

equipamento ou instalação necessária à exploração pacífica da Lua e demais corpos celestes».

Enfim, o mais recente Tratado para a Proibição de Colocação de Armas Nucleares e Outras Armas de Destruição Maciça nos Leitões Marítimos e nos Fundos Oceânicos e no Seu Subsolo, foi aberto à assinatura na Assembléia Geral da ONU, desde outono de 1970. Importa transcrever os artigos iniciais, cujo texto se encontra *apud* Alva Myrdal, «No Arms on the Ocean Floor» in **Pacem in Maribus**, edit. por Elisabeth Borgese, Dodd, Mead & Co., Nova York, 1972, Art. I, 1. Os Estados Partes no presente Tratado se comprometem a não instalar nem colocar nos fundos marítimos e oceânicos e no seu subsolo, além do limite exterior da zona dos fundos marítimos definida no art. II, armas nucleares, nem qualquer outro tipo de armas de destruição maciça, assim como também estruturas, instalação de lançamento ou outras instalações destinadas expressamente a armazenar, testar ou utilizar tais armas. § 2º - As obrigações contraídas segundo o § 1º deste artigo serão aplicáveis, também à zona dos fundos marítimos mencionada no mesmo parágrafo, com a ressalva de que, dentro dessa zona dos fundos marítimos, não se aplicarão ao Estado ribeirinho, nem aos fundos marítimos de suas águas territoriais. § 3º - Os Estados Partes no presente Tratado se comprometem a não dar assistência e encorajamento e a não induzir a qualquer Estado a realizar as atividades mencionadas no § 1º deste Artigo, e a não participar de qualquer modo, em tais atos». Art. II: «Para os efeitos do presente Tratado, o limite exterior da zona dos fundos marítimos a que se refere o art. I, coincidirá com o limite exterior de doze milhas da zona mencionada na parte II da Convenção sobre Mar Territorial e Zona Contígua, assinada em Genebra em 29 de abril de 1958, e se medirá de acordo com o disposto na seção II da parte I da citada Convenção e de acordo com o direito internacional».

Podem-se antever as dificuldades na aplicação dos princípios do referido Tratado sobre os Fundos Marítimos, em especial, quando se defronta com a oposição de Estados que adotam o limite das 200 milhas marítimas para delimitar seu mar territorial. De qualquer forma, o mencionado Tratado tem o mérito de tentar fixar a responsabilidade de não-colocação de armas nucleares naqueles espaços marítimos e no seu subsolo.

IV — CONCLUSÕES

Após a constatação da total impossibilidade de aplicar-se o Direito da Guerra na eventualidade de um conflito nuclear, dissemos que passa a ganhar transcendental importância o Direito de Prevenção de Guerra, que batizamos de *JUS AD ATHOMICUM BELLUM*, na esteira dos conceitos do Prof. Louis Delbez.

Na verdade, as tentativas de prevenir a eclosão de um conflito nuclear generalizado passam a ser a preocupação central do Direito Internacional da atualidade.

O exame dos textos normativos de prevenção da guerra nuclear revelam falhas, imperfeições, vários pontos de possível escapismo por parte dos Estados. Contudo aí estão vigentes e se os Estados quiserem aplicá-los e evitar a guerra nuclear, é só fazê-lo, após a demonstração de vontade política para tal.

Sepultado o Direito da Guerra, só resta ao homem do Século XX lutar com todas as suas forças para evitar a guerra nuclear, que, se eclodida, representará a última guerra que o homem, na sua feição que conhecemos e que nos vemos no espelho, travará contra seus semelhantes. A Quarta Guerra, no dizer de Einstein, será levada avante com pedras e machados de madeira, e acrescente-se, por simulacros dos homens que atualmente vivem no planeta Terra.

BIBLIOGRAFIA DE APOIO

Delbez, Louis **Les Principes Généraux du Droit International Public Droit de la Paix, Droit Préventif de la Guerre, Droit de la Guerre**, 3ª ed., Paris, Lib. Gén. de Droit et de Jurisprudence, 1964.

Garcia Robles, Alfonso «Mesures de Désarmement dans les Zones Particulières: le Traité visant l'Interdiction des Armes Nucléaires en Amérique Latine» in **133 Recueil des Cours**, 1971, Haia, Sejthof.

Pessoa, Mario **Leis de Guerra e Armas Nucleares**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1969.

Rousseau, Charles **Droit International Public**, Paris, Dalloz, 6ª ed., 1971.

Soares, Guido Fernando Silva **Contribuição do Estudo da Política Nuclear Brasileira**, tese de doutoramento em Ciência Política (Política Internacional), apresentada em 30 de março de 1974, à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (não publicada).

————— **As Salvaguardas nos Acordos Nucleares Brasil-EUA e Brasil-R.F. da Alemanha**, São Paulo, Bushatsky, Coleção Jurídica JB nº 17, 1976.

Stein, Eric «Impact of New Weapons Technology on International Law. Select Aspects» in **Recueil des Cours**, tomo 133, 1971, Haia, Sejthof.

Coletânea de Tratados e atos internacionais:

Rangel, Vicente Marotta **Direito e Relações Internacionais, Textos Organizados por**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição revista e aumentada, 1981.

Planejamento Monetário

Geraldo Vidigal

Titular de Direito Econômico-Financeiro da
Faculdade de Direito da USP

O exame da moeda, das espécies de moedas existentes e dos processos de criação de moeda, dos mecanismos da moeda, evidencia que todo esforço de planejamento monetário, devendo partir da disciplina da emissão, há de abranger necessariamente todo o sistema financeiro, no qual se origina a moeda escritural e se define a velocidade de circulação da moeda — assim como o mercado financeiro, ambiente que preside ao desenvolvimento das operações em que está envolvida a utilização da moeda.

As peculiaridades do planejamento monetário reclamam a definição de organismos especiais, que possam exercer esse planejamento e a direção de moeda. A compreensão da moeda, a singularidade de seus mecanismos, supõe, para aqueles órgãos a que se confiará o planejamento monetário, estrutura especialíssima, regida por conceitos peculiares.

Ao atingir diretamente quer os instrumentos de troca, — moeda e crédito — quer o aparelho bancário — conjunto das instituições financeiras — quer o mercado financeiro, visa sempre o planejamento monetário a objetivos-meio de várias espécies — econômicas, administrativas, políticas. Em última análise, deveria sempre o planejamento da moeda fazer-se em função dos objetivos últimos do bem-estar social, e do desenvolvimento. Fragilidades do planejador financeiro e monetário, fragilidades do planejamento econômico a que se subordina, fragilidades dos aparelhos executores do planejamento podem toldar, entorpecer ou perverter a relação entre objetivos maiores e planejamento monetário.

Uma política monetária representa a combinação de uma atitude filosófica em relação à moeda e ao crédito, de uma orientação geral em relação às soluções de crédito, e de um sistema de procedimentos, com vistas a obter a conciliação de múltiplos desejos, intenções e interesses, com a necessária compreensão das limitações do poder de orientar moeda e crédito, pois seus mecanismos, as repercussões dos atos monetários, as repercussões das atitudes em relação à poupança, as repercussões das relações entre moeda e bens, na economia, transcendem em parte da possibilidade de ordenação... Existe uma mecânica própria, em todo este conjunto de elementos, que a política monetária deve considerar.

A política monetária há de ser definida em função da realidade econômica. Não se pode modificar, bruscamente, nem a qualidade, nem a quantidade da renda social, que é um espelho do produto social. Somente se pode influir nela lentamente, à medida que se desenvolve toda a sociedade.

Pode-se, no entanto, pela política monetária, encaminhar poupanças sociais para determinados setores, para determinadas atividades, para determinadas regiões, para determinados escalões. Pode-se influir para que a distribuição da renda social se comporte de determinada maneira, de forma a condicionar, desde o momento da formação e da distribuição da renda, a alocação de poupanças.

A linha adotada no planejamento monetário influi decisivamente nos comportamentos econômicos — nas decisões de consumir, de poupar, de investir. Por via de comportamentos econômicos que a moeda induz, constituem-se os atos de planejamento monetário em determinantes do nível social de emprego, do nível de atividade econômica. Por este caminho: dos instrumentos de troca para os comportamentos econômicos, dos comportamentos econômicos para o conseqüente nível de emprego, do nível de emprego para a consideração dos níveis de bem-estar social e de desenvolvimento econômico, estritamente dependentes do nível de emprego, por aí é que se deve indagar, com pertinência, do significado de uma linha de planejamento monetário, ou que se pode orientar adequadamente o conjunto dos atos de planejamento da moeda.

Devendo envolver diretamente a moeda circulante, objeto de privilégio emissor do Estado, e a moeda escritural, que resulta do funcionamento dos bancos de depósitos à vista, o planejamento monetário atingirá necessariamente o crédito, seus papéis e o conjunto dos atos de circulação dos papéis de crédito, conjunto a que se liga o funcionamento dos mecanismos do giro da moeda circulante e de geração de moeda escritural.

Essa atividade se desdobrará, de um lado, em utilização e crítica da utilização do privilégio emissor; de outro, no controle do crédito, de forma geral. O controle global do crédito, de forma geral. O controle global do crédito resultará na possibilidade de influir, ou, em casos-limite, de determinar o volume de moeda escritural, quer pela ação direta sobre os bancos que recebem depósitos à vista, aqueles bancos nos quais a moeda escritural se gera, quer pela ação sobre o conjunto das demais instituições financeiras, que exercem igualmente influência sobre o processo de geração de moeda escritural, ao participarem decisivamente de todo o processo de circulação da moeda.

Em relação ao privilégio emissor, é forçoso reconhecer que os atos de planejamento monetário, como os de direção monetária, são profundamente dependentes da elaboração e da execução orçamentária do Estado. O Estado cumpre suas obrigações com as receitas que obtém da economia. Se as obrigações assumidas excedem do valor

das receitas, pode o Estado lançar e efetivamente lança mão com frequência do privilégio emissor, para criar meios de pagamento com que atenda aos compromissos assumidos. Por isso se diz que a inflação, a depressão, ou a estabilidade monetária são, em sua essência, fatos políticos, dependentes das decisões políticas do Estado — e só nos efeitos assumem o caráter de fatos econômicos.

O poder de planejamento monetário é pois um poder limitado: as decisões que o organismo público de planejamento monetário assume, colocam-se na dependência das decisões econômicas concretas que sejam tomadas e postas em prática pelo conjunto dos órgãos que compõem o governo.

