

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ISSN 0303-9838

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME 90

1995

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 90, 1995

Errata: por erro da gráfica,
na p. de n. 83, onde se lê *Direito Civil*, leia-se *Direito do Ensino* e
na p. de n. 89, onde se lê *Direito do Ensino*, leia-se *Direito Civil*.

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

Em seu nonagésimo volume

Fundada em 1893, é publicada anualmente em um ou mais fascículos. À venda na Secretária da Revista da Faculdade.

“REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO”

Endereço para venda e permuta:

CEP: 01005-010 - Largo de São Francisco, 95

Fone 239-3077, ramais 2000 e 2021 (fax)

São Paulo - SP

REV DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 90, 1995

EXPEDIENTE DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO

COMISSÃO DE PUBLICAÇÃO

Professores: Walter Barbosa Corrêa (presidente), Antonio Junqueira de Azevedo, Fábio Maria De-Mattia e Enrique Ricardo Lewandowski

CONSELHO EDITORIAL

Professores: Sílvio Rodrigues, do Departamento de Direito Civil; José Carlos Moreira Alves, do Departamento de Direito Civil; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, do Departamento de Direito do Estado; Fábio Konder Comparato, do Departamento de Direito Comercial; Tércio Sampaio Ferraz Júnior, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; Ada Pellegrini Grinover, do Departamento de Direito Processual; Miguel Reale Júnior, do Departamento de Direito Penal; Celso Lafer, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; Alcides Jorge Costa, do Departamento de Direito Econômico e Financeiro; Ivette Senise Ferreira, do Departamento de Direito Penal; José Eduardo Campos de Oliveira Faria, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; José Rogério Cruz e Tucci, do Departamento de Direito Processual; Antonio Scarance Fernandes, do Departamento de Direito Processual.

SERVIÇO TÉCNICO DE IMPRENSA

Chefe Técnico de Imprensa:
Antonio Augusto Machado de Campos Neto
Marli Conceição Mathias (Assessora)

Seção de Edição da Revista e Outros Periódicos:
Andréa Maria Lopes de Oliveira
Delmar Ferreira de Assis

Seção de Informática:
Leonidas Jean Balabakis
Mônica Nunes da Silva

Editada pelo Serviço Técnico de Imprensa da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e impressa na Coordenadoria de Comunicação Social da Universidade de São Paulo.

REVISTA

DA

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Reitor: Flávio Fava de Moraes

Vice-Reitora: Myriam Krasilchik

Pró-Reitor de Graduação: Carlos Alberto Barbosa Dantas

Pró-Reitor de Pós-Graduação: Adolpho José Melfi

Pró-Reitor de Pesquisa: Hugo Aguirre Armelin

Pró-Reitor de Cultura e Extensão Universitária: Jacques Marcovitch

Secretária Geral: Lor Cury

FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Álvaro Villaça Azevedo

Vice-Diretora: Odete Medauar

PROFESSORES HONORÁRIOS

Ruy Barbosa (1849 - 1923)

Clóvis Bevilacqua (1859 - 1944)

Francisco Mendes Pimentel (1869 - 1957)

José Xavier Carvalho de Mendonça (1861 - 1930)

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda

Miguel Seabra Fagundes

PROFESSORES EMÉRITOS

João Braz de Oliveira Arruda (1861 - 1942)

Cândido Nazianzeno Nogueira da Mota (1870 - 1942)

José Manoel de Azevedo Marques (1864 - 1945)

Francisco Antonio de Almeida Morato (1868 - 1948)

José Upiano Pinto de Souza (1869 - 1957)

Reinaldo Porchat (1868 - 1957)

Antonio de Sampaio Dória (1883 - 1964)

José Joaquim Cardoso de Mello Neto (1883 - 1965)

Waldemar Martins Ferreira (1885 - 1965)

Lino de Moraes Leme (1888 - 1969)

Jorge Americano (1891 - 1969)

Honório Fernandes Monteiro (1894 - 1969)
Antonio Ferreira de Almeida Júnior (1892 - 1971)
Noé Azevedo (1896 - 1972)
Nicolau Nazo (1895 - 1974)
Alvino Ferreira Lima (1888 - 1975)
Cândido Motta Filho (1897 - 1977)
Vicente Ráo (1892 - 1978)
Sylvio Mutsuhito Marcondes Machado (1906 - 1980)
Luís Eulálio de Bueno Vidigal (1911 - 1995)
José Carlos de Ataliba Nogueira (1901 - 1983)
Moacyr Amaral Santos (1902 - 1983)
Alexandre Correia (1890 - 1984)
Ernesto de Moraes Leme (1896 - 1986)
Mario Masagão (1899 - 1979)
Basileu Garcia (1905 - 1986)
Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1906 - 1990)
Antonio Ferreira Cesarino Júnior (1906 - 1993)
Philomeno Joaquim da Costa (1904 - 1995)
Washington de Barros Monteiro
João Baptista de Oliveira e Costa Júnior
Miguel Reale
Celso Neves

PROFESSORES APOSENTADOS

Nair Lemos Gonçalves
João Bernardino Garcia Gonzaga
Antonio Chaves
Goffredo da Silva Telles Júnior
Sílvio Rodrigues
Geraldo de Camargo Vidigal

Ruy Barbosa Nogueira
José Cretella Júnior
Paulo José da Costa Júnior
Odon Ramos Maranhão (1924 - 1995)
Irineu Strenger
Vicente Marotta Rangel

PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

Alexandre Augusto de Castro Corrêa
José Carlos Moreira Alves
Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Dalmo de Abreu Dallari
José Afonso da Silva
José Ignácio Botelho de Mesquita
Fábio Konder Comparato
Amauri Mascaro Nascimento
Tércio Sampaio Ferraz Júnior
Ada Pellegrini Grinover
Octávio Bueno Magano
Yussef Said Cahali
Geraldo Ataliba (1936 - 1995)
Luiz Gastão Paes de Barros Leães
Cândido Rangel Dinamarco
Antonio Carlos de Araújo Cintra
Antonio Junqueira de Azevedo
Miguel Reale Júnior
Rubens Limongi França
Celso Lafer
Waldírio Bulgarelli
Eros Roberto Grau
José Maria Marlet Pareta
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Alcides Jorge Costa
Luiz Olavo Baptista
Fábio Maria De-Mattia
Álvaro Villaça Azevedo
Odete Medauar
Cássio de Mesquita Barros Júnior
Carlos Alberto Bittar

Rogério Lauria Tucci
Fábio Nusdeo
Vicente Greco Filho
Ivette Senise Ferreira
Regis Fernandes de Oliveira
João Grandino Rodas

PROFESSORES ASSOCIADOS

José Roberto Franco da Fonseca
Walter Barbosa Corrêa
Wagner Drdla Giglio
Guido Fernando Silva Soares
José Eduardo Campos de Oliveira
Faria
Pedro Vidal Neto
Rui Geraldo Camargo Viana
Eduardo Lobo Botelho Gualazzi
Newton De Lucca
José Rogério Cruz e Tucci
Eduardo César Silveira Vita Marchi
Edmir Netto de Araújo
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
Pedro Paes Filho
Rodolfo de Camargo Mancuso
Carlos Alberto Dabus Maluf
Antonio Luis Chaves Camargo
Rachel Sztajn
Yonne Dolácio de Oliveira
Antonio Carlos de Campos Pedroso
José Carlos de Magalhães
Hermes Marcelo Huck
Enrique Ricardo Lewandowski
Luiz Carlos de Azevedo
Anna Cândida da Cunha Ferraz
Mônica Herman Salem Caggiano
Paulo Borba Casella
Antonio Scarance Fernandes
Mauro Rodrigues Penteadó

PROFESSORES DOUTORES

Octávio Leitão da Silveira
Georgette Nacarato Nazo
Sergio Marcos de Moraes Pitombo
Paulo Salvador Frontini
Luiz Antonio Mattos Pimenta Araújo
Gerd Willi Rothmann
Teresa Ancona Lopez
Paulo Roberto Cabral Nogueira
Araminta de Azevedo Mercadante
Vera Helena de Mello Franco
Newton Silveira
Alcides Tomasetti Júnior
Aracy Augusta Leme Klabin
Kazuo Watanabe
Silmara Juny de Abreu Chinelato Almeida
Masato Ninomiya
Alaor Caffé Alves
Daisy Gogliano
Alvino Augusto de Sá
Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca
José Tadeu de Chiara
Custódio da Piedade Ubaldino Miranda
Antonio Martin
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka
José Alexandre Tavares Guerreiro
Antonio Magalhães Gomes Filho
Antonio Carlos Marcato
Walter Piva Rodrigues
Sergio Carlos Covello
Nelson Ferreira de Carvalho
José Antonio de Andrade Martins
Paulo Guilherme de Almeida
Roberto João Elias
Roque Komatsu
Olavo Acyr de Lima Rocha
Wilson Hilário Borges
Fernanda Dias Menezes de Almeida

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa
Paulo Celso Bergstrom Bonilha
José Reinaldo de Lima Lopes
Carlos Alberto Carmona
Ari Marcelo Solon
Sebastião Boto de Barros Tojal
Walküre Lopes Ribeiro da Silva
Anníbal Fernandes
Nestor Duarte
Estevão Horvath
Fernando Netto Boiteux
Maria Helena Fonseca de Souza
Rolim
José Lopes Zarzuela
José Roberto dos Santos Bedaque
Carlos Borges de Castro
Nelson Mannrich
José Luiz Gavião de Almeida
Sérgio Rezende de Barros
Maria Tereza Leopardi Mello

ASSISTENTES

Irene Batista Muakad
André Luiz de Mesquita
Eduardo Domingos Botallo
Humberto Marques Filgueiras
Lídia Reis de Almeida Prado
Anna Maria Martins
Eunice Aparecida de Jesus Prudente
João Carlos Casella
Carlos Alberto Senatore
José Raul Gavião de Almeida
Elizabeth de Almeida Meirelles
Antonio Cláudio da Costa Machado
David Teixeira de Azevedo
Pedro Luiz Ricardo Gagliardi
Antonio Carlos Mendes
Ignácio Maria Poveda Velasco
Joé Maurício Conti

AUXILIARES DE ENSINO

Sonia Aparecida Costa Nascimento
Octávio Pinto e Silva

ADMINISTRAÇÃO

Assistente Técnico Acadêmico: Gabriela Giannella Samelli
Assistente Técnico Administrativo: Vanderlei Ribeiro
Chefia Técnica de Imprensa: Antonio Augusto Machado de Campos Neto
Diretora do Serviço de Biblioteca e Documentação: Giacomina Del Valle de Paz Faldini
Secretária de Expediente da Diretoria: Regina Helena da Silva

SUMÁRIO

HISTÓRIA DO DIREITO

- A Natureza Jurídica no Casamento Romano no Direito Clássico 3
José Carlos Moreira Alves
- Washington Luís e a Questão Social..... 49
Octávio Bueno Magano
- Ainda a Origem e Introdução da Apelação no Direito Lusitano 67
Luiz Carlos de Azevedo

DIREITO DO ENSINO

- A Reforma Oficial do Ensino Jurídico no Brasil 85
Carlos Alberto Bittar

DIREITO CIVIL

- União Estável. Antiga Forma de Casamento de Fato 91
Álvaro Villaça Azevedo
- Responsabilidade Pré-Contratual no Código de Defesa do Consumidor: Estudo Comparativo com a Responsabilidade Pré-Contratual no Direito Comum 121
Antonio Junqueira de Azevedo
- Empresa Agrária e Estabelecimento Agrário 133
Fábio Maria De-Mattia
- A Reparação do Dano Moral 165
Antonio Carlos de Campos Pedrosa
- Aspectos Jurídicos do Transexualismo 197
Aracy Augusta Leme Klabin

DIREITO DO ESTADO

- Normas Gerais e Competência Concorrente - Uma Exegese do Art. 24 da Constituição Federal..... 245
Tércio Sampaio Ferraz Júnior
- Reforma Constitucional em Período de Globalização Econômica 253
José Eduardo Campos de Oliveira Faria
- A Nova Lei Federal de Concessões de Permissões de Serviços Públicos e Obras Públicas 267
Edmir Netto de Araújo

MEDICINA FORENSE

- Perícias em Investigação de Paternidade..... 295
Sebastião André de Felice/José Maria Marlet
- A Prova Pericial no Foro Penal..... 303
José Lopes Zarzuela

DIREITO DE INTEGRAÇÃO

- Normas para Circulação de Trabalhadores no Mercosul 319
Amauri Mascaro Nascimento
- Mercosul: Intégration Économique et Harmonisation Juridique..... 327
Paulo Borba Casella
- Uno Statuto dell'Impresa Per I Paese del Mercosur..... 339
Diego Corapi

DIREITO INTERNACIONAL

- O Caso Clássico do Navio “Lotus” à Luz da Ciência Moderna 361
José Roberto Franco da Fonseca

DIREITO DO TRABALHO

- Fundamentos da Internacionalização do Direito do Trabalho... 375
João Carlos Casella

DIREITO PROCESSUAL

- Art. 145 do CPC: da Inabilitação de Engenheiro Civil para
Proceder a Levantamento Agronômico em Imóvel Rural..... 385
Antonio Cláudio da Costa Machado

TRABALHOS ACADÊMICOS

- La Reconstruction des Droits Humains D'Après Celso Lafer:
Points de Repère pour L'Étude de la Problématique de la
Rupture Totalitaire et des Droits Humanis 399
Eduardo Carlos Bianca Bittar
- Da Estética do Direito 411
Eduardo José da Fonseca Costa
- Vico e o Direito Internacional 421
Hilton Catanzaro Guimarães
- Ação Declaratória de Constitucionalidade 431
Marco Aurélio Stradiotto de Moraes Ribeiro Sampaio

CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

- Homenagem ao Professor Geraldo Ataliba..... 441
- Homenagem ao Professor Odon Ramos Maranhão 449
- Homenagem ao Professor Luís Eulálio Bueno Vidigal 453
- Homenagem ao Professor Philomeno Joaquim da Costa 457
- Panegírico de Nicolau Nazo 465
Rubens Limongi França
Georgette Nacarato Nazo