O poder de planejamento monetário se limita, do lado do privilégio emissor, porque necessariamente depende, desse ângulo, da execução e da elaboração orçamentária; e é igualmente limitado, em relação ao controle do crédito, porque, na coexistência de instituições financeiras públicas e privadas, deve reservar certo grau de autonomia a estas últimas. A experiência brasileira mostra, ademais, que as instituições financeiras públicas tendem freqüentemente a não se ater às normas que recebem.

Na experiência brasileira, subverteu-se a regra geral de que o planejamento, quando coexiste com o mercado, deveria ser indicativo para o setor privado e vinculativo para os entes públicos. No Brasil, sucede concretamente o contrário, em termo de planejamento monetário: os bancos privados terminam por encontrar-se vinculados ao planejamento, porque o conjunto dos instrumentos à disposição da autoridade monetária é de tal ordem que vincula o setor privado; os bancos públicos, ao revés, escapam ao planejamento, simplesmente porque não atendem a ele, escudados em amparo político.

Os atos de planejamento e de direção monetária têm diante de si um conjunto de problemas cujas soluções precisam ser compatibilizadas.

Há, em primeiro lugar, o problema da relação entre moeda e preços. Todo ato de planejamento monetário repercutirá sobre uma relação. Costuma-se chamar de equilíbrio econômico à situação de estabilidade nessa relação, mas é denominação realmente inadequada. Trata-se antes de equilíbrio financeiro, e de um caso especial de equilíbrio financeiro.

Há, em segundo lugar o problema de que a disciplina de moeda deve induzir o crescimento econômico: é necessário que o produto da atividade econômica permaneça crescente, mesmo porque as populações tendem a ser crescentes. A ambição do aperfeiçoamento de padrões de vida, de ampliação das relações de cada um, impõe ainda que o crescimento do produto seja maior do que o crescimento da população.

O terceiro ponto é a distribuição de renda. O funcionamento dos mecanismos monetários afeta decisivamente as possibilidades de

distribuição de renda. E pode-se, pelo condicionamento da moeda, pela direção monetária, influir, já no sentido de que se concentre ainda mais a repartição da riqueza e da renda, já no sentido de que ela se aperfeiçoe, e de que atinjam, riqueza e rendas, em maiores proporções, camadas de menor capacidade de satisfação econômica.

Há, ainda, os problemas de balanço de pagamentos, problemas que estão estreitamente ligados ao desenvolvimento dos pagamentos em moeda. Se o balanço dos pagamentos for equilibrado, compensar-se-ão as operações com moeda externa nascidas de um lado da exportação de bens e de serviços e, de outro lado, da importação. Mas quando a balança de pagamentos se desequilibra, quando os recebimentos do exterior não são compatíveis com os pagamentos a fazer ao exterior, o comportamento da moeda interna é o afetado. A entrada maior de moeda estrangeira, por exemplo, resulta em que é preciso transformar a moeda estrangeira excedente que entrou em moeda nacional; e a moeda nacional, entregue àqueles que eram credores em moeda estrangeira e receberam pagamentos, altera o equilíbrio anterior entre moeda e bens. Na hipótese contrária, haverá destruição de moeda, pela transformação de débitos externos excedentes em pagamentos, em cruzeiros, dos devedores a autoridades cambiais.

Assim, a administração do balanço de pagamentos deve necessariamente associar-se aos outros objetivos de direção monetária. Mais uma vez, a direção monetária se torna dependente, e neste caso não apenas dos comportamentos dos administrados, não apenas das intenções por trás das decisões da autoridade, mas do comportamento do mercado mundial. Veja-se a história recente do que sucedeu com o Brasil, que conseguiu, pela organização do seu comércio exterior, a partir de 1968, multiplicar de muitas vezes suas exportações, e conseguiu por essa forma importar do exterior equipamentos, combustíveis e «know now», perseguindo o desenvolvimento. Pela modificação da estrutura dos mercados mundiais, no entanto, a partir de 1973, e por sua incapacidade de adaptar-se a essas modificações, viu-se o Brasil incapaz de prosseguir no crescimento que planejava para suas exportações, frustrando-se todo o planejamento econômico, com perversas repercussões entre os planejamentos financeiro e monetário. Outros países diante das dificuldades de comércio internacional, adotaram medidas e técnicas protecionistas, observaram reduções em sua capacidade de importar, ao serem seus próprios balanços de pagamentos afetados. O Brasil, ao revés, diante de um perfil de balanço de pagamentos inteiramente diferente daquele que havia planejado — e que seria desejável para a perseguição do desenvolvimento planejado — não encontrou flexibilidade e autocrítica para reformular a política econômica anteriormente desenhada e ajustar-se à nova realidade dos mercados internacionais com planejamento financeiro e monetário. Desde então, ressentiu-se fundamentalmente de ter sido colocado a serviço de políticas econômicas perversas.

A administração da moeda precisa ainda estar voltada para os objetivos de iniciativa e inovação. Se toda a edificação econômica

depende de um conjunto de atos de iniciativa, a competição, a cada momento, depende da inovação. A possibilidade de soluções quantitativamente melhores, de custos menores, de produção maior, ou qualitativamente em atos de inovação. Dada uma estrutura produtiva, a modificação, a qualquer momento, das posições relativas dos diferentes competidores, coloca-se na dependência de atos qualitativos de inovação. A disciplina da moeda não pode ignorar este dever de servir a instrumentar iniciativa e inovação.

Por último, as limitações políticas. Uma direção monetária deve conhecer seus limites políticos, deve saber que os administrados não estão dispostos a pagar qualquer preço pelas decisões de autoridade. A violência dos processos monetários é enorme. Em 1973, quando ocorreu a revolução do petróleo, era perfeitamente previsível a contração dos mercados mundiais. Foi ela denunciada imediatamente. Eu mesmo tive ocasião de publicar artigos e editoriais, advertindo da necessária contração dos mercados mundiais, que resultaria da alteração dos preços internacionais do petróleo.

E, sendo previsível que os mercados mundiais também sofrem essa contração, sendo imediatamente reconhecível que as nações não produtoras de petróleo se haviam empobrecido naquele momento, era indispensável projetar imediatamente, no trato da moeda, como nas demais relações, a nova realidade, em termos de indagar de que forma distribuir o sacrifício de diminuição da riqueza entre as diversas categorias sociais. Ou, de que forma se distribuiria entre consumo e investimento. Ou, de que forma isto repercutiria em nosso balanço de pagamentos. E o que teria sido possível fazer. Na realidade estas indagações não foram feitas, não começaram a ser feitas senão três anos depois. Entre 1973 e 1976, não se refletia, senão em detalhe de pequena relevância, em toda a direção monetária brasileira, uma consciência que se tivesse formado da alteração radical de todo o panorama econômico internacional. E, no entanto, as conseqüências financeiras da alteração geraram dificuldades políticas de superação difícilíssima, porque, quando já se havia chegado, de uma inflação de mais de 150% em abril de 1964, até a casa dos 15%, em 1972, à custa de sacrifícios enormes, à custa de solicitações de sacrifícios a muitos, à custa de desigualdades de sacrifício entre diferentes categorias, a reiteração das tensões inflacionárias representava não só uma repetição das necessidades de sacrifício, como elemento de desânimo que era necessário superar, imediatamente e corajosamente, mas de forma realista.

O Estado brasileiro, no entanto, recusou rever planejamento econômico que a alteração da realidade econômica transformara em mera fantasia. E passou a exigir, da comunidade nacional, por inúmeras técnicas financeiras e monetárias, contribuições proporcionalmente crescentes, que a economia brasileira não podia saudavelmente suprir. As poupanças sociais, limitadas em sua grandeza, representam o potencial passível de investimento. No caso brasileiro, por técnicas de

direção monetária, as poupanças sociais foram dirigidas para o setor público na sua quase totalidade, não restando recursos de poupança para o investimento privado. Autoritariamente absorvida toda a poupança social pelo poder público, não restou à esfera privada latitude de investimento: e a indústria privada de transformação foi destruída, a capacidade de emprego privado foi esmagada pelos erros econômicos e sangrias monetárias.

A direção monetária que se exerce no Brasil parece acreditar que os recursos nascem da moeda e que, atribuindo crédito, em moeda, ao Estado, acrescenta-se ao Estado uma iniciativa que se soma à iniciativa privada. O que sucede não é nada disto: retira-se à iniciativa privada seu potencial de investimento, quando é ele concentrado em mãos do poder público, conduzindo a uma atmosfera de soluções estatizantes.

À compreensão do potencial social de decisões espontâneas de poupança, à definição sensata de poupanças compulsórias adicionais socialmente viáveis e benéficas, mediante lei, ao criterioso julgamento na utilização e na viabilização do uso, há de seguir-se o exame de como se distribuirá a poupança global disponível, entre atos de investimento público e atos de investimento privado, porque o investimento privado não poderá exercer-se, senão na medida em que a poupança não for autoritariamente absorvida pelos órgãos do setor público.

Todo este conjunto de problemas de direção monetária, a disciplina normativa dos instrumentos de troca, a disciplina dos comportamentos econômicos voltada para a sua otimização, a disciplina que vise a promover o pleno emprego, o esforço para atingir o bem-estar social e o desenvolvimento, dependem fundamentalmente da boa organização de todo o mercado financeiro.

A ordenação do mercado, quer na disciplina dos atos jurídicos, quer na disciplina dos agentes do mercado, dos personagens do mercado, quer na disciplina dos mecanismos financeiros, deve situar-se como disciplina serviente de uma concepção da realidade social, de uma concepção da realidade econômica, do conhecimento, da compreensão da realidade econômica. Ou situar-se à, naturalmente, como um reflexo da ignorância, da distância ou de desprezo da realidade econômica.

E nesse contexto se coloca a ordenação do próprio sistema financeiro. O sistema financeiro é exatamente o núcleo de todos os fenômenos de moeda; ao sistema financeiro ocorrem todas as poupanças sociais, as poupanças novas ou as já cristalizadas no giro, as formadas internamente ou as obtidas no exterior. E todo este conjunto de poupanças, em sua forma monetária, circula no sistema financeiro. Ao sistema financeiro, por um outro lado, ocorrem todos aqueles que desejam realizar um conjunto de atos de consumo maior do que sua renda, ou um conjunto de atos de investimento maior do que a própria poupança, para obter do mercado financeiro já o financiamento do consumo excedente da renda, já o financiamento do investimento

excedente da poupança própria. Uma parcela das poupanças não chega ao sistema financeiro, porque se investe diretamente na atividade econômica, quando as empresas reinvestem suas próprias poupanças, ou quando poupadores se organizam e transferem a atividades que criam seus recursos, sob forma de conferência de capital. E, ao lado do mercado financeiro, o mercado de capital transfere diretamente para a atividade produtiva, embora muitas vezes com a mediação formal do sistema financeiro, uma parcela de recursos de poupança.

Merecem exame números comparativos da evolução, nas instituições financeiras privadas e as instituições financeiras públicas, dos haveres não monetários e monetários, de 1973 a 1983. Com ele se ilustra o esvaziamento do setor financeiro privado neste período.

A primeira evidência desses números surge quando se compararam as diferentes participações globais das instituições financeiras públicas nos haveres não monetários, em cada ano. Em 31-12-73, possuíam as instituições financeiras públicas, nesses haveres, apenas 44,6%.

Nessa data, a participação das instituições financeiras privadas era quase 25% maior, ou seja, correspondia a 55,4%.

A 31-12-82, ao revés, as instituições financeiras privadas tinham sido reduzidas a somente 35,5% do montante dos haveres não monetários. A participação das instituições financeiras públicas tinha se tornado muito maior do que a do sistema financeiro privado, passando a representar, em 31-12-82, 64,5% dos haveres não monetários, montante mais de 80% superior ao dos haveres dessa espécie de todo o sistema financeiro privado reunido.

Em 9 anos, o sistema financeiro privado, que, omitidos os haveres habitacionais, representava mais de metade dos haveres não Monetários, reduzia-se a pouco mais de um terço, nesses Haveres.

A evolução, no entanto, revela-se ainda muito mais violenta quando se põem de parte, no sistema privado, os números representativos da parcela de seus Haveres não Monetários correspondentes ao Sistema Financeiro da Habitação.

A 31-12-82, os Haveres não Monetários do setor financeiro privado, desconsiderados os de financiamentos habitacionais, reduziam-se a apenas 22,7% do total, passando a representar pouco mais da 5ª parte dos Haveres não Monetários totais. Os Haveres não Monetários em mãos das instituições financeiras públicas passaram a ser equivalentes a quase três vezes os do setor privado, descontados os habitacionais.

Se não se considerar o setor financeiro da habitação, o crescimento do setor financeiro privado, em números reais, nos haveres não Monetários, no período 73/92, não chegará ao índice 1.1, enquanto o setor financeiro público multiplicou seus haveres não monetários mais de quatro vezes, nesse período.

A POLÍTICA DAS TAXAS DE JUROS, DESDE 1981

Dois diferentes conjuntos de mecanismos de política financeira produziram os resultados que convergiram, desde 1981, para exacerbação daquelas taxas reais. Esses mecanismos foram diretamente responsáveis pela elevação de taxas. São eles:

a) medidas das autoridades monetárias que, visando à captação de recursos para o setor público, fixaram para os juros reais patamares mínimos muito elevados, patamares a partir dos quais nascem as negociações, no mercado (emissão de ORTN's com correção cambial; ação determinando níveis de preço de colocação de Letras do Tesouro; fixação de alíquotas para o IOC).

b) medidas das autoridades monetárias que tornaram escassa a oferta livre de crédito (limite quantitativo das aplicações, nível dos recolhimentos compulsórios, determinações seletivas para compulsórias aplicações) fazendo com que a partir daqueles patamares mínimos referidos na letra «a» se tenham alçado os juros, nos campos de força do mercado, para níveis elevadíssimos, sob a pressão de procura de crédito muitíssimo mais intensa do que a oferta residual possível.

A implementação da política financeira do Governo Federal, por providências que assim derivou a elevação das taxas reais de juros prevalentes, resultou, por sua vez, de imposições da política de investimentos do Governo Federal visando a desenvolvimento acelerado.

Visando a investimentos que não foi possível financiar por (I) captações de poupança interna via sistema tributário, dívida pública, open market e preços das estatais, mais (II) financiamentos do exterior, o Governo Federal escolheu, para a complementação dos recursos necessários à concretização de seus investimentos, o caminho inflacionário da emissão de moeda e de sofisticados artifícios monetários.

Não será demais assinalar que o programa investidor do Governo, dirigido a investimentos de maturação longuíssima, resultou em efeitos inflacionários cumulativos dos sucessivos momentos de insumo, efeitos que perduram e se adicionam enquanto nenhum produto nasce de cada esforço investidor, até sua maturação.

Compuseram-se, nos objetivos do Governo, os mecanismos do tipo «a» e do tipo «b», retro.

Enquanto as medidas «a» visaram diretamente à atração de recursos do mercado para o setor público, as do tipo «b» visaram a inibir a procura de recursos pelo setor privado, pois, definida a grandeza das intenções de investimentos do Governo Federal, a conjugação das procuras de ambos os setores tornaria galopante e explosiva a inflação, caracterizada pela procura social muitíssimo maior do que a capacidade social de produzir.

A poupança interna e os financiamentos do exterior, em conjunto, evidenciaram-se insuficientes para o atendimento do conjunto das

intenções de investir do Estado e dos empresários, em face da grandeza da renda nacional e do nível dos desejos e do poder de consumir da população.

Toda a política financeira e monetária do Governo, desde 1973, privilegiou, sempre e progressivamente, as intenções de investir do Governo Federal e a preservação do poder aquisitivo dos salários das categorias de menor poder de compra, que pacificamente se reconhece ser imperativo defender.

Já a atividade empresarial e seus necessários investimentos sofreram o impacto das restrições ao crédito destinado ao setor privado, quer no financiamento dos investimentos e do capital de giro das empresas, quer no direto financiamento ao consumo.

As restrições de crédito a que se refere «a», foram instituídas regularmente, pelo Governo Federal, para assegurar-se, ele da predominante fatia que desejou ter na poupança interna e nos financiamentos do exterior, com vistas à viabilização de seus acalentados projetos de longa maturação.

O debate sobre a evolução da taxa de juros e sobre a política a adotar nessa matéria, por todos esses motivos, não pode fazer-se validamente senão a partir das premissas seguintes: o Governo Federal, em face das diretrizes econômicas que adotou para 1983 e dos anos subsequentes, assim como em função do Orçamento Monetário para 1984, (I) deve renunciar a parte considerável da fatia tão ampla da renda nacional de que se tem apropriado para seus investimentos — e (II) tem a firme e corajosa intenção de renunciar a ela.

Só dessa forma se poderá atender aos reclamos de preservar o que resta da indústria brasileira de transformação e os serviços privados, ameaçados de se estiolarem, em face da concentração de todas as poupanças sociais em mãos do setor público. Só por esse caminho poderá preservar e restaurar emprego produtivo no setor privado, pois o trabalho qualificado que se afasta de cada indústria privada afetada pelas restrições de crédito não pode ser plenamente absorvido na implantação de novas indústrias de base e tende, pelo não exercício, a perecer em qualificação e produtividade.

CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

O Território Livre do Largo de São Francisco

Um pouco de sua história, e da influência das Faculdades de Direito de São Paulo e de Olinda, na vida cultural, política e social do Brasil (*)

Adriano Marrey

Desembargador do Tribunal de Justiça de
São Paulo (Aposentado)

Na qualidade de ex-aluno da querida Faculdade de Direito do Largo de São Francisco — a «velha e sempre nova Academia», na expressão consagrada de um de seus poetas maiores ⁽¹⁾ e, além disso, a Casa em que, segundo as trovas acadêmicas, «mora a amizade, mora a alegria», — desejei participar da cerimônia de inauguração da sala cedida pela Diretoria da Faculdade, para sede oficial da Associação de seus Antigos Alunos, agora sob a presidência de Trajano Pupo Neto. A cerimônia realizou-se em complemento à comemoração de mais um aniversário da instituição dos Cursos Jurídicos, no Brasil, por lei de 11 de agosto de 1827.

Pertenci à turma matriculada em 1928, e que terá sido precisamente a sua centésima, desde a instalação efetiva das aulas, ocorrida a 1º de março de 1828, ocasião em que proferiu, na tônica que haveria de caracterizar a nova escola, o celebrado prof. José Maria de Avelar Brotero, lente do 1º ano jurídico, uma oração que, conforme refere Almeida Nogueira, foi reputada pelos contemporâneos como «enérgica e eloqüentíssima» ⁽²⁾. Este foi o signo sob o qual deu-se início à sua vida riquíssima de tradições, inteligência, coragem e beleza, expressa no verbo encantado de seus poetas, alguns de cujos nomes coroam — desde quando ainda existia o velho Convento — as suas portas de entrada, e atualmente decoram o Salão Nobre da atual Faculdade.

(*) Trabalho lido a 11 de agosto de 1981, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, por ocasião da inauguração da nova sede da Associação dos Antigos Alunos.

(1) PEDRO OLIVEIRA RIBEIRO NETO, «A Voz das Arcadas» — Poesia declamada a 11-8-76, na sessão solene da abertura das festividades comemorativas da fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil — «Revista da Faculdade de Direito», v. 72, 2º fasc., 1977, pág. 16/17.

(2) ALMEIDA NOGUEIRA, «A Academia de São Paulo — Tradições e Reminiscências», Ed. Saraiva, 3ª Ed., v. 1, pág. 44.

A primeira turma matriculada em 1828 notabilizou-se, por haverem-na integrado as figuras ímpares de Pimenta Bueno — o seu primeiro constitucionalista — e mais, Manoel Joaquim do Amaral Gurgel, Manoel Dias de Toledo e Vicente Pires da Mota, que se revelaram notáveis juristas, e retornaram às Arcadas, como seus mestres.

Viveu a minha turma — a centésima aqui matriculada — os dias agitados de sua época, quando o país convulsionava-se, no pressentimento da grande mutação política, que lhe sobreveio, trazida pela Revolução de Outubro de 1930. Nesse ano, devendo realizarem-se eleições para a Presidência da República, a que concorriam Júlio Prestes, como representante da velha ordem política imperante, e Getúlio Vargas, em cuja pessoa confiara descuidadamente a Aliança Liberal, — também o Centro Acadêmico XI de Agosto, órgão dos estudantes das Arcadas, refletia o comum interesse, e a inquietação de espírito, despertados pelo pleito, em clima efervescente, dada a campanha pelo voto secreto e pela legitimidade da representação popular, resumindo os ideais de luta pregados pelo Partido Democrático, em acirrada oposição ao velho Partido Republicano Paulista, o tradicional PRP.