DISCURSOS E CONFERÊNCIAS

- Discurso da Professora Ada Pellegrini Grinover aos bacharelados em Direito da Universidade de São Paulo..... 477
- A Problemática da Zona Econômica Exclusiva: Vamos Perder as 200 milhas? 483
Vicente Marotta Rangel
- Discurso de Recepção da Medalha Teixeira de Freitas, proferido no Instituto dos Advogados Brasileiros 493
Fábio Konder Comparato
- Discurso do Presidente da Xunta de Galicia, Manuel Fraga Iribarne, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 505

LEGAL HISTORY

- The Legal Nature of Roman Marriage in
Classical Law 3
José Carlos Moreira Alves
- Washington Luís and the Social Trouble 49
Octávio Bueno Magano
- Still the Origin and Introduction of Appeal on the Lusitanian
Right 67
Luiz Carlos de Azevedo

TEACHING LAW

- The Official Reform of Law Teaching in Brazil 85
Carlos Alberto Bittar

CIVIL LAW

- Concubinage. An Old Type of Unofficial Marriage 91
Álvaro Villaça Azevedo
 - Precontractual Responsibility in the New Brazilian
Consumer Protection Code: Comparative Study of the
Precontractual Responsibility in the Ordinary Brazilian
Private Law 121
Antonio Junqueira de Azevedo
- Agrarian Enterprise and Agrarian Establishment 133
Fábio Maria De-Mattia
- The Compensation for Punitive Damages 165
Antonio Carlos de Campos Pedroso
- Legal Aspects of Transsexualism 197
Aracy Augusta Leme Klabin

STATE LAW

- General Rules and Concurrent Competence - An Interpretation for 24th. Article of the Federal Constitution..... 245
Tércio Sampaio Ferraz Júnior
- Constitutional Reform in the Epoch of Economic Globalization..... 253
José Eduardo Campos de Oliveira Faria
- The New Federal Act on Concessions of Public Services and Public Works 267
Edmir Netto de Araújo

FORENSIC MEDICINE

- Examinations for the Investigation of Paternity 295
Sebastião André de Felice/José Maria Marlet
- Forensic Medicine Evidence in Criminal Actions..... 303
José Lopes Zarzuela

INTERNATIONAL LAW

- The Classic Case of the Ship “Lotus” in View of Modern Science 319
José Roberto Franco da Fonseca

INTEGRATION LAW

- Rules for Worker’s Circulation in Mercosul 327
Amauri Mascaro Nascimento
- Mercosur: Economic Integration and Legal Harmonisation 339
Paulo Borba Casella
- A Set of Rules for the Companies of the Countries of Mercosur 361
Diego Corapi

LABOUR LAW

- Basic Elements of the Internationalization of Labour Law..... 375
João Carlos Casella

PROCEDURE LAW

- 145th. Article of the Civil Procedure Code: on the
Impossibility for Civil Engineers to do Agronomic
Mapping on Farms 385
Antonio Cláudio da Costa Machado

ACADEMIC PAPERS

- The Reconstruction of Human Rights according to Celso
Lafer: Bearing Points for the Study of the Totalitarian
Break and Human Rights..... 399
Eduardo Carlos Bianca Bittar
- On the Aesthetics of Law 411
Eduardo José da Fonseca Costa
- Vico and the International Law 421
Hilton Catanzaro Guimarães
- The Legal Action for the Recognition of Constitutionality 431
Marco Aurélio Stradiotto de Moraes Ribeiro Sampaio

CONTRIBUTION FOR THE ACADEMIC MEMORIES

- Tribute to Professor Geraldo Ataliba 441
- Tribute to Professor Odon Ramos Maranhão 449
- Tribute to Professor Luís Eulálio Bueno Vidigal..... 453
- Tribute to Professor Philomeno Joaquim da Costa 457
- A Tribute of Respect to Nicolau Nazo 465
Rubens Limongi França
Georgette Nacarato Nazo

SPEECHES AND CONFERENCES

- Professor Ada Pellegrini Grinover's Speech to the
University of São Paulo Graduating Law Students..... 477
- The Exclusive Economic Zone: Will We Lose 200 Miles ? 483
Vicente Marotta Rangel
- Speech at the Teixeira de Freitas Medal Awarding
Ceremony, made at the Brazilian Attorney Institute..... 493
Fábio Konder Comparato
- Speech by the President of the "Xunta de Galicia"
Manuel Fraga Iribarne, at the Grand Hall of the
University of São Paulo Law School..... 505

HISTÓRIA DO DIREITO

A NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO ROMANO NO DIREITO CLÁSSICO

José Carlos Moreira Alves

Professor Titular do Departamento de Direito Civil
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Neste artigo, sustenta-se que, à concepção de que o casamento romano clássico era um fato cuja persistência dependia do consentimento contínuo do cônjuge, se opõem objeções, tiradas de textos jurídicos e extrajurídicos do período clássico, que são, até logicamente, intransponíveis.

Abstract:

This article sustains that, in legal and extralegal texts from the classical Roman period, there are grounds to oppose radically, even from a logical point of view, the concepts that persistence of classical Roman marriage depended upon the continuous agreement of the partner.

1. Problema multissecular é o da natureza jurídica do casamento em Roma.

Os próprios juristas romanos não deram maior atenção ao matrimônio como instituto jurídico, tanto assim que deles, a esse respeito, só conhecemos duas obras que não chegaram até nós: *De Nuptiis*, de Nerácio Prisco, e *Liber Singularis de Ritu Nuptiarum*, de Modestino.

Desde a Idade Média, porém, os jurisconsultos se têm ocupado com essa questão, examinando-a à luz dos textos romanos jurídicos e literários que sobreviveram.

Os glosadores, de início, caracterizaram-no como *contractus personarum* (contrato sem conteúdo patrimonial), e, mais tarde ao que parece, passaram, por influência dos canonistas, a tê-lo como um dos *actus legitimi*, à semelhança do que ocorria com a adoção. Já os pós-glosadores permaneceram fiéis à tese do *contractus personarum*, deles não discrepando a Escola que se lhes seguiu - a dos Cultos - que o classificou como *species societatis* (uma espécie do contrato de sociedade), o que, aliás, se sustentava na *Summa Codicis Tricensis*, obra de data incerta, mas não posterior à segunda metade do século XII. Nos séculos XVII e

XVIII, dominou, amplamente, o entendimento de que o casamento, no Direito Romano, era um contrato, e contrato de sociedade.¹

Essas teses, porém, encontraram opositores. No século XVI, Donelo² - ardoroso defensor do casamento romano como *species societatis* - já sentia necessidade de refutar objeções que, então, se faziam a essa caracterização. Mais tarde, Hübner³ era categórico na afirmação de que os antigos não colocaram o casamento entre os contratos, nem ele o era. Mas o ataque mais vigoroso partiu de Glueck,⁴ no século XIX, e talvez houvesse conseguido destruir a doutrina contratualista não fora, principalmente, a atuação de Savigny, que formulou um conceito mais amplo de contrato “*contrato é o concurso de muitas pessoas numa concorde declaração de vontade, pela qual vêm determinadas suas relações jurídicas*”⁵ -, capaz de abranger os acordos de vontade de que resultam quaisquer relações jurídicas, inclusive o matrimônio. Nessa esteira seguiram os pandectistas alemães posteriores a Savigny. Entre os franceses, Ortolan,⁶ sustentando (como séculos antes o fizera Vacário) que a *deductio uxoris in domum mariti* era elemento essencial à constituição do casamento romano, enquadrando-o entre os contratos reais.

Até o final do século XIX, os autores que criticavam a teoria contratualista se adstringiam a negá-la, sem apresentar outra que a substituísse.

Em 1889, Manenti, no livro *Della inopponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio*,⁷ ao tratar do casamento no direito justinianeu, salientou que, para a conclusão do matrimônio nesse período, não se exigia qualquer solenidade, nem a conjunção carnal, sendo suficiente, apenas, o *consensus*, cuja natureza assim caracterizou:

1. Vide, a propósito, Orestano, *La Struttura Giuridica del Matrimonio Romano dal Diritto Classico al Diritto Giustiniano*, vol. I, p. 22 e ss.

2. Comm. de iure ciuili lib. XIII, caps. 18 e 21, in *Hugonis Donelli Opera Omnia*, III, colunas 955 e ss., *ad signum clius*, Florentiae, 1841.

3. *Praelectionum Iuris Ciuiliis Tomi Tres secundum Institutiones et Digesta Iustiniani*, tomo I, lib. I, tit. X, n. 2, p. 44, *Maceratae, apud Viarachi et Grazzini Editores*, 1838.

4. *Commentario alle Pandette*, liv. XXIII, trad. D’Ancora, p. 143 e 144, *Società Editrice Libreria*, Milano, 1898.

5. *Sistema del Diritto Romano Attuale*, v. III, trad. Scialoja, § 140, p. 406, *Unione Tipografico-Editrice*, Torino, 1891.

6. *Legislation Romaine*, tomo II, 12ª ed., n. 99, p. 80, *Librairie Plon*, Paris, 1883.

7. *Tipografia all’ Insegna dell’ Ancora*, Siena, 1889.

“... esse consensus, que facit nuptias, não é de considerar-se no sentido ordinário da palavra consentimento, acordo momentâneo de duas vontades que produz um vínculo obrigatório perene, que se conserva tal ainda que aquelas vontades se tornem depois discordantes, como nos contratos em geral, os quais têm por precípua escopo o de assegurar o intercâmbio dos serviços humanos contra a mutabilidade do querer humano. De feito, o requerido pelas nuptiae é um consentimento consistente num acordo de vontades não-instantâneo, mas continuado, com efeito limitado no tempo à sua própria duração. É sem dúvida por essa sua continuidade principalmente que ele concretamente assume natureza e denominação de affectus, affectio (maritalis uxoris).

Ora, essa affectio, essa vontade que dava existência e mantinha o matrimônio, encontra sua expressão no fato mesmo da comunhão de vida, por meio da qual ela dava contínua prova de sua permanência”⁸

Antes de Manenti, Scheurl⁹ e Maynz¹⁰ já haviam, embora de maneira vaga, formulado concepção semelhante, sem procurar, no entanto, desenvolvê-la. Labbé, em 1883, em escrito *De la nature du mariage* - que publicou em apêndice ao v. II da *Explication Historique des Instituts de l'Empereur Justinien (Législation Romaine)*¹¹, já havia chegado, sem limitá-las ao período justinianeu, a conclusões análogas, trazendo vários argumentos para corroborá-las; assim, definia o casamento

8. Ob. cit., § 15, p. 42-3.

9. Cfe. Orestano, *La Struttura Giuridica del Matrimonio Romano dal Diritto Classico al Diritto Giustiniano*, v. I, p. 57-8, A. Giuffrè Editore, Milano, 1951.

10. Orestano (ob. cit., I, p. 59, nota 163), que consultou apenas os *Elements de Droit Romain* (edição de 1855) de Maynz, nega-lhe equivocadamente essa precedência. São de Maynz estas palavras: “Non, le mariage n'est pas un contrat donnant naissance à une obligation juridique: c'est une condition civile, impliquant un état de choses fondé sur l'union, la coniunctio, le consortium des parties. Ainsi, il ne suffit pas d'une manifestation quelconque de volonté pour créer le lien conjugal; il faut que l'intention des parties soit conforme à l'état de fait” (*Cours de Droit Romain*, III, 5ª ed., § 306, p. 12, nota 2, Bruxelles - Paris, 1891).

11. 12ª ed., p. 684-7, Librairie Plon, 1883.

romano como “um estado, uma maneira de viver, uma relação contínua entre duas pessoas, um hábito de vida comum (*consuetudo uitae*), que se estabelece voluntariamente entre um homem e uma mulher, estado em que o homem comunica à mulher as honras, a consideração e a dignidade social de que é cercado”,¹² acentuando, pouco adiante, que “o casamento não se forma num dado momento como um contrato; não, ele supõe condições múltiplas que podem realizar-se umas após outras e chegar, em seguida, a concorrer em conjunto”¹³ daí porque “ele começa a existir pela reunião dessas condições; ele se prolonga por sua permanência; ele se dissolve pela cessação de uma delas”,¹⁴ o que leva a concluir:

“O casamento é, pois, um estado de fato que supõe a reunião e a permanência de um certo número de condições. A condição primeira é a vontade comum dos esposos, vontade realizada de viver como marido e mulher. Que ocorrerá ao casamento, se um dos cônjuges cair em estado de demência? Não parece que o casamento deve cessar, porque um dos esposos não tem mais vontade? Semelhante questão não se levantaria a propósito de um contrato. Uma vez formado, ele produz seus efeitos, não obstante uma mudança no estado das vontades que, acordes um dia, constituíram e vincularam definitivamente as obrigações. O casamento não é um contrato, é um estado duradouro. Na espécie, a solução que prevaleceu é a de que o matrimônio subsiste apesar da loucura superveniente de um dos cônjuges. O motivo que Ulpiano dá para isso é digno de nota e confirma nossa maneira de ver: Retinetur matrimonium...quasi uoluntatis reliquiis in furiosis manentibus. A vontade anterior à loucura se torna

12. P. 685

13. P. 685.

14. P. 685.

latente; ela não cessa; ela não é substituída por uma vontade contrária,¹⁵

A concepção de Manenti teve, contudo, a fortuna - que não tiveram seus predecessores - de chamar a atenção de Bonfante. O próprio Manenti não tinha consciência da revolução que suas palavras desencadeariam no campo da dogmática do casamento romano. Sua tese limitava-se ao matrimônio no período justinianeu. Demais, continuava a considerar o casamento como relação jurídica, distinguindo o matrimônio *cum manu* do matrimônio *sine manu*, para reconhecer que, naquele, o casamento surgia de um ato jurídico formal. A idéia do consentimento contínuo, porém, estava lançada e germinaria rápido.