Realizavam-se, pois, em tom exaltado, as sessões do grêmio acadêmico; e, afinal, quando sucedeu o homicídio, em Recife, do candidato à Vice-Presidência, João Pessoa, a comoção tomou vulto. Desde a manhã do dia 7 de agosto daquele ano de 1930 (data de que bem me recordo, porque era a de aniversário de meu saudoso pai), os acadêmicos se preparavam para uma manifestação pública, junto à estátua de José Bonifácio, o Moço, que, então, existiu à frente do Convento, ao lado da porta principal de entrada da Faculdade de Direito. O que então ocorreu — um grave conflito dos estudantes, com a polícia, por esta provocado, com a sua insólita interferência, antes mesmo de começado o comício de protesto contra a violência que vitimara o líder político paraibano — veio a ser perfeitamente narrado em artigo do Dr. Hermann de Moraes Barros, escrito em reparo a conceitos contidos no livro «Anarquistas e Comunistas no Brasil», de autoria do escritor «brasilianista» John W. Forster Dulles⁽³⁾. Nada é preciso acrescentar ao minucioso e fiel relato feito pelo Dr. Hermann, então recém-formado, mas ativo participante dos acontecimentos, que culminaram em prisão de estudantes, seguido de tiroteio e ferimentos em outro colega e nalguns policiais.

Em conseqüência, a Faculdade permaneceu naqueles dias interdita. Deliberou-se, por isso, no Centro Acadêmico XI de Agosto, comemorar a data magna, da Faculdade, em outro local, recorrendo ao salão da Associação das Classes Laboriosas, em prédio ainda existente, na antiga Rua do Carmo, atual Roberto Simonsen.

(3) HERMANN DE MORAES BARROS, «Reparos a um livro de J. F. Dulles», na edição de 7-6-1981, de «O Estado de São Paulo».

Nessa ocasião, após se fazerem ouvir muitos, e eloqüentes oradores, ocorreu-me, ao final da sessão, propor que se constituísse em «Estado Livre» o Largo de São Francisco.

Parecia, então, fosse a proclamação pouco mais que uma brincadeira de estudante, inspirada na guerra civil que se tratava no Nordeste, contada por José Américo de Almeida, em seu livro de memórias «O Ano do Nego» ⁽⁴⁾, época em que, na cidade de Princesa, segundo noticiara a Imprensa do Sul, o político paraibano José Pereira teria resolvido tornar autônomo seu município, arvorando-o em «estado livre».

Foi a sugestão dessa luta, e a aspiração de independência contida no gesto atribuído ao seu chefe, que levou à idéia de que também o nosso Largo de São Francisco, onde se abriga a querida Faculdade de Direito, viesse a ter o *status* de Estado Livre, para que nele pudessem os estudantes, francamente, e sem constrangimentos, debater os problemas nacionais, livres de atropelos como os sofridos no dia 7, anterior, por parte da polícia política, caracteristicamente truculenta.

E assim o fizemos, com aprazimento geral, conforme o noticiário da Imprensa do dia imediato — 12 de agosto de 1930 — especialmente a «Folha da Manhã», um de cujos repórteres era estudante de Direito, e participe daquele acontecimento ⁽⁵⁾.

De «Estado Livre», a denominação evoluiu para «Território Livre do Largo de São Francisco», e assim se tornou notória, e foi perpetuada em placa de bronze, por muito tempo afixada no alto da fachada da Escola de Comércio Álvares Penteado, na esquina da Rua Benjamin Constant. Dali acabou retirada. Talvez, em quadra funesta de nossa História, haja também ela sido «cassada»...

A imagem do Território Livre corporificou-se, todavia, e daí por diante passou o Largo a ser o nosso Território — dos estudantes, e daqueles que, bacharelado-se, jamais deixaram de amar as velhas Arcadas. Constitui ele o menor Estado do mundo — menor que o Principado de Andorra ou de Mônaco, pois mede apenas alguns poucos metros quadrados, conforme lembrou o Prof. Antonio Chaves — mas, é libérrimo, mais livre que qualquer democracia genuína (e existiram as que foram apenas «relativas»...), porque ali não decorre a liberdade de expressão da organização política, como é peculiar às nações, mas, é uma sua imanência, e um estado de espírito, sem limitações, nem fronteiras.

O nome de Território Livre tornou-se integrante do Largo de São Francisco, o qual chegou a ter um «interventor», durante o Es-

(4) JOSÉ AMÉRICO DE ALMEIDA, «O Ano do Nego», Memórias, Ed. Gráfica Record, Rio, 1978.

(5) «O Centro Acadêmico 'Onze de Agosto' e o Conflito do Largo de São Francisco», na edição de 12-8-1930, da «Folha da Manhã».

tado Novo, na pessoa do simpático Guarda Civil que ali servia, e que se inseriu na memória, e na tradição da sua Casa, pelo amor que a ela dedicava, e por sua identificação com os estudantes, cujo convívio desfrutava. Reviveu-lhe a figura o Prof. Paulo José da Costa Jr., numa de suas crônicas domingueiras, na «Folha de São Paulo», recordando que, nas suas horas de folga, o miliciano passava-as nas Arcadas, em contato com a rapaziada, e nas de serviço, mostrava-se extremamente amistoso, e compreensivo em relação aos seus meninos — «carro de estudante estacionava onde era permitido, e onde não era permitido» (6).

Muito antes, porém, a denominação «Território Livre do Largo de São Francisco» já aparecera em «O Esqueleto», jornal acadêmico, de caráter satírico, publicado em maio de 1932, e que se intitulava como seu «órgão oficial» (7).

Posteriormente, obteve a chancela definitiva, da douta Congregação de Professores — muitos dos quais, seus antigos frequentadores — no ato de aprovação do relatório-protesto da Diretora da Faculdade, Prof^a Nair Lemos Gonçalves, quando se verificou a invasão do respectivo recinto, por indivíduos que se inculcavam como universitários de outras escolas. No relatório aludiu-se às manifestações havidas no «Território Livre do Largo de São Francisco», a primeira antes, e a outra depois da passeata de estudantes em greve, rompendo-se o acordo de cavalheiros firmado entre o presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto, e as direções do DCE-Livre e da UNE, para que os manifestantes, aglomerados no Largo, se abstivessem de entrar na Faculdade (8).

Igualmente, o saudoso Prof. Almeida Jr., na saborosa obra de sua autoria «Sob as Arcadas», publicada em 1965, alude às «lages do pátio» interno — as antigas «Gerais», à moda de Coimbra, que tomaram depois o nome de «Pátio das Arcadas» (pág. 47), como sendo «uma espécie de chão sagrado», que se constitui no «âmago do Território Livre», acentuando que «do seu contato deve excluir-se tudo quanto possa opor-se, pela força bruta, às forças do espírito ou às naturais expansões da juventude» (9).

(6) PAULO JOSÉ DA COSTA Jr., Crônica sob o título «Território Livre», na coluna «Delito e Delinqüente», na ed. de 26-10-1980, da «Folha de São Paulo».

(7) «Jornalismo Acadêmico», artigo de António Barreto do Amaral, na «Revista do Arquivo Municipal», Jul./Dez. 1977, v. 190, ano 40, pág. 9 e sgts, esp., pág. 206.

(8) «Congregação condena invasão da Faculdade de Direito», na edição de 31-5-1980, de «O Estado de São Paulo».

(9) A. ALMEIDA JUNIOR, «Sob as Arcadas», ed. do Ministério da Educação e Cultura, Rio, 1965:

«... as lages do pátio ... uma espécie de chão sagrado. É o âmago do território livre» — pág. 4.

«... pátio central. Desde o início chamado 'Os Gerais', à moda de Coimbra, e tomou depois o nome de Pátio das Arcadas» — pág. 47.

Por seu turno, na notável «Carta aos Brasileiros», lida no Pátio das Arcadas, em agosto de 1977, pelo seu autor, o Prof. Goffredo da Silva Telles Jr., encontra-se, logo no primeiro período — «Das Arcadas do Largo de São Francisco, do 'Território Livre' da Academia de Direito de São Paulo, dirigimos a todos os brasileiros esta Mensagem de Aniversário, que é a «Proclamação de Princípios» de nossas convicções políticas»⁽¹⁰⁾.

Finalmente, cumpre lembrar haver a expressão «Território Livre» entrado para as cantigas características das Arcadas, numa das «Trovas Acadêmicas do Sesquicentenário», compostas especialmente para a comemoração deste, pelo inspirado poeta Paulo Bonfim, dileto filho espiritual da Faculdade, tendo sido cantadas pela primeira vez pelo Coral XI de Agosto, na solenidade de 11 de agosto de 1977. A «trova acadêmica» reza que

«O território que eu amo,
É o coração da cidade (bis);
É livre como a esperança
É bom como a mocidade!»⁽¹¹⁾

Os acadêmicos de meu tempo — de 1928 a 1932 — eram idênticos aos de hoje, e aos de sempre — vivos, idealistas, corajosos e irreverentes. As sessões do Centro Acadêmico XI de Agosto eram cenário de grandes discussões, mas, em termos parlamentares. Todos se tratavam por V. Exa. Lembro-me de uma sessão, em que ardoroso orador defendia galhardamente seu ponto de vista. Um colega, polidamente, pediu para aparteá-lo.

— «V. Exa. dá licença para um aparte?»

E o orador — «V. Exa. tem direito ao aparte!»

Aí disse o aparteante — «Quero dizer a V. Exa., que isto aqui não é cavalaria!». Ao que, impávido, respondeu o orador — «a cavalaria está com V. Exa.!».

Eram assim as sessões do Centro Acadêmico, com a irreverência, e a graça próprias da mocidade, aliás, ainda igual àquela de que se recordou Ruy Barbosa, em sua visita, no ano de 1909, à velha Academia em que estudara, dizendo que o antigo mosteiro transformado na Faculdade, acolhia, «com riso, todas as manhãs, a revoada chilreante dos alunos, que o procuravam, nesse descuido amável da vida, que é o aroma do primeiro viver. Dentre as renovações lhe não desfiguraram a austeridade gasalhosa do rosto, a boa sombra, com que nos

(10) «Goffredo Telles Junior dá a público a Carta aos Brasileiros», na «Revista da Faculdade de Direito», de S. Paulo, comemorativa do Sesquicentenário de Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, v. LXXII, 2º Fasc., 1977, pág. 411.

«... o histórico Território Livre ...» — pág. 307.

(11) Trovas Acadêmicas do Sesquicentenário — de PAULO BONFIM, publicadas na mesma Revista e volume, pág. 24.

recebia, no seu lar de estudo e silêncio, cortado a espaços do rumor das nossas travessuras»⁽¹²⁾.

Essa mesma mocidade que em 1930 arrostara a polícia, para que não invadisse o nosso edifício, constituiu em 1932 os batalhões de soldados improvisados, a fim de heroicamente enfrentar militares profissionais, que avançavam sobre São Paulo. A essa mocidade, que deixou marcado o chão paulista com o sangue de tantos colegas, cujos nomes constam da lápide votiva erigida no pátio interno da Faculdade, é devida toda homenagem.

A comemoração, a cada ano, de mais um aniversário dos Cursos Jurídicos não é apenas a lembrança da data em que o Brasil começou realmente a civilizar-se, com a criação das escolas de ensino superior, tornando-se, dessa forma, definitivamente independente de Portugal, cujas leis ainda adotava. Marca, especialmente, o 11 de agosto de 1827, a época em que as Faculdades de São Paulo e de Olinda passaram a formar os bacharéis que depois assumiram a vida política do país, orientando-a sabiamente. Observou Aliomar Baleeiro, que foi Ministro do Supremo Tribunal Federal, que «quaisquer que sejam as falhas inevitáveis, a maravilha da estabilidade política, constitucional e democrática dos últimos 50 anos do Império foi a obra desses rapazes que depois da abertura das Faculdades, de 1827 em diante, estruturaram jurídica e politicamente o Brasil na mais bela e fecunda das improvisações de nossa História»⁽¹³⁾.

Foram os bacharéis de São Paulo e Olinda que se puseram à frente dos grandes movimentos, do Abolicionismo e da República; integraram-se na campanha iniciada por Olavo Bilac, em discurso proferido na Faculdade de Direito de São Paulo, em 1915, visando a motivar os estudantes da Academia a fim de que «estruja de novo a Casa, estremeçam os muros», tal como sucedera para a Abolição e a República; e, nesse espírito, participaram da Campanha Civilista, com Ruy Barbosa, e da fundação, em São Paulo, da Liga Nacionalista, precursora do movimento nacional pela renovação dos costumes políticos, pela adoção do voto secreto e obrigatório, e para a divulgação da instrução e cultura, abrindo a todos os brasileiros aptos as mesmas oportunidades ao acesso a todas as posições. Acrescentou o Ministro Pedro Chaves, que igualmente honrou o Pretório Excelso, ao dar testemunho acerca da Faculdade em que estudou de 1914/18, cumpre «salientar que pelo estudo e aplicação dos mesmos institutos de direito, os juristas concorreram com o mais forte liame para a integração espiritual da Nação Brasileira»⁽¹⁴⁾. Além disso, engajaram-se no Movimento Constitucionalista de 1932, e lançaram, no verbo

(12) RUY BARBOSA, «Obras Completas», v. XXVI, pág. 208.

(13) ALIOMAR BALEEIRO, «Constelação de Estrélas de primeira grandeza», na edição de 11-8-1977, da «Folha de São Paulo».

(14) PEDRO CHAVES, «Testemunhos», depoimentos colhidos pelo «O Estado de São Paulo», na edição de 11-8-1976.

do Prof. Goffredo Telles Jr., a semente da luta pela restauração do Estado de Direito.

Ruy, o grande paladino das liberdades públicas, naquele famoso discurso de 1909, lembrara «a imagem tradicional de São Paulo, na aureola de seu papel civilizador, como a ‘alma mater’ do nosso ensino jurídico, em cujo regaço gerações de juriconsultos, magistrados e estadistas se nutriam, na ciência da justiça». Na verdade, e por aquela época, conforme ele disse, «o mundo acadêmico e o mundo jurídico se penetravam mutuamente».

Nessa linha de atividade, desempenhou, e desempenha a Faculdade de Direito de São Paulo, na expressão do Prof. Miguel Reale, «papel dos mais relevantes no cenário cultural brasileiro, não só pela qualidade do ensino e das pesquisas jurídicas que desenvolve, mas também por sua abertura para a problemática filosófica, sociológica, política, literária ou artística. As Arcadas são as tradicionais inimigas do ‘homem unidimensional’, satisfeito do domínio que exerce em determinado ofício. Nós nos orgulhamos de não sermos apenas bacharéis, pois, como disse Lutero, e Carnelutti repetiu, ‘o jurista que é somente jurista é uma pobre e triste coisa’ »⁽¹⁵⁾.

A essas Faculdades, de São Paulo e de Olinda, se deve não apenas a cultura jurídica difundida entre tantos que vieram justamente a tornar-se notáveis, na cátedra, na magistratura, nas letras jurídicas, na tribuna parlamentar e nas lides políticas, mas, igualmente, através da ação de insignes estadistas, cujo espírito nelas se cimentou, como Rio Branco e Joaquim Nabuco, a confirmação pacífica, mas, determinada, das fronteiras do Brasil, em lições de alto sentido, de soberania e altaneira independência.

É o que se relembra, na data de 11 de agosto, e se comemora, a cada ano, na esperança de que o festejo desperte constantemente a consciência de quanto representam as Faculdades de Direito, no patrimônio cultural e político da Nação Brasileira.

(15) MIGUEL REALE, «Ser só jurista é ser triste coisa», na edição de 11-8-1977, da «Folha de São Paulo».

A Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil*

*Everaldo da Cunha Luna ***

Em 1970, indicado pela Direção da Faculdade de Direito do Recife, que é a mesma Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Olinda, disse, nesta sala beneditina, no dia das comemorações da fundação dos cursos jurídicos do Brasil, o 11 de agosto, algumas palavras sobre o fato e a significação do marco cultural maior de nossa história nacional. Em 1976, na Capela deste Convento, em novas comemorações do 11 de agosto, paraninfando uma numericamente pequena turma de bacharéis, honrado uma segunda vez, pelo convite da Direção da Faculdade, outras palavras proferi, aqui e nesta data, sobre algumas outras das tantas significações que a fundação dos cursos jurídicos representa para o Brasil. Sinto-me, modestia de lado, muito a cômodo para falar neste dia e neste templo de fé e de inteligência, sobre a Faculdade de Direito do Recife, muito menos por possíveis méritos intelectuais do que pela beleza, pela graça, pelo encanto, pela magia, com que ví, aos 13 anos de minha idade, pela primeira vez estando no Recife em companhia de meu pai, o prédio de nossa Faculdade. Cursava eu o segundo ano ginásial do antigo curso de humanidades de cinco anos, no Colégio Diocesano Pio XI, em Campina Grande, e desde muito tempo antes, habituei-me a ouvir, pela voz de meus antepassados, entre os quais nenhum bacharel ou doutor havia existido, habituei-me a ouvir, deles, na imaginação simples e pura com que falavam, lendárias histórias da Faculdade e de seus doutores. Na alma da infância, tudo é grande e profundo, e as raízes, nela lançadas, ficam para sempre lançadas, e tudo o que é, realmente importante na vida, assevera o escritor Hermann Hesse, com o exagero inerente à literatura e à arte, acontece até os quinze anos de idade. Perguntou-me meu pai, naquele setembro de 1937, ambos sentados, eu e ele, num dos bancos da Praça da Faculdade, se porventura queria eu formar-me na Faculdade que olhávamos com tanta admiração, e eu respondi, de imediato, com um categórico **sim**. E noutro dia, na mesma semana de visita primeira às duas capitais pernambucanas, nas terras de meus antepassados, sob a bondosa companhia e ilustre orientação do Padre Severino Mariano de Aguiar, que foi, no Colégio de Campina Grande, o meu primeiro professor de francês e de latim, eu, meu pai e o Padre Mariano, aqui em Olinda, justamente no velho Seminário,

(*) Trabalho lido, aos 11 de agosto de 1984, no Mosteiro de São Paulo, em Olinda, quando das comemorações da fundação dos cursos jurídicos do Brasil.

(**) Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife — UFPE.

junto a uma das janelas que dão para o casario entre as árvores e para a imensidão do mar, contemplávamos tudo aquilo, e também alguns seminaristas, na calçada do Seminário, a lerem, numa tarde amena de verão, no silêncio da vida e do pensamento, os seus livros de meditação e de estudo. Meu pai, que foi poeta, emocionava-se com aquilo, e dizia, com alguma ingenuidade, diante das águas atlânticas, para o Padre Mariano: lá do outro lado está a África, a Europa e a Ásia, e o Padre sorrindo, e percebendo, sem dúvida, no meu olhar, a alegria daquela visão, voltado para mim, risonho, me perguntava: você quer ser padre? E eu, na vacilação exterior de quem não quer desagradar as pessoas queridas, respondia com um encabulado **não**. É que eu já estava de amores, poucos dias antes, pela Faculdade de Direito. E anos mais tarde, quando eu estava a findar o primeiro ano jurídico, meu pai, na noite de sua última agonia, olhava para mim e lamentava, dizendo: meu filho, que pena não poder ver você formado em direito.

Perdoai, meus senhores, as longas palavras de recordação, perdoáveis aos que vão envelhecendo, porque, agora, deixando o lirismo para os poetas, passo a tentar cumprir, com a brevidade aconselhável, a tarefa que me foi confiada.

* * * * *

Estamos em decadência? Estará a nossa civilização em decadência? Respondem afirmativamente Spengler, filósofo da história, e Toynbee, historiador-filósofo, e GUSDORF, cientista da filosofia. A decadência é um processo de esgotamento, de esterilidade, em que se vai consumindo o construído e ao construído pouco ou nada acrescentando. Nela, na decadência, existe a calma do ocaso e a fadiga da velhice que se aproxima da extinção. Conserva-se, nela, materialmente, o estilo das épocas de criação, e pouco ou nada se cria. Observa Spengler, o profeta maior da decadência, sem dúvida meditando a história dos três ou quatro últimos séculos do Império Romano, que mesmo na decadência, o bacharel em direito, em meio ao cansaço, o conformismo, o academicismo, o exotismo, está incumbido de uma tarefa importante: a **técnica da administração**, que será utilizada entre outras tantas técnicas, rudimentares umas, outras aperfeiçoadas e algumas refinadas, o que, perante um quadro tão desolador, ainda representa uma grande coisa. Penso, porém, que não estamos em decadência. Ou duvido que a decadência seja a fatalidade que nos cerca, que cerca a nossa civilização. E o afirmo, porque, a olhos vistos, estamos a viver uma intensa **inquietação**. E inquietação não é sinal de decadência, muito embora possa precedê-la. Inquietação é sinal de **crise**. Crise é uma palavra tão usada, que já se tornou um lugar comum.

Predomínio do empirismo subjetivo sobre o objetivo e ansiosa busca da objetividade espiritual, podemos perceber na atualidade, e em algumas décadas atrás, sinal quase seguro de crise. Depois de Spengler, HUSSERL falava de uma **crise da humanidade européia**. E o

fazia, senão com o talento artístico e literário de Spengler, mas com maior profundidade filosófica.