O verdadeiro estruturador do que geralmente se denomina teoria de Manenti foi Bonfante, que, em 1896, na primeira edição de suas *Instituzioni di Diritto Romano*,¹⁶ expôs, já perfeitamente delineada, a nova concepção da natureza jurídica do casamento romano. Dois são os seus requisitos: a convivência e a intenção marital (*affectio maritalis*). A convivência a vida comum é o elemento objetivo; a *affectio maritalis*, o requisito subjetivo. No matrimônio, o consentimento - ao contrário do que ocorre nos contratos - não é inicial, mas duradouro, contínuo, preferindo os romanos, para designá-lo, a expressão *affectio*. Sua existência se comprova pela declaração dos cônjuges, parentes e amigos, ou, principalmente, mediante sua manifestação exterior - o *honor matrimonii*, que é o tratarem-se marido e mulher como tais, em sociedade, razão por que se presume a existência de casamento quando a vida em comum com mulher livre e honrada. Concorrendo ambos os requisitos, surge o matrimônio; na falta de um deles, dissolve-se. Por isso, em Roma, inexistem formas jurídicas, não só para sua celebração, mas também para sua dissolução; e, por isso também é simples *relação jurídica de mero fato*, que perdura enquanto persistem as condições de fato - convivência e *affectio maritalis* - de sua existência.

Essas, as linhas fundamentais da nova teoria.

Desde o início, contudo, começaram a surgir restrições.

Se Manenti, ao aludir aos requisitos constitutivos de casamento se referia apenas ao direito no tempo de Justiniano, a teoria estruturada por Bonfante se

15. P. 686.

16. § 58, p. 137-40, G. Barberà Editore, Firenze, 1896.

aplicava ao matrimônio em qualquer dos períodos de evolução do Direito Romano do primitivo ao justinianeu. Contra essa extensão, manifestou-se Ferrini, em 1900, no *Manuale di Pandette*.¹⁷ Aí, salientou ele, que no direito clássico, à semelhança do que ocorre na posse, para que se constitua o casamento é necessário que, além do *animus* (A *maritalis affectio* a vontade atual de viver em comum, para formar uma família), a mulher seja colocada à disposição do marido (*deductio in domum mariti*). A influência do Cristianismo, no entanto, fez-se sentir fortemente sobre a essência do matrimônio, resultando disso que, no conceito cristão, o casamento “*não é só uma relação que se desenvolve com o perdurar da maritalis affectio, mas é um ato pelo qual as duas partes se ligam e se vinculam para o futuro*”¹⁸ Um ano mais tarde, no artigo *Sulla invalidazione successiva dei negozi giuridici*,¹⁹ Ferrini precisou melhor sua tese, distinguindo, quanto à transformação do conceito de matrimônio, não mais direito clássico e cristão, mas pré-justinianeu e justinianeu. Naquele - e principalmente no período clássico -, o casamento perdura enquanto existe a *maritalis affectio* (a atual intenção de viver em matrimônio, e não consentimento inicial de que decorra vínculo para o futuro); neste, embora sem total coerência, o casamento passa a considerar-se “*um ato inicial de consentimento, com o qual as partes criam um vínculo recíproco e duradouro*”²⁰ motivo por que aqueles requisitos que, antes, deveriam existir durante todo o tempo em que perdurasse o matrimônio, são, agora, exigidos somente para o ato inicial.

A tese de Ferrini, a princípio, não encontrou eco na doutrina. Só vários anos depois, na década de trinta, foi retomada por Volterra,²¹ que, além de trazer em sua defesa, vários argumentos novos, sustentou ter a transformação de conceito clássico do casamento (cuja existência aí se fundava só na *affectio maritalis*) ocorrido a partir de Constantino. É certo, por outro lado, que Justiniano, no *Corpus Iuris Civilis*, aparentemente conservou as regras clássicas. Mas, aparentemente, pois o que, em realidade, ocorreu foi a completa modificação de sentido dos textos

17. N. 709, p. 682-3 (a citação se faz pela 4ª ed., Società Editrice Libreria, Milano, 1953).

18. Ob. cit., n. 709, p. 683.

19. In *Opere di Contardo Ferrini*, v. III, p. 357-83, Ulrico Hoepli, Milano, 1929.

20. P. 378.

21. Seu pensamento, a propósito, que já se encontra em trabalhos anteriores, está condensado em *La Conception du Mariage d'après les Juristes Romains*, p. 33 e ss., Tipografia Editrice "La Garangola", Padova, 1940.

clássicos. Com as mesmas palavras, as regras clássicas passaram a ter outro significado. Assim, *affectio*, ao invés de consentimento contínuo, indica, no direito justiniano, acordo inicial de vontades. D'Ercole²² seguiu essa orientação. Voci, mais recentemente, sustenta que o casamento romano sofreu modificação de conceito nos três períodos de evolução do Direito Romano: na fase primitiva, está em harmonia com a estrutura familiar que é comunidade perpétua e solidária, o que faz com que o vínculo matrimonial seja subtraído da livre disponibilidade dos cônjuges (só se admitem algumas justas causas para o repúdio por parte do marido), podendo o casamento, nesse período, ser definido como "*união tendencialmente perpétua, que, com o escopo da continuação da família, faz entrar a mulher na comunidade familiar religiosa do marido, e a submete ao poder deste (não absoluto, mas funcional)*";²³ no direito clássico o panorama se modifica, pois, já no século I a. C., ele deriva da vontade dos cônjuges de serem e de se considerarem marido e mulher (*affectio maritalis* vontade que, além de inicial, deve ser permanente, mas que não está vinculada a nenhum requisito rigoroso de conveniência), o que importa relação de igualdade entre os cônjuges, cessando quando desaparece a *affectio maritalis* em um deles, e não mais introduzindo a mulher na família do marido por tudo isso, pode ser assim conceituado: "*união do homem e da mulher com a intenção de ser marido e mulher*";²⁴ e, no direito pós clássico, inspirando-se em idéias diversas impregnadas de influência cristã, passa a ser concebido como vínculo que não pode ser deixado à livre disponibilidade dos cônjuges (daí, a série de graves limitações ao divórcio), rompendo-se o equilíbrio entre a vontade inicial e a permanente em favor da primeira, e se tornando muito árdua sua definição, pois, de um lado, é abandonado o regime antigo, e, de outro, não surge um novo que seja coerente em seus elementos (não se rege pela exclusiva vontade inicial dos cônjuges, que cria um vínculo indissolúvel; pressupõe, ainda, vontade permanente, só se limitando a impor indiretamente a indissolubilidade, que não se concebe como regra inderrogável).

Por outro lado, em 1929, Albertario,²⁵ sem se afastar radicalmente da teoria que encontrava suas raízes em Manenti, sustentou inspirado, sem dúvida,

22. Il Consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel Diritto Romano e nei Padri della Chiesa, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, ano V (1939), p. 18 e ss.

23. Istituzioni di Diritto Romano, 3ª ed., § 135, p. 464, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1954.

24. Ob. cit., p. 468.

25. Honor matrimonii e Affectio Maritalis, in *Studi di Diritto Romano*, I, p. 197-210, A. Giuffrè Editore, Milano, 1933.

nas idéias de Levy, expostas no *Der Hergang der romischen Ehescheidung*, publicado em 1925 - que a determinação da permanência do casamento e da sua distinção do concubinato variaram no direito clássico e no direito pós-clássico justiniano: naquele, a pedra de toque para a solução de ambos os problemas era a existência do *honor matrimonii* (comportamento exterior dos cônjuges como marido e mulher); neste, ao invés de se pesquisar o elemento exterior, buscava-se determinar a ocorrência, ou não, de elemento interior (*affectio maritalis*), o que implica dizer que neste período, o *honor matrimonii* é substituído pela *affectio maritalis*. Essa tese, que Albertario voltou a defender em *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano* e em *Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino*,²⁶ foi largamente criticada pela maioria dos romancistas.

De 1940 a 1951, Orestano publicou, no *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, três estudos - parte de uma obra unitária mas não concluída - que reuniu em livro intitulado *La Struttura Giuridica del Matrimonio Romano*, v. I, onde atacou vigorosamente a tese, que vem de Bonfante, de que um dos dois elementos constitutivos do casamento romano é convivência. Para ele, o matrimônio existe desde que haja a *affectio maritalis* objetivada, do direito clássico ao direito justiniano, por elementos exteriores (os ritos nupciais, a convivência, o dote, as escrituras dotais, os esponsais, as declarações públicas) que exprimem todos pela expressão *honor matrimonii*. Demonstrou Orestano que, nas fontes, não há a menor alusão a que, na falta de convivência, cesse o casamento. Demais, são várias as hipóteses em que o matrimônio subsiste, apesar de inexistir a convivência, como sucede com relação ao casamento dos soldados, do *absens*, do prisioneiro de piratas ou bandidos. Aliás, os próprios seguidores da teoria de Bonfante já procuravam afastar esses obstáculos à sua tese acentuando que a convivência não se deveria entender em sentido material, mas, sim, idéia, ético, ao que objetou Orestano que "*quando o problema vem colocado nesses termos, da convivência não resta senão a palavra*".²⁷

Ataque radical à concepção do casamento romano derivada da obra de Manenti moveu Piero Rasi, em 1946, no livro *Consensus facit nuptias*²⁸ Nele,

26. In: *Studi di Diritto Romano*, I, p. 213-28 e 231-47, respectivamente.

27. P. 99.

28. Dott. Giuffrè Editore, Milano, 1946.

procurou demonstrar que, ao contrário do que pretende a maioria dos autores modernos, o matrimônio, também no Direito Romano clássico, era um *vinculum iuris* (vínculo de direito), sendo correta, portanto, a interpretação que glosadores e canonistas davam à expressão *consensus facit nuptias*. Em seguida à crítica, passa Rasi a apresentar sua tese sobre natureza jurídica do casamento romano. Em Roma, a relação matrimonial nascia de uma *stipulatio*, que, como forma abstrata, podia dar eficácia a qualquer espécie de convenção. As fontes não aludem a essa *stipulatio*, mas os indícios de sua existência são vários. Por outro lado, a evolução dela, no Direito Romano, se reflete no matrimônio: também nele, quando a *stipulatio* perde a característica da oralidade e as formas rígidas caem em desuso, o escrito passa a ter importância, razão por que o vulgo começa a considerar necessárias *ad substantiam as tabulaes* (são as *tabulaes nuptiales*), nas quais, além da constituição de Maiorano declara essas *tabulae* indispensáveis à existência do casamento. No período pós-clássico, o matrimônio é considerado *contractus qui consensu perficitur* (contrato que se aperfeiçoa com o consentimento), dependendo, pois, apenas do consentimento dos nubentes. É só nas últimas novelas de Justiniano é que se verifica forte reação em favor da forma.

As teses polêmicas de Piero Rasi não ficariam sem resposta. Ela veio em forma de *recensio*. Seu autor, Volterra²⁹ A crítica foi cáustica, implacável, impiedosa. Chegou a tal ponto que o próprio Volterra procurou justificar-se de tanto rigor. As conjecturas de Rasi sobre a *manus*, no Direito Romano primitivo, e sobre a formação do casamento pela *stipulatio* foram os pontos mais mordazmente criticados. E, analisando o ataque à teoria de Manenti, salienta Volterra entre referências a erros de várias espécie - que Rasi não demonstrou a diferença de significado, que afirma existir, entre *consensus* (consentimento inicial) e *affectio* (sentimento, amor). Demais, acentua Volterra que "*ainda que admitido e não concebido que o termo tivesse o significado de consentimento inicial (as fontes não o demonstram absolutamente), o uso dele não excluiria de forma alguma a nossa tese que quer o matrimônio fundado no consentimento contínuo, efetivo dos cônjuges*",³⁰ e isso porque o início do matrimônio coincide com o momento do consentimento. E conclui Volterra "*o fato de os próprios juristas, quando deviam*

29. Essa recensio foi publicada na *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, série III, anno I (1947), p. 399-412.

30. P. 407.

*determinar, ao contrário, se o casamento perdurava ou não não se referiam ao consentimento inicial, mas ao honor matrimonii e aos outros elementos exteriores, dos quais se podia inferir a existência da maritalis affectio, que exclui decididamente a teoria de Rasi e confirma, ao contrário, a teoria que ele entende combater"*³¹

Em 1958, Rasi, no livro *La Conclusione del Matrimonio nella Dottrina Prima del Concillio di Trento*³², reconheceu que errara ao sustentar que os juristas romanos haviam regulado o casamento, explicitamente, como relação nascida de um *contrato*, mas perseverou no entendimento de que os opositores não estão certo quando pensam que os jurisconsultos romanos disciplinaram o matrimônio como *relação de fato*, que depende de uma *uoluntas*, ou de um *honor*, que se renova a todo instante. Em seu entender, os juristas romanos não enfrentaram, pelo menos no que nos chegou de suas obras, esse problema teórico, prescindindo de qualquer elaboração científica, e se adstringindo a resolver as questões que surgiam com a única preocupação de que suas soluções não contrastassem com os costumes, razão por que esses textos podem servir a interpretações em apoio das teses que atualmente se contrapõem, sem que permitam chegar-se a uma solução definitiva. Por isso, conclui que, para resolver-se o problema, seria indispensável que se examinasse o casamento romano em sua atuação prática, a fim de ver como era considerado pelos próprios nubentes, e como os costumes o regulavam - o que seria possível "*trabalhando sobre fontes não-jurídicas, sejam literárias ou documentais*",³³ para depois, "*num segundo momento, ir às fontes jurídicas e interpretar as decisões que aí se encontram sem forçar os textos num sentido ou noutra*".³⁴ Estrada difícil de percorrer, observou Rasi, e talvez até impossível de fazê-lo, não tanto pela escassez das fontes, mas pelo fato de elas apenas se interessarem com a exterioridade da relação matrimonial, silenciando sobre os elementos necessários à sua formação e sobre as causas que, juridicamente, justificam sua extinção.

Atualmente, em face, principalmente, dos trabalhos de Volterra e de Orestano, os romanistas se inclinam no sentido de que, a partir de Constantino, o

31. P. 407.

32. Cas Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1958.

33. P. 11.

34. P. 11.

casamento romano era um *uinculum* decorrente do consentimento inicial dos nubentes (como ocorre em nossos dias), e não mais uma relação de fato que perdurava enquanto persistisse o seu consenso (a *affectio maritalis*); ademais, já no direito clássico, para que essa relação perdurasse não se exigia a convivência dos cônjuges, bastando o consentimento continuado.

A isto, pois, se reduz a concepção de matrimônio romano resultante da obra de Manenti: o casamento, no período clássico, era uma relação de fato, que surgia com o consentimento dos nubentes e persistia enquanto ele perdurasse, extinguindo-se no momento em que essa *affectio* deixasse, realmente, de existir.