No mundo da atualidade, os homens, apesar da rigidez formalista, do autoritarismo e do totalitarismo, procuram a ordem e a segurança, e, em que pese ao materialismo difuso, ao abuso da liberdade e à anarquia sem freio, buscam o progresso e a justiça. Uns, isolados positivamente, como os monges deste Convento, e outros positivamente em expansão, como os homens simples do povo. Uma grande crise, portanto, é o que deparamos no mundo inteiro, no Ocidente e nas Américas, na América Latina ou Ibérica, e no Brasil, extensão, também, do mundo dos iberos europeus, e provavelmente o menos ocidental, o menos europeu, dos países americanos, nascido e nutrido que foi de europeus, de africanos e de indígenas, este Brasil de tantas possibilidades e ainda não suficientemente despertado.

Nos tempos de crise, em que predomina o pensamento crítico, e, por crítica, entendo, aqui, a **participação** numa atmosfera de desacordos, de desencontros, de afirmações subjetivas enfim, parece-me que não podemos fugir dessa limitação, o que traz, contudo, o benefício de termos mais liberdade de expressão e de pensamento em meio aos conflitos entre homens e homens, entre mulheres e mulheres, entre homens e mulheres, entre gerações e gerações, entre a humanidade e a natureza, entre todos e todos.

Segundo os sabedores sinólogos, que estudam uma tradicional civilização plena de inteligência moral e prática, a combinação, na língua chinesa, dos símbolos de **perigo** e **oportunidade** equivale a **crise**. Aproveitar, portanto, a oportunidade oferecida e enfrentar o perigo deparado, é o caminho certo de quem está, digamos, numa **situação crítica**. Perigo e oportunidade, todos sabemos muito bem, estão na essência da vida humana em ação, participando da possibilidade real do homem, o perigo como possibilidade de um prejuízo, e a oportunidade, como possibilidade de um bem. A voz da experiência sempre ordena que se evite o perigo e que se acolha a oportunidade. A crise, no entanto, é ação intensamente vivida, ação especialmente cheia de perigos e especialmente rica de oportunidades. Deparam-se, na crise, possibilidades prováveis. Por isso, a atitude, que se nos impõe durante a crise, deve ser particularmente positiva, otimista, e é sobre os fundamentos do otimismo, que o cientista da filosofia Stephan Strasser ensina que ela, a crise, deve ser vista como um fenômeno de crescimento e de desenvolvimento. **Enfrentando** a ambivalência da crise, mesmo que ela atinja os limites do caos, o espírito do homem, com a sua liberdade, deve ser intensamente enérgico e decidido.

Mas, que caminhos devem seguir-se para o aproveitamento das oportunidades? Husserl aponta para os caminhos do racionalismo helênico, na significação primogênia do termo e não na significação insuficiente e deficiente do século dezoito, época em que surgiu a **deusa** razão. E o filólogo Jaeger nos convida, como ação salvadora,

para um retorno aos ideais helênicos, para uma retomada da **paideia**. Desnecessário dizer que a história não se repete, porque homens somos e não simplesmente animais, o que nos obriga a interpretar as palavras de Husserl e de Jaeger na significação de **modelo**, de **fonte de inspiração**. Há, sem dúvida, nesse apelo ao mundo clássico, uma voz da verdade, porque foi a Grécia que nos legou a liberdade e a cultura, e foi Roma, que é a extensão da Grécia, que nos legou o direito e a civilização. O caminho indicado é verdadeiro, porém me parece limitado. É que veio uma voz do Oriente, e penetrando a herança clássica, fez o Ocidente, e, por paradoxal que seja, o Ocidente mais próximo está do Oriente asiático do que do Oriente grego. É claro que estou a referir-me ao cristianismo. E, se a cultura, como diz o poeta e pensador T. S. Eliot, é, essencialmente, a encarnação da religião de um povo, a cultura ocidental é a encarnação do cristianismo. Estamos, portanto, dentro de uma civilização cristã, sejamos crentes, agnósticos, ateus, materialistas, deístas, céticos, ou indiferentes, porque o cristão, no sentido aqui empregado, é o cristão concebido pelo filósofo Karl Jaspers, ou seja, o homem que vive na civilização, cristã. Ninguém, portanto, em nossa civilização, escapa do cristianismo. O agnóstico Augusto Comte terminou construindo, explicitamente, uma **religião da humanidade**, pelo que foi chamado de **católico ateu**. O materialista Karl Marx já foi chamado de **profeta**, e no seu materialismo pode perceber-se um cristianismo latente. O ateu Nietzsche, com a pregação do super-homem, foi visto, por Karl Jaspers, como um **cristão sem dogma**. Trata-se de um cristianismo deficiente, que se caracteriza por uma fé religiosa em objeto inadequado. Representantes que são do **ateísmo inquieto**, de que nos fala o teólogo Karl Rahner, são os três filósofos citados, embora cristãos **deficientes, positivamente** cristãos. Existe também um cristianismo insuficiente, incipiente, por exemplo, nos cultos afro-brasileiros, que foram apontados por João Paulo II, em sua visita à Bahia, como expressão principiante de uma tendência religiosa. Cristianismo ingênuo, o dos cultos religiosos afro-brasileiros, semente também, portanto, do cristianismo.

Não estou aqui, aproveitando o ambiente deste mosteiro, a fazer pregações, porque a tarefa das pregações a outros pertence, e jamais a mim. Por isso interpreto, no sentido extraconfessional, estas decididas palavras do teólogo Karl Rhaner: «**sem a ressurreição do cristianismo original, o Ocidente não tem mais futuro.**» Convém seja lembrado que, para o Ocidente, não existe contradição entre os mundos pagão e cristão, porque, como todos sabemos, os evangelhos, a fonte do cristianismo, foram escritos na civilização grega, e a primeira organização da igreja cristã, o catolicismo, nasceu na civilização romana, nessa Roma de Virgílio, que é apontado por um cristão, como o **pai do Ocidente**, e por lendas de alguns cristãos, como o **anunciador de Cristo**. Fomos feitos, portanto, de hebreus, gregos e romanos, mesclados aos germanos e um pouco menos aos árabes e alguns povos. E, hoje, percebemos um início de influência das culturas do

Oriente extremo, que nos vem principalmente da Índia e da China, cujas religiões são aproveitadas, por alguns teólogos cristãos, na moderna pregação do ecumenismo.

* * * * *

Estando o direito dentro da cultura, não pode fugir da influência cultural como um todo. Em qualquer compêndio de direito, lemos que o nosso direito tem três fontes: o direito romano, que nos legou a arquetônica; o direito canônico, que nos legou a perfeição formal das leis e alargou o campo da subjetividade, e o direito germânico primitivo, que contribuiu para o legado da objetividade. E o nosso, como qualquer outro direito, está próximo da moral, e isto lhe confere um destaque religioso e cristão. Esta afirmativa parece atrevida, mas não é. Primeiramente, o nosso direito é cristão, porque a nossa civilização, no sentido já aludido de Karl Jaspers, é cristã. E depois goza de um destaque religioso, porque não pode desviar-se de princípios essencialmente cristãos, como o princípio da justiça, dessa justiça que já tinha sido concebida, nas idéias platônicas, como a máxima virtude. Só se percebe, com nitidez, o erro de dizer que o Estado é aético, e, por consequência, que o direito é aético, quando a palavra funciona como instrumento do poder e da ação efetiva, tocando-nos de perto, tocando a nossa própria pele. Deste modo, se **o cristianismo é uma comunidade de pecadores, o direito é uma comunidade de infratores**: o cristianismo combate o pecado e o direito combate a infração. Concluindo: sendo o nosso direito essencialmente cristão e vizinho da moral, situa-se, em meio a outras atividades do homem, entre as preocupações preliminares da vida que estão mais próximas da preocupação última da religião no sentido rigorosamente estrito do termo. **Preocupações preliminares e preocupação última**, de que nos fala o teólogo Paul Tillich. E sendo o nosso direito essencialmente cristão, é vizinho da moral, não deve ser concebido como uma simples técnica, um valor puramente instrumental, mas como uma técnica que busca, nos limites de cada fase histórica, dentro da história portanto, um sentido permanente. Chama-se a isto direito natural, direitos humanos, justiça material, ou o que seja. O direito é matemática, é lógica, é natureza, é sociedade, é valor transitório e **alguma coisa mais**. Tal como a arte: é técnica e **alguma coisa mais**. E, enfim, um **universal da cultura**, uma **dimensão do homem**, e, como o homem, que não tem a perfeição e o limite da natureza nos animais, mas a imperfeição e a transcendência da natureza, está, pela sua humanidade, na frase do filósofo Binswanger, **no mundo e sobre o mundo**. O poema de Goethe, expressando a beleza da rica variedade dos animais, diz, deles, que são **invenção de Deus, brinquedos da Divindade**. E o homem, se foi criado por Deus, não o foi para brincar, mas para servi-lo e amá-lo, conforme aprendemos em nosso catecismo da infância.

* * * * *

É uma técnica, o direito, e técnica refinada. Implícita, no direito romano, a técnica da tópica, de raiz aristotélica, presente está na obra dos preglosadores, dos glosadores e dos pós-glosadores. Passada época da glosa, veio a época da legislação, e aos glosadores substituíram os legisladores. Com a legislação, a doutrina, e, com a doutrina, o sistema. Fala-se, hoje, de um retorno à tópica, e, em lugar do sistema, procura-se colocar o problema. São palavras fecundas de vários autores, entre os quais Viehweg, inspiradas na filosofia de Hartmann, mas, uma vez que a história não pode ser repetida, mas que deve ser aproveitada, e o direito é história, a meu ver, vou dizendo, partindo dos ensinamentos do penalista e filósofo do direito Karl Engisch e do jurista Wieacker, os problemas jurídicos, por serem problemas humanos e, portanto ilimitados, não podem prescindir do sistema, sob pena da fragmentação. Que o sistema esteja implícito, não importa. O que é necessário é que o sistema acolha o problema, não somente conforme a lógica tradicional e moderna, mas também conforme a vida. O que exige, ou o que se deve exigir, é um sistema ao mesmo tempo dogmático e crítico. No direito penal, por exemplo, já não se pode fazer dogmática jurídica separadamente da política criminal, como no tempo em que esta figurava apenas como a **ponte de passagem** entre o dogma penal e os demais fatos, valores e ciências, porque, atualmente, a dogmática penal apresenta três momentos: a interpretação, a sistematização propriamente dita e a crítica. Verifica-se, portanto, que a crítica completa a sistematização tradicional. Antinomias existem, sem dúvida, entre o dogma e a crítica, entre o dogma penal e a política criminal, antinomias insuperáveis num dado momento histórico e superáveis em momento histórico posterior, mas as antinomias sempre se renovam, porque a história do homem, como o próprio homem, é imperfeita e ilimitada. Não há por que contrapor sistema e problema, que são, como forma e conteúdo, as duas faces de uma só moeda. Deste modo, a questão de partir do problema para o sistema, e do sistema para o problema, pode resolver-se e deve resolver-se pela visão da metodologia jurídica dedutiva e indutiva a um só tempo, porque o direito, sendo abstrato e concreto, sendo norma e fato, rebela-se contra um sistema puramente abstrato e perde a unidade se concebido como uma pluralidade de problemas. A ciência jurídica, em vez de ciência de normas, é ciência de fatos dentro das normas, e as ciências interdisciplinares, de que a ciência jurídica faz parte, como a criminologia, são ciências de fatos disciplinados por normas jurídicas à luz de outras ciências, como a biologia, a psicologia e a sociologia. O que o direito contemporâneo exige é uma maior atenção para os problemas, que são precisamente o conteúdo dos sistemas. Por isso, o movimento anti-dogmático, que se esboça nos dias de hoje, no fundo é uma luta por essa atenção maior para os problemas.