2. Será correta essa tese? De há muito sustentamos que não.

Já em 1959, em tese de concurso para a obtenção da livre-docência de Direito Romano na então Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, vivamente impressionado pela parte crítica da obra de Rasi, acentuamos que "o matrimônio, no Direito Romano, foi sempre um ato jurídico, surgindo, assim, do consentimento inicial que gera um *uinculum iuris*, e prescindindo da vontade contínua que dá vida a um estado de fato"³⁵

Posteriormente, desde a primeira edição, em 1966, de nosso segundo volume do *Direito Romano*, demos, em nota, maior precisão a nosso pensamento:

"A diferença que existe entre o casamento moderno e o romano é esta:

no direito moderno, em geral, o casamento surge através de ato consensual rigidamente solene, celebrado diante de autoridade competente; e só se dissolve, por via de regra, pela morte, ou nos países que o admitem - pelo divórcio (e, aí, desde que se verifique um dos motivos previstos taxativamente em lei); em vista disso, a "relação jurídica matrimônio" uma vez surgida, não pode dissolver-se, sem mais, pela simples vontade de um dos cônjuges - daí, falar-se, apropriadamente, em vínculo conjugal;

35. Os efeitos da boa-fé no casamento nulo, segundo o Direito Romano, p. 8, Rio de Janeiro, 1959.

- no Direito Romano, não: para que surgisse o casamento, bastava a vontade inicial ("consensus") dos nubentes, sem quaisquer formalidades (apenas a partir do direito pós-clássico é que, em algumas hipóteses - vide o n. 291 -, se exige certo formalismo), e o matrimônio perdurava até que um dos cônjuges desejasse rompê-lo, pois - como veremos adiante (no n. 295), em Roma, sempre se admitiu divórcio por vontade unilateral (mesmo no direito justinianeu, se um dos cônjuges repudiasse o outro sem motivo, ele poderia sofrer sanções, mas o casamento se dissolvia), a qualquer tempo, sem formalismo, e independente da existência de motivos fixados, previamente, em lei - daí, a expressão " *affectio maritalis* " para significar, não que fosse necessário que os cônjuges tivessem a intenção contínua (idêntica à vontade inicial) de serem marido e mulher, mas que o casamento perdurava enquanto eles (ou um deles) não praticassem ato contrário ao que dera início ao matrimônio: o divórcio.

Em favor dessa tese - que afasta os elementos objetivo (convivência, vida em comum) e subjetivo (*affectio maritalis* - vontade contínua), e que só considera como requisito para a existência do casamento o consentimento inicial dos nubentes que tenham entre si *conubium* -, podemos arrolar, entre outras (pois o caráter desta obra não permite maiores digressões a respeito), as seguintes circunstâncias:

a) também com relação ao contrato de sociedade (que não se pode pretender fôsse uma relação de fato dependente de vontade contínua dos sócios), os textos usam de expressões como *affectio societatis, si in eadem uoluntate perseuerat* (se persevera na mesma vontade), *manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseuerant* (a sociedade persiste por tanto tempo quanto persevera íntegro o consentimento das partes) e isso porque, como ocorria com o casamento, o contrato de sociedade podia extinguir-se, a qualquer tempo, pela vontade unilateral dos sócios (vide n. 244, *in fine*), e, conseqüentemente, só perdurava enquanto todos o desejassem;

b) o louco, no Direito Romano, não podia casar-se, por estar impossibilitado de manifestar o consentimento inicial, mas - salientam os textos (assim, por exemplo, Paulo, *Sententiarum ad filium libri*, II, 19, 7; e D. 1, 6, 8, pr.) se a loucura surgir depois de contraído o matrimônio, este, apesar dela, perdurava, o que demonstra inequivocamente que o pretense consentimento contínuo (*affectio maritalis*) não era requisito para a existência do casamento, pois requisito (ou elemento essencial) é aquele sem o qual não há o ato, e, em consequência, não admite exceções; por outro lado, não se pretenda afirmar que, se a vontade contínua não fosse elemento essencial do casamento, os juristas romanos não se preocupariam em excetuar a hipótese do louco e não pretenda isso, porque os jurisconsultos romanos, até com relação ao direito de propriedade (e ninguém assevera que o proprietário tem de ter a vontade contínua de sê-lo), diziam que continuava o louco a ser titular desse direito:

*"Qui furere coepit, et statum et ignitatem in qua fuit
et magistratum et potestatem uidetur retinere, sicut rei
suae dominium retinet"* (D. 1,5,20); e

c) há textos (D. 24, 2, 7; e 24, 3, 2) que declaram, taxativamente, que embora um dos cônjuges tenha enviado o *libellus diuortii* ao outro, se houver arrependimento dentro de breve espaço de tempo, o casamento - apesar da ausência da *affectio maritalis*, ao menos no momento em que um deles remeteu o *libellus diuortii* persiste; princípio esse que é incompatível com a tese da *affectio maritalis*.

Note-se, aliás, que Perozzi (*Istituzioni di Diritto Romano*, I, 2ª ed. - *reintegrazione* 1949 -, § 39, p. 324 e ss.), depois de afirmar que o casamento romano é um *status*, salienta que não há requisito para sua conservação, mas apenas para seu nascimento e para sua dissolução; e mais: que o casamento persiste ainda que haja ausência de vontade (como na hipótese de louco), só se dissolvendo (além, obviamente, da circunstância de morte) se há vontade contrária a que ele perdure"³⁶

3. Em 1970, Robleda³⁷ suscitou dúvidas sobre a doutrina do consentimento contínuo, no Direito Romano clássico, e procurou demonstrar que os argumentos de Volterra para sustentá-la se conciliam com a tese de que o

36. *Direito Romano*, p. 350-2, nota 735, Editor Borsari, Rio de Janeiro, 1966.

37. *El Matrimonio en Derecho Romano*, p. 130-44, Università Gregoriana Editrice, Roma, 1970.

matrimônio, no Direito Romano clássico, surgia do consentimento inicial dos nubentes, sem quaisquer formalidades, não dependia da persistência dele (*affectio maritalis*), e só extinguia por ato contrário, o divórcio, que independia de causa e de forma, podendo ser demonstrado por qualquer meio de prova. Observou Robleda que a circunstância de, automaticamente, transformar-se em justas núpcias a união contraída com algum obstáculo, desde que este cessasse e perseverasse o *consensus*, é fórmula que se encontra no *Codex iuris canonici* (c. 1139), e isso não obstante "um canonista não deduzirá daqui a continuidade do consentimento, acima descrita; todos pensam antes, no consentimento próprio de um pacto que conserva sua virtualidade, enquanto não se revogue com ato contrário",³⁸ que os textos que mostram que a existência do consentimento se pode deduzir de fatos habituais se explicam, sem necessidade da tese do consentimento continuado, como permitindo quaisquer meios de prova de consentimento inicial não revogado, tanto assim que esses textos se encontram no *Corpus Iuris Civilis*, e o próprio Volterra reconhece que no tempo de Justiniano não mais havia o requisito do consentimento continuado; que a plena liberdade de divórcio indica, apenas, que, no direito clássico, não havia formas solenes ou causas de divórcio, mas era preciso, qualquer que fosse o modo de provê-lo, ato contrário e sua manifestação; e que o fato de o segundo casamento poder importar divórcio com relação ao matrimônio anterior não significa que este extinguisse aquele por cessação do consentimento contínuo, mas que o segundo casamento podia substituir ou confirmar declaração de divórcio feita pelo *repudium* (comunicação expressa, por escrito ou oralmente, de vontade contrária). Por outro lado, pela necessidade de consentimento positivo contrário ao inicial e não pela mera cessação de consentimento contínuo (pelo qual o casamento se perfaz a cada momento), explica-se a razão por que o casamento não se extinguia por loucura superveniente³⁹ e o motivo pela qual a superveniência de impedimento, por vezes dissolvia o casamento anterior, por vezes não o extinguia (o extinguir-se, ou não, não decorria da concepção de consentimento contínuo, mas, sim, da vontade da lei: o consentimento inicial criava um vínculo que a disciplina legal rompia, como resulta do C. 5, 4, 28, 2 e 3)⁴⁰

38. Ob. cit., p. 132.

39. D. I., 6, 8, pr.; D. 23, 2, 16, 1; D. 24, 2, 4; Paul. Sent. 2, 19, 7.

40. "Taceat Papiae legis crudelissima sentio et neque per hunc modum dissolvatur matrimonium"

O valor dessas objeções - que já tinham sido objeto de crítica de Disalvio,⁴¹ e a que Robleda⁴² não deixou sem resposta - fez que Volterra considerasse necessário enfrentá-las. Em 1975, publicou ele, no volume XVII da terceira série do *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*,⁴³ o artigo *Precisazioni in tema di matrimonio classico*, onde, depois de sintetizar as dúvidas levantadas, por Robleda, procurou demonstrar que, partindo do pressuposto de que, para os juristas romanos clássicos, o casamento só existia com a presença de três requisitos positivos (a idade dos esposos, o *conubium* entre eles e a existência de vontade atual dos cônjuges, aferível por meio de qualquer elemento direto ou indireto, de quererem estar reciprocamente unidos em relação conjugal legítima). "é fácil verificar como o exame das duntas observações de Robleda confirma a noção que delineamos do casamento clássico e contribuem para precisá-la e para aprofundar a interpretação das fontes"⁴⁴ Analisa em seguida, um a um, os argumentos apresentados por Robleda. Observa, inicialmente, que, sendo diversas as concepções de matrimônio no Direito Romano clássico e no Direito Canônico, não se pode invocar o *canon* 1139 do *Codex Iuris Canonici* para estabelecer paralelo entre elas. Acentua, em seguida, que não lhe parece que a famosa passagem de Modestino (D. 23, 2, 24 "*In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum fecerit*") possa ser entendida de outro modo que não no sentido de que a habitual convivência com mulher livre, que não seja dada à prostituição, deva ser interpretada (desde que subsistam os outros elementos: a idade e o *conubium*) como *iustae nuptiae* e não como concubinato; e não se vê como se possa extrair das palavras do jurista romano a existência de um consentimento inicial não revogado. Nega, também, a tese de que, para a cessação do casamento, fosse necessário ato contrário de vontade devidamente manifestado, ainda que por parte de um só dos cônjuges, pois das fontes lhe parece deduzir-se que o casamento deixaria de existir no momento em que não subsistisse o *conubium* ou consentimento continuado dos esposos, sendo que, quanto a esse último, sua inexistência seria aferível por qualquer fato ou comportamento direto ou indireto.

41. Matrimonio e Diritto Romano, in *Index*, v. II (1971), p. 376-86.

42. Sobre el matrimonio in Derecho Romano, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, v. XXXVII (1971), p. 337-50.

43. P. 245-70.

44. Ob. cit., p. 252

Ademais, no tocante aos textos relativos à persistência do casamento apesar da loucura superveniente, procura demonstrar que o exame mais aprofundado desses textos se concilia com a concepção de casamento que sustenta para o Direito Romano clássico; afastando as duas sintéticas afirmações de Paulo, examina os dois textos (D. 24, 2; e D. 1, 6, 8) em que Ulpiano decide, a respeito, questões práticas, e salienta que, quanto ao primeiro, a circunstância de a louca poder ser repudiada, uma vez que ela *ignorantis loco habetur* (se tem como carecedora de conhecimento), demonstra que basta a cessação de vontade de um só dos cônjuges, sem a do outro, para romper o vínculo conjugal, e vontade essa que, no caso, é do esposo são, como resulta da frase pouco clara: *quod non tractaret de repudio, nisi constaret retineri matrimonium*; e, no concernente ao segundo texto, anota que dele se verifica que o casamento persiste porque se considerava que permanecia a vontade do demente (*uoluntatis reliquis in furiosis manentibus*), conclusão, aliás, que se ajustava à noção romana de doenças mentais (os *furiosi*, ao contrário dos *mente capti*, não eram atacados de mal incurável, mas somente temporário), e que correspondia, também, ao raciocínio dos juristas clássicos para decidir que persistia a posse *furiosus* (D. 41, 2, 27: *quia furiosus non potest desinere animo possidere* porque o louco não se pode perder a intenção de possuir). Por outro lado, no que diz respeito aos textos que aludem à formação de um segundo casamento se referem a repúdio prévio (assim, Cícero, *De oratore*, I, 40, 183 e I, 56, 238, e Gaio, I, 63), detém-se Volterra na análise de uma constituição de Valeriano e Galieno que é reproduzida em duas passagens do Código (C. 5, 3, 5; e C. 9, 9, 18), sustentando que, na hipótese examinada por essa constituição, o primeiro casamento persistia exclusivamente porque o segundo não demonstrava que o homem tivesse a intenção de desfazer o primeiro, tanto assim que, para contrair aquele, se apresentara como solteiro (*ficto coelibatu*), persistência essa que impedia que constituísse validamente o segundo matrimônio, em conformidade, aliás, com a concepção da necessidade do consentimento continuado. Acrescenta, ainda, Volterra que nem sequer o texto de Quintiliano - Decl., 347, 8 (9) - se contrapõe a essa concepção, pois, não obstante o marido tido como morto matasse, como adúltera, a mulher que contraíra novas núpcias, sob a alegação de que o casamento anterior persistia, visto como não fora extinto pelo repúdio ou pela morte de um dos cônjuges, do exame de toda a *declamatio* se verifica que "o princípio que o marido invoca para excusar-se do crime de homicídio é conforme ao princípio monogâmico romano e não exclui, absolutamente, de quanto resulta das passagens citadas de Cícero e dos juristas,

que o matrimônio pode ser extinto com a cessação da vontade continuada ainda que de um só dos cônjuges"⁴⁵; o ponto central da defesa do marido assassino estaria em demonstrar que este, ao matar, acreditava que seu casamento perdurava, não tendo conhecimento do segundo e parecendo, exteriormente, não mudada sua condição conjugal. E, ao encerrar esse artigo, Volterra, declarando que, graças a Bickerman, teve sua atenção despertada para a narração de Tácito (*Anais*, XI, 26 e segs.) do casamento de Messalina com Sílio, examina esse episódio, e conclui que, em seu entender, é um "decisivo testemunho literário antigo" da tese por ele sustentada⁴⁶

Em 1977, Huber publicou, devidamente remanejada, a tese *Der Ehekonsens im Römischen Recht*, que apresentara, no semestre de inverno 1971/1972, à Universidade Gregoriana de Roma para a obtenção do título de doutor em Direito Canônico. Nela, desenvolveu ele as objeções de Robleda à concepção de consentimento continuado no casamento romano clássico, o que deu margem à crítica de G. Longo, em artigo - "Ancora sul matrimonio romano (a proposito del volume de Josef Huber)" publicado em *Studia et Documenta Historiae et Iuris*.⁴⁷

Voltou à carga Volterra, em trabalho⁴⁸ que foi inserido no livro *De Iustitia et Iure, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*,⁴⁹ e no qual, sentindo a necessidade de reforçar a defesa da concepção do consentimento contínuo, trouxe à discussão mais um texto (C. V. 17,6), que, segundo ele, tem sido interpretado diferentemente por não o terem os intérpretes examinado sob essa ótica.