* * * * *

Chego ao fim de minha longa fala, para dizer, nesta casa religiosa, onde foi ensinado o nosso direito quase trinta anos, que confio,

firmemente, para futuro breve, que o Brasil, vivendo a tremenda crise de todos conhecida, crise que se torna ainda mais cruel porque sobreposta a males antigos, como o analfabetismo e a ausência de politização do povo, encontrará os seus rumos, os rumos que o levarão à meta merecida. E o creio porque vejo um povo que começa a ser mais povo do que massa, um povo que já começa a ter consciência das experiências vividas e sofridas, embora venha sendo constante o desinteresse de muitos dos responsáveis por esta caótica situação.

E particularmente em relação ao Nordeste, sinto-me na obrigação especial de dizer, como nordestino, além de brasileiro, que a extrema miséria em que se encontra grande parte de sua população, miséria na saúde, na economia, na instrução, em tudo, torna-se a quem coube uma melhor sorte, um grave problema jurídico, político, moral e profundamente religioso e cristão, já que as privações e males materiais de tantos tornam-se obrigação jurídica, dever moral, seriedade política e sentimento religioso de poucos. A Europa foi forjada na desumanidade das guerras e das perseguições. O Brasil será forjado no sofrimento do desespero atuante e das desumanas privações. O bacharel em direito, portanto, que construiu, a seu modo, o Brasil, está desafiando, neste fim de século, a ser digno da tradição recebida, conservando o que deve ser conservado e inovando o que precisa ser inovado. Estamos nós, os bacharéis em direito, diante de um desafio muito grande. O único caminho é enfrentá-lo para, da luta contra a crise, podermos comparecer, diante do julgamento de nossa história, e dizermos: mais uma vez vencemos.

* * * * *

**RELAÇÃO DOS FUNCIONARIOS E RESPECTIVA LOTAÇÃO JUNTO
A FACULDADE DE DIREITO EM 07-06-84**

GABINETE DO ASSISTENTE ACADEMICO:

ODILA REGINA INDOLFO — Assistente Técnico p/ Assuntos Acadêmicos

GABINETE DO ASSISTENTE ADMINISTRATIVO:

HENRIQUE SCALFI — Assistente Técnico p/ Assuntos Administrativos

SECRETARIO DE DIRETORIA:

EDEINER PEZZUOL — Secretário de Expediente de Diretoria

SEÇÃO DE EXPEDIENTE:

DIRCE DE SOUZA MARTINS — Chefe de Seção Substituta

EDNA SETSUKO TSUTSUI — Oficial de Administração

ELIANA ARAGAKI — Encarregada de Setor de Protocolo

SILVIA REGINA FLORIDO — Oficial de Administração

SEÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO:

EUNICE APARECIDA DE JESUS — Chefe de Seção Substituta

IOLANDA H. GUIBO NAKASIMA — Oficial de Administração

BERNADETH MUNIZ DUARTE — Escriturário

DORALICE ALVES DE ALMEIDA — Servente

SEÇÃO DE ALUNOS:

MATHILDE MOTTA DA SILVA — Chefe de Seção Substituta

DAMARIS GRIGÓRIO — Oficial de Administração

SANDRA APARECIDA DA SILVA — Escriturário

ALAOR DIONISIO DA SILVA — Inspetor de Alunos

FREDERICO CONCEIÇÃO BAPTISTA — Inspetor de Alunos

JOSE DOMINGOS GANGI — Inspetor de Alunos

EDUARDO MACIEL — Inspetor de Alunos

MANOEL LUIZ GONÇALVES FILHO — Inspetor de Alunos

ROBERTO DA SILVA — Inspetor de Alunos

WALDIR WILLIAN MERISCI — Inspetor de Alunos

RODOLFO FERNANDES NAZARETH — Inspetor de Alunos

VALTER CUSTÓDIO — Inspetor de Alunos

RUY GACHIDO — Inspetor de Alunos

JOSÉ GUERRA DE SOUZA — Inspetor de Alunos

ODETTE BOTTINI — Inspetor de Alunos

PRADAMANTE BACCELLI RONCATO — Contínuo Porteiro

MADALENA LACRETA — Servente

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO:

MÁRIO PAULINO DA SILVA SOBRINHO — Secretário de Depto. Substituto
 ANTONIETA GIORDANO PESERNE — Oficial de Administração
 DASY MARIA DE MOURA PRADO — Bibliotecário

DEPARTAMENTO DIREITO CIVIL:

NELSON DA SILVA LIMA — Secretário de Departamento
 MARIA APARECIDA DE SOUZA SIZILIO — Escriturário
 LUCIA APARECIDA ALVES DE MENEZES — Oficial de Administração
 DEANA ROSA ASSEF MATTOS PIMENTA ARAÚJO — Bibliotecário

DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL:

ELISA RITA BERTI — Secretária de Departamento
 ZULEIMA MACHADO DA SILVA NUNES — Secretário Substituto
 JOANNA JUMARA GRECCO DE ALMEIDA — Escriturário
 MARIA LUCILLA GEWHER FONSECA — Bibliotecário

DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO-FINANCEIRO:

MARIA APARECIDA ROCHA HEINE — Secretária de Departamento
 ISABEL APARECIDA PALOMBA — Escriturário
 GIACOMINA DEL VALLE DE PAZ FALDINI — Bibliotecário

DEPARTAMENTO DE DIREITO COMERCIAL:

EDMEA SOUZA COSTA PAGANO — Secretária de Departamento
 ROSANA MIDORI YACHIMORI — Oficial de Administração
 MARIA HENEYDA MONTEIRO TORCHIA — Bibliotecário

DEPARTAMENTO DE MEDICINA FORENSE:

REGINA CÉLIA REIS MATTOS — Secretária de Departamento

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO TRABALHO:

MARLI DE SOUZA SATORELLI — Secretária de Departamento
 LEILA DE SOUZA — Inspetor de Alunos
 MARIA INÊS CARDOSO MÁXIMO — Bibliotecário

DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO:

FRANCISCO FRANCIMAR MARIANO DA SILVA BRITO — Sec. de Depto.
 ELAINE TABORDA DE AVILA — Oficial de Administração
 YVONE BUENO DE BARROS — Bibliotecário

DEPARTAMENTO DE DIREITO INTERNACIONAL:

ANA ELISA VIEIRA — Secretária de Departamento Substituta
 MAIRA CUNHA DE SOUZA — Oficial de Administração
 MARILENA PINHEIRO LOBO — Bibliotecário

DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL:

NEIDE FERREIRA LIMA — Secretária de Departamento Substituta
 RENATA CELLI — Bibliotecário

REVISTA DA FACULDADE:

ANTONIO AUGUSTO MACHADO DE CAMPOS — Redator Secretário
LUIZ EDUARDO DE PAULA CAMARGO — Oficial de Administração

BIBLIOTECA CENTRAL:

SARA CORREIA — Bibliotecária Chefe
WILMA APARECIDA BUFFONI LEITE — Bibliotecário
JOSÉ AUGUSTO CHAVES GUIMARÃES — Bibliotecário
TEREZA FERNANDES NAZARETH — Auxiliar de Bibliotecário
FRANCISCO CIZOMAR MARIANO DA SILVA — Oficial de Administração
MARLENE LOPES DE OLIVEIRA — Escriturário
LUCIA BEATRIZ ROSA SANTANA — Servente
ESTER MARIA DE SOUZA — Servente
ISABEL GONÇALVES JARDIM — Servente

BIBLIOTECA CIRCULANTE:

THEREZINHA DO MENINO JESUS MELLO — Bibliotecário Chefe
MARIA TEREZA FUSCO AZZI — Bibliotecário
JUREMA SILVEIRA ZANARDINI — Auxiliar de Bibliotecário
DINAH BARBOSA GRACIA — Escriturário
MARIA DAS GRAÇAS ALMEIDA SANTOS — Escriturário
JOANA ALAIDE TEIXEIRA MARQUES — Inspetor de Alunos
MARIA JOSÉ DA COSTA LOPES — Contínuo Porteiro
SANTINA LIBERATO BORGES BAPTISTA — Servente
MARILENE VITÓRIA FERREIRA — Servente
MARIA DA PAIXÃO MARQUES DE QUEIROZ — Servente

SEÇÃO DE PESSOAL:

MARIA THEREZA MULLER DA SILVA — Chefe de Seção
CLEUSA APARECIDA DO NASCIMENTO — Oficial de Administração
MARLI CONCEIÇÃO MATHIAS — Oficial de Administração
ANA LIMA BATISTA — Escriturário

SEÇÃO TÉCNICA DE CONTABILIDADE:

JOSÉ PIPINIS FILHO — Contador Chefe Substituto
JACY VIEIRA PRADO GORI — Contador
IZABEL DE BRITO — Técnico de Contabilidade
VANDERLEI RIBEIRO — Oficial de Administração

SEÇÃO DE COMPRAS:

MAFALDA ALVES GARRIDO RUSSO — Chefe de Seção (Pró-Labore)
MARCIA REGINA DE FREITAS ARRUDA ARASAKI — Oficial de
Administração
HENRIQUE EDUARDO RIBEIRO MONTEL — Oficial de Administração

TESOURARIA:

ANTONIO LINDENBERG DREILICK DA COSTA — Chefe de Seção
GIOVANI PAVÃO — Oficial de Administração
JOSÉ ILDO VITO — Escriturário

SETOR DE PATRIMÔNIO:

ROBERTO SANTOS DE QUEIROZ — Encarregado de Setor Substituto

SETOR DE ALMOXARIFADO:

ANTONIO PIRES GONÇALVES — Encarregado de Setor

GABRIEL ANDRADE — Almojarife Substituto

SETOR DE ARQUIVO:

NORMA WENCESLAU DE BARROS — Encarregada de Setor Substituto

SETOR DE PUBLICAÇÃO:

BENEDITO UBALDO FREIRE — Encarregado de Setor

SEÇÃO DE MATERIAL:

NOEL ALVES DE SOUZA — Chefe de Seção

ENCADERNAÇÃO:

OSMAR FERRAZ — Encadernador

SERVIÇO DE XEROX:

ORLANDO CAETANO — Operador de Máquinas

ISAIAS CARDOZO — Ascensorista

SETOR DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO:

JOSÉ MARIA MORAES — Encarregado de Setor Substituto

JOÃO DA CRUZ ANTERO SIMPLICIANO — Eletricista

SETOR DE MARCENARIA E CARPINTARIA:

MANOEL MACHADO DA SILVA — Encarregado de Setor Substituto

CARMELLO GANGI FILHO — Marceneiro

ASSOCIAÇÃO DOS EX-ALUNOS:

ADENIR HOLMOS — Escriturário

SERVIÇO DE APROXIMAÇÃO:

VALTER CARVALHO JUNIOR — Escriturário

MARILENE CUNHA LIMA — Oficial de Administração

SEÇÃO DE SERVIÇOS GERAIS:

RUY DA SILVA FREIRE — Chefe de Seção

ADEMAR GUERRA — Encarregado de Setor 1 (portaria)

PAULO RODRIGUES DE CARVALHO — Encarregado de Setor 1
Substit. (port.)

DURVALINA FERLIN LOPES — Encarregado de Setor 1 Subst.
(Depto. Fem.)

ANTONIO BOVO — Encarregado de Setor 1 Subst. (estacionamento)

ALOÍSIO HENRIQUE FILHO — Contínuo Porteiro

JOÃO NOGUEIRA DA SILVA — Vigia
JOAQUIM LEAL FILHO — Vigia
LENILDE MARIA DA SILVA — Servente (copa)
MARIA JOSÉ DE OLIVEIRA — Servente (copa)
ROSALINA DO NASCIMENTO SOUZA — Ascensorista
JOÃO SOARES DE LIMA — Ascensorista
MARIA GILEUZA DE CARVALHO — Ascensorista
DARCY SERRALBO MORELATO — Ascensorista
DERLI APARECIDA CARDOSO DA SILVA — Ascensorista
CLEONICE RIBEIRO JONAS — Ascensorista

ESTACIONAMENTO:

WILSON APARECIDO DA COSTA — Encarregado de Setor de Veículos
ANTONIO MACHADO — Motorista
SILVIO MACENA DE OLIVEIRA — Motorista
AFONSO MATCHIL — Motorista

Agradecimentos

A “Revista da Faculdade de Direito”, através de seu redator, agradece em nome da DD. Comissão de Redação a espontânea colaboração do bacharel Geraldo Tolosa, que durante 29 anos fez a revisão dos índices, e ao estudante Edivaldo Leite Pereira, que acompanhou animadamente a revisão dos artigos desta edição. Aqui a “Revista” faz justiça, expondo sua gratidão.

ÍNDICE

I — In Memoriam

Perfil de Humanista (Professor Emérito Alexandre Correia). Ruy Barbosa Nogueira	17
Alexandre Correia: Reminiscências. Manoel Martins de Figueiredo Ferraz	22
Notas Sobre a Existência de um Jurista Filósofo. Alexandre Augusto de Castro Corrêa	29
In Memoriam Alexandre Correia. Michel Schooyans	31
A Formação Intelectual de Alexandre Correia. Ubiratan Macedo	33

II — Doutrina

Breve Apanhado Sobre a História da Advocacia em Roma. Alexandre Augusto de Castro Corrêa	39
O Direito Moral Após a Morte do Autor. Antônio Chaves	63
O Contencioso Administrativo. José Cretella Júnior	82
A Responsabilidade Civil no Código do Japão Comparado com a do Brasil. Rubens Limongi França	87
O Poder e Seu Controle. Manoel Gonçalves Ferreira Filho	113
A Salvaguarda do Estado no Brasil. Enrique Ricardo Lewandowski	140
Aspectos do Direito Comparado. Francisco Ovídeo	161
Administração Atípica do Estado. Eduardo Lobo Botelho Gualazzi	181

As Presunções na Teoria da Prova. Carlos Alberto Dabus Maluf	192
A Revogação da Sentença no Direito Brasileiro (Parte I). Moacyr Lobo da Costa	224
 III — Trabalho de Aluno	
Imunidades Diplomáticas. Paulo Borba Casella	247
 IV — Discursos e Conferências	
O Estatuto do Filho Adulterino no Direito Francês. Silvio Rodrigues	255
Teixeira de Freitas e a Autonomia das Partes no Direito Internacional Privado Latino-americano. Jürgen Samtleben	262
Novas Tendências na Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos. Ada Pellegrini Grinover	283
Direito e Relações Ibéricas. Vicente Marotta Rangel	308
Reunião de Especialistas em Adoções. Alyrio Cavallicri	310
Diritto Internazionale e Diritto Dell'Integrazione in América Latina. Vicente Marotta Rangel/Gustavo Zanini	320
Discurso de Posse do Professor Doutor Geraldo Ataliba. Homenagem do Professor Doutor Fábio Konder Comparato	330
A Guerra Nuclear e o Direito. Guido Fernando Silva Soares	343
Planejamento Monetário. Geraldo Vidigal	363
 V — Contribuição Para as Memórias Acadêmicas	
O Território Livre do Largo de São Francisco. Desembargador Adriano Marrey	373
A Fundação dos Cursos Jurídicos do Brasil. Everardo da Cunha Luna	380
Relação dos Funcionários e Respectiva Lotação Junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 07 de junho de 1984. A Redação	387

TABLE OF CONTENTS

I — IN MEMORIAM

Profile of a Humanist (Professor Emeritus Alexandre Correia). Ruy Barbosa Nogueira	17
Alexandre Correia: Reminiscences. Manoel Martins de Figueiredo Ferraz	22
Notes on the life of a Jurist Philosopher. Alexandre Augusto de Castro Corrêa	29
In memoriam: Alexandre Correia. Michel Schooyans	31
The intellectual formation of Alexandre Correia. Ubiratan Macedo	33

II — DOCTRINE

A brief outline of the law profession in Rome. Alexandre Augusto de Castro Corrêa	39
The moral right after the author's death. Antônio Chaves ..	63
Administrative hearing. José Cretella Júnior	82
Civil Responsibility in the Japanese Code compared with that of Brazil. Rubens Limongi França	87
Power and its control. Manoel Gonçalves Ferreira Filho	113
The protection of the State in Brazil. Enrique Ricardo Lewandowski	140
Aspects of Comparative Law. Francisco Ovideu ..	161
Atypical administration of the State. Eduardo Lobo Botelho Gualazzi	181

The presumptions in the Theory of Proof. Carlos Alberto Dabus Maluf	192
The revocation of sentence according to the Brazilian Law (Part I). Moacyr Lobo da Costa	224

III — STUDENT'S WORK

Diplomatic Immunities. Paulo Borba Casella ..	247
--	-----

IV — CONFERENCES AND SPEECHES

The statute of adulterous bastards in the French Law. Silvio Rodrigues	255
Mr. Teixeira de Freitas and the Autonomy of Parties in Latin American Conflict of Laws. Jürgen Samtleben ...	262
New trends in the Jurisdictional Protection of diffused interests. Ada Pellegrini Grinover	283
Law and Iberian Relations. Vicente Marotta Rangel	308
A meeting of specialists in adoption. Alyrio Cavallieri	310
Diritto Internazionale e Diritto Dell'Integrazione in América Latina. Vicente Marotta Rangel/Gustavo Zanini	320
The inaugural speech of professor Geraldo Ataliba . Homage rendered by professor Fábio Konder Comparato	330
The Nuclear War an the Law. Guido Fernando Silva Soares	343
Monetary Planning. Geraldo Vidigal	363

V — CONTRIBUTION TO ACADEMICAL MEMOIRS

The free territory of Largo de São Francisco. Judge Adriano Marrey	373
The creation of Law Schools in Brazil. Everardo da Cunha Luna	380
Roll of the functionaries of the Faculty of Law of the University of São Paulo, in July 7th 1984. The Editors ..	387

Les présomptions dans la Théorie de la Preuve. Carlos Alberto Dabus Maluf	192
La révocation de la sentence dans le Droit Brésilien. Moacyr Lobo da Costa	224
III — TRAVAIL D'ÉLÈVE	
Les immunités diplomatiques. Paulo Borba Casella	247
IV — CONFÉRENCES ET DISCOURS	
Le statut de l'enfant adultérin dans le Droit Français. Silvio Rodrigues	255
Mr. Teixeira de Freitas et l'autonomie des parties dans le Droit International de l'Amérique Latine. Jürgen Samtleben	262
Nouvelles tendances dans la protection juridictionnelle des intérêts diffus. Ada Pellegrini Grinover	283
Le Droit et les Relations Ibériques. Vicente Marotta Rangel	308
Une réunion de spécialistes en adoption. Alyrio Cavallieri	310
Diritto Internazionale e Diritto Dell'Integrazione in América Latina. Vicente Marotta Rangel/Gustavo Zanini	320
Discours prononcé par le professeur docteur Geraldo Ataliba à l'occasion de sa prise de possession. Hommage rendu par le professeur docteur Fábio Konder Comparato	330
La Guerre Nuclear e le Droit. Guido Fernando Silva Soares	343
Devis Monétaire. Geraldo Vidigal	363
V — CONTRIBUTION AUX MÉMOIRES ACADEMIQUES	
Le territoire libre du Largo de São Francisco. (Desembargador) Adriano Marrey	373
La fondation des cours juridiques au Brésil. Everardo da Cunha Luna	380
Noms des fonctionnaires de la Faculté de Droit de L'Université de São Paulo et les fonctions qu'ils y exercent, le 07 juin 1984. La Rédaction	387

COMPOSTO E IMPRESSO NA
GRAFICA SANGIRARD, LTDA
RUA BOM PASTOR, 342
FONE: 63-7879 — SÃO PAULO

ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais. Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

2. Atribuição. Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

3. Direitos do autor. No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente (dtsibi@usp.br).