Mais recentemente, em 1986, Pugliese, embora seguindo a teoria de Volterra, reconhece que o tratamento dado ao matrimônio do *furiosus* demonstra "o caráter não rigoroso da orientação jurisprudencial que exigia a vontade matrimonial contínua"⁵⁰ Nesse mesmo sentido, manifestou-se, em 1989, Talamanca, que chega a dizer que "do que resulta das fontes parece que a categoria do consentimento continuado encobre uma realidade muito mais limitada"⁵¹

45. Ob. cit., p. 261.

46. Ob. cit., p. 270.

47. V. XLIII (1977), p. 459-80.

48. *Ancora sulla struttura del matrimonio classico*.

49. P. 147-53.

50. *Istituzioni di Diritto Romano*, Parte Seconda, p. 429, Piccin, Padova, 1986.

51. *Istituzioni di Diritto Romano*, I, n. 40, p. 140, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1989.

4. Examinemos a longa defesa que, em 1975, fez Volterra de sua tese em face das observações de Robleda.

Robleda, ao invocar o *canon* 1139, § 1, do Código Canônico quanto à necessidade da persistência do consentimento (*dummodo consensu perseueret*) para que se sanem vícios do casamento anteriormente contraído, o faz com o propósito de demonstrar que essa persistência pode ter no *canon* e ninguém nega que o casamento canônico resulta de consentimento inicial e não de consentimento continuado - o mesmo sentido dos textos romanos,⁵² ao acentuarem que, cessado o obstáculo ao casamento, este surge, se o casal *in eadem uoluntate perseuerat* (também no direito canônico, cessado o óbice ao casamento, não é necessário novo consentimento, se o anterior não foi revogado por ato contrário). Por isso - observa Robleda -, esses textos romanos continuaram válidos no direito pós-clássico, em que, como reconhece o próprio Volterra, se exigia, apenas, o consentimento inicial. Ora, para afastar essa objeção, seria mister que se demonstrasse que tais fontes romanas somente são compatíveis com a tese de que o casamento exige consentimento continuado, sendo ela prova inequívoca. Volterra tenta fazê-lo, observando que, pela concepção romana clássica, o matrimônio não se contrai mediante a só manifestação de vontade dos cônjuges sem que haja impedimento, mas as *iustae nuptiae* se apresentam como a união conjugal entre duas pessoas de sexo diverso com a subsistência atual dos requisitos positivos que são a idade mínima, o *conubium* e a vontade dos cônjuges, o que significa que sem um desses requisitos as *iustae nuptiae* não são consideradas nulas ou anuláveis, mas simplesmente inexistentes. Essa resposta teria peso se, no Direito Romano clássico, o consentimento inicial e o consentimento continuado, em matéria de casamento, não fossem ontologicamente diferentes, mas ao contrário, aquele fosse apenas o momento inicial deste. Não é isso, porém, o que ocorre. Com efeito, o *alieni iuris*, para contrair casamento, necessitava de que seu consentimento fosse completado pelo *auctoritas* do *pater familias*, como declaram os textos, genuinidade que ainda não foi abalada por tentativas de demonstrá-los interpolados: D. 23, 2, 2 ("*Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt*") e as Regras de Ulpiano 5, 2 ("*Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina uiri potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sint, aut etiam parentes eorum, si in potestate sint*").

52. Assim, por exemplo, D. 23, 2, 65.

Neste último, encontram-se reunidos os três requisitos que, segundo Volterra, seriam necessários para que o casamento fosse *iustum*. Ora, a *auctoritas* só se dá no momento inicial do matrimônio, como resulta de um texto incorreto, mas que traduz princípio clássico (Paulo, *Sent.* 2, 19, 2: "*Eorum qui in potestate patris sunt sine uoluntate eius matrimonia iure non contrahuntur, sed contracta non soluuntur*"). Não fora assim, e o casamento seria dissolvido se, a qualquer momento, a *auctoritas* fosse retirada, o que não encontra nenhum apoio nas fontes romanas. Portanto, para o objeção de Volterra ser correta, necessário se faria que também a *auctoritas* fosse continuada, pois somente dessa forma, no momento em que o *conubium* surgisse, o consentimento dos nubentes e a *auctoritas* a ele se reuniriam para que as *iustae nuptiae*, até então inexistentes, pudessem surgir. Sendo, ao contrário, a *auctoritas* inicial, o *si in eadem uoluntate perseuerat* a abarca, porque ela é requisito essencial das *iustae nuptiae*, esboroando-se, portanto, o engenhoso argumento de Volterra, o qual, ademais, já encontrava obstáculo na observação, de Robleda, de que os textos clássicos continuavam válidos no direito pós-clássico, quando o consentimento para o matrimônio era apenas o inicial. E - note-se - os próprios juristas clássicos empregavam expressão semelhante para traduzir a subsistência do consentimento inicial vinculante até a ocorrência de ato contrário a ele. É Gaio⁵³ que, depois de colocar a *societas* entre os contratos consensuais, acentua: "*manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseuerant. At cum aliquis renuntiauerit societati, societas soluitur*" Contrato que exige consentimento continuado? Evidente que não. Contrato que persiste enquanto qualquer das partes não pratica ato contrário: a *renuntiatio*. O mesmo, aliás, se dá na doação entre cônjuges, proibida nos fins da república, mas, de acordo com uma *oratio*⁵⁴ de Sétimo Severo e de Caracalla (206 d. C.), tornada válida se o cônjuge doador morre sem tê-la revogado. Os textos, a propósito, aludem a *in eadem uoluntate perseuerare*⁵⁵ ou a *durante uoluntate*⁵⁶, ou, ainda, a *durauerit uoluntas*.⁵⁷ Também, nesse caso, não há vontade continuada, mas, apenas, possibilidade de revogação, que só ocorre se o doador tiver manifestado em vida vontade de revogar a doação, como resulta, inequivocamente, de texto atribuído

53. *Institutas* 3, 151.

54. D. 24, 1, 32, 1 e 2.

55. C. 5, 16, 1; C. 5, 16, 3 (constituições imperiais dos anos 212 e 213, respectivamente).

56. D. 24, 1, 23.

57. D. 24, 1, 32, 22.

a Ulpiano (D. 24, 1, 32, 1 e segs.). O que implica dizer que há necessidade de ao contrário, como decorre, também, de constituições imperiais de 229 e 291 d. C..⁵⁸

Por outro lado, é mera petição de princípio a resposta, de Volterra, de que não vê como se possa extrair das palavras de Modestino (D. 23, 2, 24 - "*In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum fecerit*") a existência de consentimento contratual inicial não revogado, sendo elas, ao contrário, prova inequívoca de que há necessidade, no momento em que se faz a verificação, do consentimento recíproco dos cônjuges. Esse texto, como bem acentua Robleda não demonstra necessariamente o caráter contínuo do consentimento, mas estabelece simples presunção de casamento, que se ajusta, igualmente, à concepção de que ele decorre de consentimento inicial e perdura enquanto não há divórcio, como, aliás, sucede com referência à presunção resultante, em sistemas jurídicos modernos, da posse do estado de casado. Tem também razão Robleda quando adverte que a plena liberdade de divorciar existente no Direito Romano clássico não se opõe à concepção de que, para dissolver-se o matrimônio, seria necessário ato contrário - ainda que independente de forma e de causa - ao que lhe dera início.

Menos convincente, ainda, é a resposta que Volterra pretende dar à argumentação de que a não-cessação do casamento em virtude da superveniência da loucura de um dos cônjuges é incompatível com o requisito do consentimento continuado, que pressupõe que o matrimônio se esteja realizando em cada momento, mas se ajusta perfeitamente ao entendimento de que o casamento romano clássico só se dissolve por ato positivo contrário ao consentimento inicial. Deixa Volterra de lado as duas afirmações atribuídas a Paulo - D. 23, 2, 16, 1;⁵⁹ e *Sent.* 2, 19, 7⁶⁰, por demasiado sintéticas, e se dispõe a demonstrar, do exame analítico das outras duas passagens citadas também por Robleda (D. 24, 2, 4 e D. 1, 6,8), que delas se pode retirar o pensamento dos juristas clássicos, o qual se ajusta à noção, por ele sustentada, de *iustae nuptiae*, e, portanto, à necessidade do consentimento continuado. Sucede, porém, que da análise do primeiro desses textos (D. 24,2,4), que diz respeito à questão, posta por Juliano, de saber se a esposa *furiosa* pode repudiar

58. C. 5, 15, 2 e C. 5, 16, 15.

59. "*Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est, sed recte contractum non impedit*"

60. "*Neque furiosus neque furiosa matrimonium contrahere possunt, sed contractum matrimonium furore non tollitur*"

ou ser repudiada, Volterra, da frase final ("*quod non tractaret de repudio, nisi constaret retineri matrimonium*"), que reconhece pouco clara e decorrente talvez de imperfeição da tradição manuscrita, conclui que ela parece exprimir que "*se pode falar de repúdio só se resulta que o matrimônio se conserva*"⁶¹ o que "*confirmaria o que decorre do início do fragmento: que a dissolução ou a manutenção do casamento depende da vontade do cônjuge que permanece são da mente*"⁶² Ora, se essa frase final acentua que o casamento não se dissolve com a loucura, quer isso dizer que, para a sua manutenção, não se exige necessariamente a continuação da vontade de um dos cônjuges (o *furiosus*), o que é incompatível com a tese do consentimento contínuo, que pressupõe a permanência da vontade de ambos os cônjuges. Quanto ao segundo texto (D. I, 6,8), que concerne à *patria potestas* do *furiosus*, acentua Volterra, com base em duas passagens nele constantes "*furiosus licet uxorem ducere non possit, retinere tamen matrimonium potest*" e "*quasi uoluntatis reliquiis in furiosis manentibus. Nam cum consistat matrimonium altero furente, consistet at utroque*" -, que elas permitem a reconstrução do pensamento dos juristas clássicos, pois, da situação de fato dessa união conjugal não se evidenciava a cessação do consentimento recíproco, mas apenas a impossibilidade, da parte do demente, de formular e de exprimir direta ou indiretamente sua vontade, razão por que não se podia saber se teria cessado (*uoluntatis reliquiis in furiosis manentibus*) a vontade do demente ou do cônjuge são, conclusão que se impunha pela noção dos romanos sobre as doenças mentais: "*os furiosi, diferentemente dos mente capti, não seriam atingidos por um mal incurável, mas somente temporário*"⁶³ Aliás prossegue Volterra, esse raciocínio de Ulpiano corresponde ao dos juristas clássicos para afirmar a continuação da posse do *furiosus* (D. 41, 2, 27: *quia furiosus non potest desinere animo possidere* - "porque o louco não pode perder a intenção de possuir"). E arremata Volterra que, faltando nos textos citados, de modo absoluto, a consideração de que o casamento só permanece enquanto o cônjuge são ou o *pater familias* do demente não enviarem o repúdio ao outro, as decisões dos juristas quanto ao matrimônio do *furiosus* confirmam a tese da necessidade do consentimento continuado, pela qual a dissolução do casamento não depende de ato

61. Precisazioni in tema di matrimoni classico, in *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, v. XVII da terceira série, p. 255.

62. Idem, *ibidem*.

63. Idem, p. 257.

contrário, mas basta "a verificação, com base em elementos diretos ou indiretos, da cessação do consentimento mesmo":⁶⁴

Como se vê, o que, em síntese, Volterra pretende é que, para os juristas clássicos, como resulta da frase "*quasi uoluntatis reliquiis in furiosis manentibus*", o *furiosus* conservava "restos de vontade" e, graças a eles, o consentimento persistia, mantendo-se, pois, o casamento, o que ocorria também com relação à posse.

Sucede, porém, que, em primeiro lugar, Volterra deixa de responder à observação que Robleda, de antemão, fizera a respeito dessa mesma frase, ao escrever em nota à assertiva de que "*o matrimônio não se dissolve pelo fato da demência, se bem que o demente haja cessado de querer seu casamento, ou seja, haja cessado de poder continuar a dar-lhe vida com a qualidade de consentimento que para isso requer*".⁶⁵

*"Digo isso, porque aquelas uoluntatis reliquiae que Ulpiano diz permanecer no demente (quasi uoluntatis reliquiis in furiosis manentibus: D. 1, 6, 8 pr.) evidentemente não bastem para dar vida ao matrimônio com seus direitos e obrigações. Se, pois, esses direitos e obrigação não houvessem surgido em virtude do consentimento inicial, e só devido a ele (inicial, não-revogado) perseverassem, não se explicaria sua existência, uma vez que a partir do momento da demência a produção dos mesmos não se pode seriamente admitir"*⁶⁶

Em segundo lugar, e ao contrário do que se dá com os textos que se contrapõem à sua concepção, não se preocupou Volterra em refutar a tese de Beseler⁶⁷, acolhida por Albertario⁶⁸, de que as expressões *quasi uoluntatis reliquiis*

64. Idem, ibidem.

65. Ob. cit., p. 134.

66. Ob. cit., nota 196, p. 134-5.

67. *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, p. 2, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1911.

68. *Conceptus pro iam nato habetur*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, ano XXXIII, p. 9, nota 1.

in furiosis manentibus são interpoladas, sob o fundamento de que "*quasi-manentibus* não é somente um sofisma, mas não se ajusta à concatenação das idéias". Ademais, esse texto não se concilia com a parte genuína⁶⁹ da passagem de Pompônio no D. 50, 17, 40 ("*Furiosi ... nulla uoluntas est*").

Em terceiro lugar, as afirmações, de Volterra, de que os juristas clássicos "eram, portanto, induzidos a considerar que também a vontade do demente, como a do cônjuge são, não terminasse (*uoluntatis reliquiis in furiosis manentibus*) e, na verdade, que perdurasse o consenso e conseqüentemente o matrimônio"⁷⁰ e que "esta conclusão, que se conciliava com a sua concepção de *iustae nuptiae*, se impunha também pelas suas noções sobre moléstias mentais, pelas quais consideravam que os *furiosi*, à diferença dos *menti capiti*, não fossem atingidos por mal incurável, mas que este fosse somente temporário"⁷¹ deixam de lado, inclusive, a circunstância de que é extremamente discutida a distinção, no direito clássico, entre *furiosus* e *mente captus*. Aliás, o próprio Volterra reconhece que "é controvertida entre os estudiosos qual fosse a noção jurídica do louco no Direito Romano"⁷², esclarecendo:

*"Segundo alguns, dever-se-ia distinguir o furiosus do mente captus ou demens: o critério distintivo entre uns e outros estaria baseado no fato de que o furiosus tem lucidi interualli: os segundos, não. Para outros, os furiosi seriam os loucos agitados, ao passo que os mente capti seriam os fracos da mente. Uma terceira teoria que identificar a demência como a monomania. Alguns consideram que os compiladores justinianeus teriam introduzido o critério dos intervalos lúdicos para distinguir os furiosi dos mente capti"*⁷³

69. Cfe. Nardi, *Squilibrio e Dificienza Mentale in Diritto Romano*, p. 167, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983.

70. Ob. cit., p. 256.

71. Ob. cit., p. 256-7.

72. *Istituzione di Diritto Privato Romano*, § 26, p. 111, Edizioni Ricerche, Roma, 1961.

73. Idem, ibidem.

E, finalmente, em quarto lugar, no tocante à aproximação dessa questão com a da continuação da posse pelo *furiosus* (D. 41, 2, 27), porque este "non potest desinere animo possidere", é de considerar-se que esse texto não demonstra que, para a conservação da posse, era necessário o *animus* continuado (que pressupõe que tal elemento subjetivo persista com as características com que se iniciou), mas, sim, que a permanência da posse *animo* decorria apenas de não ter o louco vontade para deixar de possuir.

Quanto às observações de Robleda a respeito de que a dissolução do casamento, no período clássico, pela superveniência da *captivitas* e a não-dissolução dele, no período pós-clássico, pela mesma causa, podem ser explicadas, também, pela mudança de disciplina jurídica nesses períodos, decorrente de motivos outros que não o da necessidade do consentimento continuado no período clássico e do consentimento inicial no período pós-clássico, Volterra,⁷⁴ ao invés de procurar demonstrar que essa interpretação de Robleda é inadmissível, se adstringe a afirmar que, em seu entender, para os juristas clássicos a falta de *conubium* não era superveniência de impedimento que tornasse nulo o casamento romano, mas um dos casos de seu término por desaparecimento de um de seus elementos essenciais. Ora, Robleda não nega que essa possa ser uma das interpretações admissíveis - e interpretação que se estenderia ao elemento consentimento, para exigi-lo permanente -, mas acentua que isso, no direito clássico, em face mesmo dos textos, poderia decorrer de outras causas que não esta, o que, se é certo que não invalida a primeira interpretação, lhe tira a força de ser prova irresistível da necessidade do consentimento continuado para o casamento romano clássico.

5. O ponto, porém, em que me parece mais vulnerável a defesa de Volterra é o relativo aos textos jurídicos e literários referentes à não-dissolução do primeiro casamento pelo segundo. Não há dúvida alguma de que, para a teoria do consentimento continuado, é indispensável que o casamento posterior dissolva, sem divórcio ou repúdio prévios, o casamento anterior, pois, com aquele, cessa a continuação do consentimento que é elemento essencial deste. A recíproca, necessariamente, tem de ser verdadeira: o casamento anterior não pode impedir o casamento posterior, que apenas não passa a coexistir com ele, mas o extingue. Não

74. Precisazioni in tema di matrimonio classico, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, v. XVII da terceira série, p. 257.

fora assim, como é que o casamento posterior, sem mais, poderia extinguir o anterior, se este impedia que aquele surgisse?

Robleda, a esse respeito, não segue essa colocação lógica, porque dá por assente que tem razão Volterra, quando afirma que o segundo casamento podia implicar divórcio com relação ao anterior. Mas, na sua linha de levantar dúvidas ao acerto da tese do consentimento contínuo, sustenta que isso pode também ser argumento em favor de que o segundo casamento é tido como modo de substituir ou de confirmar o divórcio, por implicar vontade contrária à que lhe deu início, coadunando-se assim com a tese de que o casamento romano não exigia consentimento continuado, mas apenas consentimento inicial, que, para ser desfeito, necessitaria de vontade posterior a ele contrária, o que poderia decorrer também do segundo matrimônio.

Nesse ponto, todavia, a questão a enfrentar é a de saber qual das duas proposições seguintes - que se excluem reciprocamente - é a verdadeira: a existência do primeiro casamento impede que validamente surja o segundo; ou este implica a necessária dissolução daquele. Se verdadeira a primeira dessas proposições, constituirá ela objeção intransponível à teoria do consentimento contínuo; se a segunda, não implicará ela argumento decisivo para nenhuma das duas teses, pois a dissolução tanto pode resultar da cessação do consentimento continuado, quanto ter-se como conseqüência de o segundo matrimônio servir de modo de substituição ou de confirmação do divórcio.

Não há nenhum texto, jurídico ou extrajurídico, que declare que o casamento, no Direito Romano clássico, se dissolvia só pelo fato de um dos cônjuges contrair novo matrimônio. Ao contrário, no *Digesto* se encontra fragmento atribuído a Paulo (D. 24, 2, 1) que enumera as principais causas de dissolução do casamento ("*Dirimitur matrimonium diuortio morte captivitate uel alia contingente seruitute utris eorum*"), não incluindo entre elas a superveniência de novo casamento por um dos cônjuges. Como observa Orestano que retira de sua omissão sobre a conveniência dos cônjuges argumento de que esta não era requisito para a permanência do casamento romano, embora esse texto não esteja imune à suspeita de interpolação, não parece fácil explicar a razão por que, se os juristas justinianeus o tivessem alterado para retirar dele os requisitos só exigidos no direito clássico (assim, o da conveniência; e, do mesmo modo, o do consentimento continuado, cujas faltas acarretariam a dissolução do casamento), não houvessem também eliminado a alusão à *captivitas*, que, em seu tempo, não era causa dessa dissolução. Aliás, a não

retirada da menção à *captiuitas* foi que levou autores, como Albertario e D'Ercole, a sustentarem o classicismo desse texto.⁷⁵ E não se pretenda, por outro lado, que ele, ainda que de teor clássico, por haver omitido outras causas de dissolução do matrimônio, como o incesto superveniente (D. 23, 2, 67, 3) e a deportação, poderia igualmente ter silenciado a perda da *affectio* em virtude de novo casamento, pois esta hipótese, evidentemente, ao contrário das acima aludidas, não só deveria ser mais freqüente do que ambas, mas dizia respeito a elemento inerente ao matrimônio. Em matéria de posse, os juristas romanos não deixam de tratar dos requisitos dela, quer no tocante ao seu início, quer no concernente ao seu término.

Em contrapartida, há textos jurídicos e extrajurídicos que se opõem à tese de que o casamento posterior dissolve o anterior independentemente de divórcio ou de repúdio.

Gaio, nas *Institutas* I, 63, tratando das pessoas que não podem casar umas com as outras, sob pena de contraírem *nefarias incestas nuptias*, assim alude à ilegitimidade do casamento (*uxorem ducere non licet*) com sogra ou nora, bem como com enteada ou madrastra:

"Item eam quae mihi quondam socrus aut nurus aut priuigna aut nouerca fuit. Ideo autem diximus 'quondam', quia si adhuc constant esse nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere"

E, imediatamente depois, referindo-se inequivocamente a todas essas hipóteses em que faltava *conubium* entre as pessoas, dava a conseqüência jurídica se, apesar disso, se unissem: não surgia casamento legítimo ("*Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere uidetur neque liberos*").

Essa passagem está inserida em contextos das *Institutas* no qual Gaio trata da falta de *conubium* entre determinadas pessoas ("*Non tamen omnes nobis uxores ducere licet: nam a quarundam nuptiis abstinere debemus*"). A afinidade na linha reta existente entre sogro e nora, ou sogra e genro, ou padastro e enteada, ou madastra e enteado, impedia a constituição de casamento legítimo entre esses afins depois de dissolvido o matrimônio em decorrência do qual surgia esse parentesco.

75. Cf. Orestano, ob. cit., p. 86, nota 234.

Por isso, refere-se Gaio ao elemento temporal *quondam*, que implica hiato entre a dissolução do matrimônio anterior e o momento em que se pretenderia a constituição de casamento legítimo entre essas pessoas. Nesse caso, o fato impeditivo dessa nova união legítima seria apenas a existência, outrora, da afinidade que decorrera do casamento anterior já dissolvido. Colocou-se, porém, diante de Gaio o mesmo problema com uma diferença temporal: a de o matrimônio entre um dos afins não estar dissolvido, e apesar disso pretender ele unir-se legitimamente ao outro. À hipótese do *quondam* se contrapunha a do *si adhuc constant eae nuptiae*. Essa questão se apresentaria a Gaio, exigindo dele a distinção que fez, se o segundo casamento necessariamente dissolvesse o primeiro? É claro que não, pois, ainda nesse caso, o fato impeditivo do segundo matrimônio seria a preexistência da afinidade.⁷⁶ Ela, no entanto, se colocaria - como se colocou - diante de Gaio, se o segundo casamento não dissolvesse o primeiro, pois, nesse caso, só haveria esta alternativa: ou ambos os matrimônios coexistiriam, ou a existência do primeiro impediria o surgimento do segundo. O problema se deslocava, portanto, para um fator impeditivo oponível a quaisquer pessoas, independentemente de se examinar a posição de cada uma delas em face do parentesco entre ambas: o princípio monogâmico, que impede que, existente um casamento, se contraía outro, coexistindo ambos. Donde a conclusão rigorosamente lógica de que, enquanto não fosse dissolvido o primeiro casamento, não se poderia contrair o segundo.

Para fugir dessa conclusão e salvar a tese do consentimento continuado, seria necessário imaginar que Gaio, com a frase "*si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est*", pressuporia a hipótese de o genro querer continuar casado com a filha de sua sogra e ter a esta também como esposa do segundo casamento, pois, assim, persistindo o consentimento para a manutenção do primeiro, o segundo não o dissolveria, mas, ou com ele coexistiria, ou por ele seria impedido de surgir. Sucede, porém, que Gaio não estava tratando da possibilidade, ou não, da coexistência de dois casamentos, para, genericamente, esclarecer que o segundo não poderia constituir-se por causa do princípio monogâmico, mas examinando especificamente a afinidade como fator impeditivo de novo matrimônio, sem qualquer consideração de possibilidade, ou não, de coexistência entre o anterior

76. É o que resulta da parte que não é tida como interpolada do D. XII, 7, 5, pr., e que vem explicitada no § 1º, que, como pretende Beseler (*Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, vol. III, p. 86, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1913), parece ser paráfrase do início do fragmento.

e o posterior, o que, evidentemente, não pode permitir que da expressão "*si adhuc constant eae nuptiae*" se extraia o sentido de que ela traduz a intenção de se manter o primeiro casamento e se contrair o segundo, para que ambos coexistam. Aliás, seria absolutamente ilógico que Gaio distinguisse, com base num elemento temporal (*quondam*), hipóteses que, entre si, diferiam sob ângulo diverso: o da dissolução já ocorrida do primeiro matrimônio em contraposição à intenção de coexistência de dois matrimônios contraídos em épocas diversas. E mais: seria inconcebível que Gaio deslocasse o problema para esse enfoque diverso e deixasse, em suspenso, a hipótese que seria comum da dissolução do primeiro casamento pelo segundo, hipótese essa que, por ser de dissolução instantânea, pressupõe que "*adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est*", e não que a afinidade tenha resultado de matrimônio já dissolvido outrora (*quodam*), até porque a verificação da ocorrência do fator impeditivo do segundo casamento necessariamente lhe precede, e, sem que este surgisse, o anterior, pela concepção do consentimento continuado, não se dissolveria.

Juliano (D. 3, 2, 1) nos dá a conhecer uma passagem do Edito do Pretor, a qual ele assim transcreve, na parte que nos interessa:

*"Infamia notatur ... quiue suo nomine non iussu eius
in cuius potestate essent, eiusue nomine quem quamve in
potestate haberet bina sponsalia binassue nuptias in
eodem tempore constitutas habuerit"*

Essa referência não pode ser tida como interpolada porque é atestada em constituição de Diocleciano que se encontra no título *De incestis et inutilibus nuptiis* do Código (C. V, 5, 2), na qual se lê:

*"Neminem, qui sub dicione sit Romani nominis, binas
uxores habere posse uuglo patet, cum et in edicto
praetoris huiusmodi uiri infama notati sint"*

Vários autores têm observado que a simples menção, no Edito, à pena de infâmia cominada ao que se apresenta na situação ali descrita (*binas nuptias constitutas*) demonstra que a celebração de um casamento, *ipso facto*, não dissolve o anterior. Sollazi, a propósito, assim se exprime: "*A intenção de divorciar - o animus perpetuam constituendi dissensionem do D. 24, 2, 3, sobre o qual se confira Pringsheim, ZSS, 42 (1922), 283 - não podia manifestar-se com a só passagem a*

novas núpcias, sem uma precedente declaração (vide, todavia, Cic. de orat. I, 40, 183; 56, 238), porque, de outro modo, não se verificaria jamais o caso contido no Edito (D. 3, 2, 1; cf. C 5, 5, 2; 9, 9, 18) das binae nuptiae eodem tempore constitutas"⁷⁷ E Perozzi salienta: "A informação recordada a p. 322, n. 3, de Cícero De Orat. I, 40, 56, em que certos juristas veriam expressa a vontade de divorciar no contrair um novo matrimônio contrasta com a infâmia infringida a quem contrai outras núpcias, perdurando o casamento anterior"⁷⁸

A objeção de que, se o segundo casamento dissolvesse o primeiro, a hipótese do Edito jamais se verificaria (à semelhança, aliás, do que demonstramos com o texto de Gaio em que, se isso ocorresse, não havia razão para distinguir a afinidade passada da afinidade presente, por ocasião do novo matrimônio), é, em si mesma, incontornável. Para fugir dela, Volterra, já em antigo escrito seu (*Per la storia del reato di bigamia*),⁷⁹ foi obrigado a supor que o que o Pretor pretendia com a imposição da infâmia era punir a má-fé do que, dolosamente, desrespeitasse o princípio monogâmico, fazendo surgir uniões matrimoniais de fato que deixariam em dúvida a sociedade quanto à exata posição jurídica do mesmo. Eis as palavras que, a propósito, então escreveu:

"Se nós, porém, lermos atentamente o texto do Edito e os comentários relativos conservados no título D. de his qui notantur infamia 3, 2, veremos como o Pretor não se baseava na existência jurídica de dois matrimônios contemporâneos, mas exclusivamente perseguia o fato de constituir ou de procurar constituir ao mesmo tempo duas uniões estáveis, contínuas, ainda que se tratasse de uniões que juridicamente não podiam ser consideradas iustae nuptiae. A infâmia pune aqueles que desrespeitam o princípio monogâmico, fazendo surgir mais uniões matrimoniais de fato (na verdade não sendo juridicamente tais), de modo que deixassem em dúvida a sociedade de sua exata posição jurídica e de

77. Studi sul Divorzio, in *Scritti di Diritto Romano*, III, p. 37, nota 11, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1960.

78. Ob. cit., v. I, p. 367, nota 2.

79. In Studi in Memoria di Umberto Ratti, p. 389-447.

*modo que a trouxesse dolosamente em engano. Compreende-se que ainda neste campo o que se quer perseguir é sobretudo a má-fé e compreende-se ainda como a cominação da infâmia não impede que o mesmo ato possa por vezes cair sob a figura do adultério ou do incesto".*⁸⁰

Sucede, porém, que a suposição de Volterra, além de não encontrar elementos de apoio no texto do Edito nem nos comentários que lhe fez Ulpiano (D. 3, 2, 13, 1 a 4), entra em choque com eles. Com efeito, observa Ulpiano (D. 3, 2, 13, 3) que também é castigada com a pena da infâmia a mulher que, após haver contraído esponsais com um, se casou com outro, hipótese em que, evidentemente, não há que se falar em má-fé para ludibriar a sociedade sobre a posição jurídica dessa mulher. Mas, não é só. O mesmo Ulpiano (D. 3, 2, 13, 4) declara que, segundo o Edito, como o que se censura é o fato em si mesmo, também incorre na infâmia o que contraiu núpcias ou esponsais com mulher com a qual não poderia, ou não seria lícito, casar-se, o que implica dizer que não se levava em consideração elemento subjetivo (má-fé); ademais, a alusão a essa hipótese de o segundo casamento ser ilegítimo em decorrência de proibição de que resultasse a ausência de *conubium* entre os contraentes só se explica como esclarecimento de que nela também ocorria o que se verificava normalmente quando não houvesse, para impedir a constituição do segundo matrimônio, outro fator obstativo que não a violação do princípio monogâmico.

Aliás, é de observar-se que, na hipótese das *binae nuptiae*, constituição de Valeriano e Galieno, do ano 258 d. C., que está reproduzida, em partes diversas, em dois textos do Código (5, 3, 5; e 9, 9, 18), demonstra, no último desses fragmentos, que o segundo casamento é nulo pelo fato de não ser possível contrair vários matrimônios concorrentemente. Com efeito, esse texto declara que o homem que teve duas esposas é punido com a infâmia, e, como o que então se pune é a intenção e não o fato de ser proibido contrair vários casamentos, se a segunda mulher estiver de boa-fé por haver o homem, que continuava casado na província, simulado o celibato, a acusação de *stuprum* só se fará contra ele e não contra ela que julgava ser esposa legítima. Embora haja interpolações nesse texto, elas não o

80. Ob. cit., p. 421.

atingem na parte de que decorre que o segundo casamento é nulo apenas pela proibição de se contraírem vários matrimônios (princípio monogâmico), tanto assim que ele declara que a pena de infâmia se comina, não pela circunstância objetiva dessa proibição, mas pela má-fé: "... *in ea (infamia) namque re non iuris effectus, quo ciues nostri matrimonia contrahere plura prohibentur, sed animi destinatio cogitur*" À observação de Robleda de que esse texto demonstra que o segundo casamento não dissolve o primeiro, responde Volterra que, no caso, essa dissolução não ocorre somente porque o homem e a primeira mulher queriam preservar o matrimônio deles, o que impedia àquele que desse seu consentimento para contrair o segundo casamento, que, não surgindo por falta do indispensável *consensus*, não dissolvia o casamento anterior. Ocorre, porém, que Rasi⁸¹ já observava que o texto alude, para caracterizar a má-fé do homem, a *ficto caelibatu* e não a *ficta affectione*, donde, com base nele, não se poder pretender que o segundo matrimônio inexistiria por falta do consentimento inicial. A ilegitimidade dele decorria tão-só da existência do anterior (*ficto caelibatu*), que, ao invés de ser dissolvido por ele, lhe impedia a constituição.

Esses textos jurídicos - deixam-se de lado outros em que a alegação da existência de interpolações, ainda que muitas vezes altamente discutíveis, pode tornar duvidosa sua valia para o Direito Romano clássico - mostram que, no período clássico, a existência do primeiro casamento impedia o segundo, não sendo este, portanto, causa da dissolução necessária daquele pela cessação do requisito do consentimento contínuo, ou modo de substituição do divórcio.

Há, porém, dois textos de Cícero (*De Orate*, I, 40, 183; e I, 56, 238) que demonstram que, em época anterior à dele (*quod usu memoria patrum uenit*), havia dúvida sobre se, para a dissolução do primeiro casamento, era necessário divórcio formal ou se a constituição do segundo casamento o supriria. Narra ele que um homem, deixando sua mulher grávida, partiu da Espanha para Roma; ali tornou a casar, sem divorciar-se formalmente da primeira esposa (*neque nuntium priori remisisset*). Teve ele filho de uma e de outra mulher e, ao morrer *ab intestato*, surgiu a questão de saber qual o *status* da segunda consorte e de seu filho, para que se decidisse sobre a herança. Como não houvera divórcio formal, se se julgasse insuficiente o novo matrimônio para dissolver o anterior, a segunda esposa seria considerada concubina ("*si iudicaretur certis quibusdam uerbis, non nouis nuptii*

81. Ob. cit., p. 199-200.

fieri cum superiore diuortium, in concubinae loco duceretur"). E o próprio Cícero informa, mais adiante (I, 56, 238), que essa causa (note-se que ele não diz que se tratava de questão em aberto) a relativa à criança nascida de uma segunda esposa sem que a primeira tivesse sido formalmente repudiada - deu margem a grande controvérsia entre os mais notáveis juriconsultos. Ainda que Cícero não tenha notificado qual a opinião que prevaleceu e que seria a observada em seu tempo, o que é certo é que a forma por que é colocada a discussão nesses textos é incompatível com a concepção do consentimento contínuo. Com efeito, como salienta Cícero, o que se discutiu, para se saber qual o *status* da mulher do segundo casamento e de seu filho, foi se o segundo matrimônio só seria válido se o primeiro tivesse sido desconstituído por divórcio formal (*nuntium priori remisisset; certis quibusdam uerbis*) ou se aquele implicaria divórcio tácito. Portanto, a dissolução do primeiro casamento pelo segundo, na alternativa da discussão, decorreria de esse ser tido como forma de manifestação tácita de divórcio, e não de, por ele, cessar, para o primeiro, o requisito do consentimento contínuo. O segundo casamento, por traduzir inequívoca vontade de desconstituir o primeiro, seria, pois, o *ato contrário* que dissolveria este. Aliás, se o consentimento continuado fosse da essência mesma do casamento romano o que, evidentemente, seria sabido de todos -, não poderia haver dúvida alguma de que o segundo casamento teria dissolvido o primeiro, por implicar a cessação, quanto a este, do consentimento contínuo de que dependia sua permanência. Se houve séria controvérsia entre peritíssimos juriconsultos é porque, evidentemente, essa concepção não existia e o problema se punha, no caso concreto, em outros termos: o segundo casamento poderia ser considerado manifestação tácita de repúdio? E essa colocação está a demonstrar que o repúdio expresso ou tácito - era necessário, o que afasta a dissolução do casamento por simples cessação do consentimento continuado, uma vez que se exige, para o término dele, ato inequivocamente contrário ao consentimento que lhe deu origem.

Se o texto de Cícero é incompatível com a concepção do consentimento continuado, deixa ele, no entanto, sem solução a questão de saber se o primeiro casamento impedia o segundo, pois este poderia ser entendido como traduzindo manifestação tácita de repúdio.

É do período que vai da segunda metade do século I d. C. à primeira metade da centúria seguinte⁸² o texto extrajurídico que afirma que o casamento posterior não dissolve o anterior, o que implica dizer que este impede que aquele

82. *Il Diritto nel Retori Romani*, p. 23, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1938.

surja validamente. Trata-se de uma das *declamationes minores* a de n. 347 - cuja atribuição a Quintiliano é controvertida.

A *declamatio* 347 versa a hipótese de mulher que, julgando *rumoribus* que o marido ausente estava morto, se casa de novo; mas o primeiro esposo retorna à casa, e a encontrando no leito com o segundo marido, a mata como adúltera. Nessa *declamatio*, lêem-se estas palavras iniciais:

"Adulteros fuisse in matrimonio constat; nemo negat. Matrimonium duobus generibus soluitur, aut repudio, aut morte alterius: neque repudiaui, et certo uiuo: sed rumor de morte ueni; haec statim nupsit, alio marito: quid est hoc aliud, quam improbius adulterium? Meae igitur nuptiae manserunt, illae non fuere legitimae: legitimum porro matrimonium, nisi soluto priore, esse non potest: an opinione contenti sumus?"

A clareza do texto é absoluta no sentido de que o segundo casamento não dissolve o primeiro. A mulher, ainda que levemente contentou-se ela com o boato da morte do marido -, julgou-se viúva e contraiu novo casamento. A existência do *consensus* para as novas núpcias é indiscutível, pois o próprio marido assassino, em sua defesa, admite que sua mulher e o segundo esposo estavam de boa-fé: *adulteri fuerunt, etiamsi ignorauerunt*. Apesar disso, afirma ele que, por persistir seu casamento, o segundo era ilegítimo, uma vez que não ocorrera qualquer dos modos pelos quais o matrimônio se dissolve. A alusão apenas ao repúdio e à morte como causas de dissolução do casamento se explica por serem elas, não só as mais comuns, mas as únicas que poderiam ter ocorrido no caso. Se o consentimento contínuo fosse essencial à persistência do primeiro matrimônio, e, portanto, tivesse ele deixado de existir com a celebração do segundo, seriam inexplicáveis as afirmações de que *meae igitur nuptiae manserunt, illae non fuere legitimae: legitimum porro matrimonium, nisi soluto priore, esse non potest*. Por elas, é inequívoco que o casamento para dissolver-se por ato de vontade demanda a ocorrência do divórcio como ato contrário ao que lhe dera início, não podendo fazer as suas vezes um novo matrimônio, a título de divórcio tácito. A objeção que se retira dessa *declamatio* é tão séria que Volterra, ao responder, em 1975, às dúvidas de Robleda (que, a propósito, apenas citara, em nota, algumas de suas frases, sem

tecer considerações),⁸³ escreveu quatro páginas com o objetivo de retirar-lhe a contundência. Em última análise, procurou Volterra demonstrar que as afirmações iniciais dessa *declamatio* eram apenas algumas frases isoladas postas na boca do imputado pelo retor, não se lhes podendo atribuir o valor de normas jurídicas ou de princípios, pois a base da defesa do primeiro marido foi demonstrar seu erro de fato (não sabia do novo casamento e as circunstâncias o levaram a considerar que sua esposa cometia flagrante adultério quando ele retornou), e, por isso, o exercício retórico visa não tanto a sustentar a condição objetiva da mulher ainda juridicamente esposa do assassino, mas a evidenciar a persuasão deste da persistência do primeiro casamento e, portanto, a certeza subjetiva de agir contra uma adúltera. A fragilidade da resposta é manifesta. Não cuidou Volterra de pretender invalidar o texto sob a alegação de que as afirmações nele contidas sobre o casamento e o divórcio eram tiradas do direito grego ou resultavam do delírio imaginativo dos retores. Paoli, no artigo *Droit Attique et Droit Romain dans les Rhéteurs Latins*,⁸⁴ estudando o desenvolvimento histórico dos temas e das argumentações nas escolas dos retores latinos, demonstra que, à medida que o tempo foi passando, surgiram temas novos, extraídos da vida e do direito romanos. Eles acentua Paoli - "*se distinguem pelo seu caráter mais sério e pelo fato de que o problema colocado pelo tema retórico é encarado como um verdadeiro problema jurídico*"⁸⁵ É o que sucede quanto à *declamatio* em causa. O tema é jurídico e é romano, como resulta inequivocamente de fragmento de Papiniano, tirado do livro *de adulteriis* (D. 48, 5, 12, 12), o qual, apesar das interpolações que nele têm sido apontadas, é nessa parte de genuidade dificilmente atacável (aliás, a hipótese nele figurada, por si mesma, demonstra que a inequívoca perda da *affectio* pela mulher - tanto que não esperou a confirmação do boato para casar-se de novo - não dissolvia o primeiro casamento, razão por que era discutível se ela poderia ser punida, por adultério): *mulier cum absentem uirum audisset uita functum esse, alli se iunxit: mox maritus reuersus est. Quaero, quid aduersus eam mulierem statuendum sit.* E seu tratamento, na *declamatio*, é jurídico, porquanto voltado à defesa da licitude do ato do primeiro marido que matara a mulher e o homem com quem ela havia celebrado o segundo matrimônio. Essa defesa se divide em duas partes. Na primeira - que, como sucede nas *declamationes*,

83. P. 260-3.

84. In *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, quarta série (31º ano), 1963, p. 175-199.

85. P. 176.

leva em conta o direito anterior à *Lex Iulia de adulteriis* (Aulo Gélcio, *Noctes Atticae*, X, 23, 5) -, sustenta o réu que lhe era lícito matar pelo só fato de que, mantendo-se o seu casamento, a mulher, contraindo outro, se tornara adúltera. Já na segunda, segue-se a técnica do procedimento retórico, que consiste em passar do plano objetivo extra-individual para o de considerações subjetivas individuais (no terreno penal, a intencionalidade do acusado).⁸⁶ Partindo da admissão da boa-fé de sua mulher e do segundo esposo, bem como da influência que essa circunstância poderá exercer sobre o ânimo dos juízes (*possitis occisorum fortasse misereri, quod decepti sunt, quod illos spes sua fefellit*), procura o primeiro marido demonstrar que ainda quando ele não soubesse que era lícito⁸⁷ matar os dois adúlteros, seria justificável que os tivesse morto, não só pelas circunstâncias que encontrara em seu retorno, mas também pela leviandade da mulher que não perquirira sobre o boato de sua morte, em razão da qual se tornara sua herdeira e se casara de imediato com um jovem, a quem dera sua casa em dote e que fora a origem do boato que levava ao novo casamento. Essa segunda parte da defesa não visa evidentemente a caracterizar - como pretende Volterra - a persuasão do primeiro marido da persistência do seu casamento, o que não teria qualquer sentido por ser antagônica à primeira, pela qual a permanência do matrimônio anterior resultava objetivamente da ausência das duas causas que o poderiam ter dissolvido: a morte ou o divórcio. Se a licitude da ação do primeiro marido decorria dessa circunstância objetiva da permanência do seu casamento (daí dizer ele: *mihī ad defensionem hoc satis est: licuit*), seria totalmente desarrazoado que ele viesse a destruí-la com a alegação de que as circunstâncias o haviam induzido ao erro de pensar que a mulher ainda continuava casada com ele por não saber que ela contraía novo casamento, o que implicava que este dissolvera o seu. Nada há nela que diga respeito a dúvida sobre o consentimento contínuo (*affectio*) da mulher, o que, como já salientado, destruiria a alegação inicial, que, ademais, seria inconcebível, se contrária à concepção correnteia que os romanos, nessa época, tinham do matrimônio.

86. A propósito, vide Lanfranchi, ob. cit., p. 65-6.

87. É o que resulta da frase "*An ego si ignorassem quod diceret, non occidissent?*" (ed. Ritter, p. 367), com a correção feita por Petrus Aerodius (*M. F. Quintiliani Declamationes CXXXVII*, 184-verso, *Apud Fredericum Morellum*, Paris, 1563), que aí lê *liceret* em vez de *diceret*, o que se compatibiliza com o contexto. Essa correção, como acentua Ritter (p. 367, nota), foi acolhida por outros editores (*alii*).

Aliás, o próprio Volterra, em artigo que, muitos anos antes de sua resposta às dúvidas de Robleda, publicou nos *Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*⁸⁸ sobre uma misteriosa lei atribuída a Valentiniano I pelo escritor cristão Sócrates, o Escolástico, e que teria permitido ao homem ter, ao mesmo tempo, várias mulheres, diz que a narração desse autor se choca com a concepção clássica do casamento romano, que, com base no princípio monogâmico, levava à consequência de que o segundo matrimônio dissolvia o primeiro, por ser prova da cessação da vontade contínua de permanecer casado. E, depois de examinar as passagens de outros autores antigos a esse respeito, acentua⁸⁹ que os argumentos em favor dessa pretensa lei e contra ela o deixavam perplexo, sem poder chegar a uma conclusão sobre o mistério desse mérito histórico, embora tais textos tivessem a virtude de fornecer um dado importante para a história da estrutura jurídica do casamento romano: na segunda metade do século IV d. C., as *iustae nuptiae* não mais se fundavam no consentimento continuado, e, sim, no consentimento inicial, constituindo um negócio jurídico. Para assim concluir, salienta:

*"Prova disso era que se podia imaginar o episódio, verdadeiro ou falso que fosse, de uma lei que permitisse a um homem, já unido em casamento legítimo, manifestar, nas devidas formas, a vontade juridicamente válida de formar um segundo matrimônio com outra mulher, sem com isso dissolver ipso iure o primeiro vínculo conjugal. Norma essa que nenhum jurisconsulto clássico teria podido conceber"*⁹⁰

Ora, com o propósito, os textos examinados por Volterra são extrajurídicos, daí resulta que, sendo o casamento romano um fato precipuamente social, não seriam só os juristas que não poderiam conceber que o segundo casamento não dissolvesse o primeiro, mas também os autores literários. Para quem como Volterra faz essa afirmação, cuja lógica é perfeita, não é contraditório que não dê maior valor ao texto claríssimo da *declamatio* atribuído a Quintiliano, no qual se

88. *Una misteriosa legge attribuita a Valentiniano I*, in *Studi cit.*, vol. III, p. 139-154, Editore Jovene, Napoli, sem data.

89. *Ob. cit.*, p. 153.

90. *Ob. cit.*, p. 153.

põe como tese (e não como frase solta) que *legitimum porro matrimonium, nisi soluto priore, esse non potest?*

Mas, a mesma razão que conduziu Volterra a concluir que a simples notícia de uma duvidosa lei que admitia a possibilidade da coexistência de vários casamentos demonstrava que, na segunda metade do século IV d. C., já não mais vigorava a concepção do consentimento continuado leva a concluir que essa concepção não existia no direito clássico até o tempo de Aulo Gélio.

De feito, refere Suetônio⁹¹ que o tribuno da plebe Hélio Cina disse a várias pessoas que Júlio César lhe havia confiado, para ser proposto ao povo em sua ausência, o texto de uma lei, pela qual lhe seria permitido esposar quantas mulheres desejasse, para assegurar sua descendência. Esse fato - não importa se verdadeiro ou falso - atesta, indubitavelmente, que nos fins da república era perfeitamente concebível a concomitância de casamentos, desde que admitida por lei. O escrúpulo do conquistador da Gália quanto à ocasião da propositura era justificável pelo privilégio que pretendia. Se o casamento romano fosse um estado de fato que dependesse do consentimento contínuo, a pretensão de César seria demasiado revolucionária para que Suetônio se limitasse a seco registro.

Ainda mais expressivo, nessa mesma linha de raciocínio, é o episódio narrado por Aulo Gélio⁹² sobre a origem do sobrenome Praetextatus, e que foi extraído de uma das orações de M. Cato (*Ad milites contra Galbam*). Conta-se que Papírio, que, segundo a tradição antiga, freqüentava o Senado levado pelo pai, ao ser indagado por sua mãe sobre o que em certa sessão se decidira, mentiu, para guardar segredo, dizendo que se debatera sobre se seria mais conveniente à república um homem poder casar com duas mulheres, ou uma mulher com dois homens. Sabedora disso, sua genitora reuniu outras matronas, e foram ao Senado no dia seguinte, suplicando que se decidisse que uma mulher pudesse casar-se com dois homens, e não que um deles pudesse ter duas esposas. Esclarecida, pelo menino Papírio, a razão de ser daquela súplica, deliberaram os senadores não mais levar, a partir de então, seus filhos às sessões do Senado, fazendo-se exceção àquele, que foi cognominado *Praetextatus* por causa de sua prudência, apesar de achar-se *in aetate praetextata*. Esse episódio revela que, em pleno período clássico, podia imaginar-se que uma deliberação do Senado permitisse a coexistência de dois casamentos, sem

91. *Diuus Iulius*, 52.

92. *Noctes Atticae*, I, 23 (vide, também, Macróbio, *Saturnales*, 19-26).

maior comoção social, tanto assim que, segundo a tradição, as matronas romanas não tiveram dúvida em acreditar nas palavras do menino, e só se preocuparam em que seus maridos não tivessem duas esposas, pretendendo, sim, o contrário. E Aulo Gélio não demonstra qualquer perplexidade pelo que, nesse fato, seria insólito em face da concepção do casamento que a sociedade romana teria.

Totalmente diversa é a atitude de Tácito com relação à união de Messalina com C. Sílio, narrada nos *Anais*.⁹³

Já Piero Rasi se valia desse episódio como argumento contrário à tese do consentimento continuado, fazendo estas observações:

"Um outro caso para recordar-se é aquele descrito por Tácito quando fala das relações entre Messalina e Cláudio. Ele narra como Messalina facilitate adulteriorum in fastidium uersa, ad incongnitas libidines proflebat, em um certo momento sem enviar o repudium a Cláudio, sem observar as formalidades prescritas, celebra reais núpcias com um certo Silius. O matrimônio que daí resulta é nulo, ou melhor, inexistente, não obstante ela tivesse palam manifestado sua vontade de divorciar-se contraindo novas núpcias sollemniter et coram populo et senato. E efetivamente Cláudio tomando disso conhecimento a pune como adúltera. O historiador mesmo considera adulterina a segunda união; interessante é ver como ele nos fala do fato. Depois de haver descrito o episódio, ele, que jamais se havia maravilhado, frio historiador, sente a necessidade de defender-se da pecha do simplório: haud sum ignarum fabulosum uisum iri no contar o fato como tendo ocorrido com grande solenidade, publicamente, com a intervenção das autoridades religiosas, sendo, ainda, a relação consumada palam: oscula complexus, noctem denique actam licentia coniugali. Pedo excusa disso: sed nihil compositum miraculi causa, uerum audita scriptaque senioribus trado.

93. *Annales*, XI, 26 e ss.

*Se fossem fundadas as conclusões a que chegaram os nossos romanistas especialmente Bonfante, não haveria razão para que Tácito se desculpasse tanto. As segundas núpcias de Messalina eram legítimas e não certamente fabulosae!"*⁹⁴

Volterra, no rude e minucioso ataque que fez ao livro de Rasi,⁹⁵ não disse uma palavra sobre essas observações, que, sem dúvida, a quem esteja de espírito desarmado, impressionam. Apesar de seu notável conhecimento das fontes jurídicas e extrajurídicas e esse episódio narrado por Tácito é demasiadamente conhecido -, não rebateu a objeção, nem tampouco se valeu do texto do historiador romano para demonstrar que ele, ao contrário, seria a prova, em fonte literária, da veracidade da tese de que o segundo casamento dissolvia *ipso iure* o primeiro, como consequência da necessidade do consentimento contínuo. Somente em 1975, quase trinta anos depois, é que, na resposta às dúvidas de Robleda, examina esse episódio - para o qual Bickerman, em carta privada, lhe chamara a atenção depois de ler um escrito de Guarino (*In difesa di Messalina*) e conclui, valendo-se também das narrações de Suetônio e de Dion Cássio, que ele "*fornece una prova ulterior à tese por mim sempre sustentada*"⁹⁶

O simples fato de ter sido necessário tanto tempo para que um romanista do porte de Volterra viesse a perceber que o texto de Tácito que sempre despertou perplexidades, não sendo, portanto, uma passagem de menor expressão - serviria de confirmação para a sua tese (e confirmação que, no dizer de Bickerman, era *éclatante*)⁹⁷ evidencia que, para se chegar a essa conclusão, há extremas dificuldades.

Com efeito, como observou Rasi, se o casamento posterior dissolvesse o anterior, não haveria motivo para que Tácito dissesse que o episódio que sob esse aspecto seria normalíssimo - parecia fabuloso e se escusasse com a ressalva de que *nihil compositum miraculi causa, uerum audita scriptaque senioribus tradam*.⁹⁸ E -

94. Ob. cit., p. 136-7.

95. *Recensio* cit.

96. *Precizazioni in tema di matrimonio classico*, in ob. cit., p. 269.

97. *Idem*, p. 264.

98. *Annales*, XI, 27.

note-se - o que se lhe afigurava digno de fábula era o fato mesmo do casamento com Sílio:

"Estou certo de que há de parecer incrível ter podido, com tanta segurança, numa cidade onde tudo se sabe e se comenta, já não digo um cidadão qualquer, mas próprio cônsul designado, unir-se à esposa do príncipe, em dia marcado, presentes as testemunhas, como para legítimas núpcias, e que ela tenha ouvido as palavras dos augures, sacrificado aos deuses, tomado parte do banquete nupcial, entre beijos e abraços e passasse a noite com a liberdade conjugal. Ao narrar esses fatos, nada invento ou encareço, exponho apenas o que li e o que ouvi dos mais velhos" ⁹⁹

Imediatamente antes dessa passagem dissera Tácito que *"Messalina enfasiada da facilidade de seus adultérios se arrojava a desconhecidos excessos"*; que Sílio é que a impelia a que rompessem com a dissimulação e que resolvessem não esperar pela velhice do príncipe, *porque se as resoluções moderadas convêm aos inocentes, aos crimes manifestos só pode remediar a audácia*; e que *Messalina ouvia com frieza estas propostas, não por amor ao marido, mas receosa de que Sílio, tendo alcançado o poder, viesse a desprezar a adúltera e depois estimasse em seu verdadeiro preço um crime justificado por força do perigo*. Afinal decidiu-se ao casamento por *causa da magnitude da infâmia, último prazer para os que abusaram de todos os outros*.

Essas palavras são inequívocas no sentido de que o casamento com Sílio seria criminoso: o adultério às escâncaras. Se o segundo matrimônio fosse meio normal de dissolver o primeiro, não teria sentido que Tácito dissesse que Messalina, cansada da facilidade de seus adultérios, *ad incognitas libidines profluebat*; que Sílio, depois de alcançar o poder, a viesse desprezar como adúltera, se, após justificado o crime no tempo de perigo, o estimasse em seu verdadeiro preço; que Messalina, pela magnitude da infâmia, *nomem matrimonii concupiuit*; e que era inacreditável que um cônsul designado, em dia marcado, cumprisse com Messalina

99. *Annales*, XI, 28 (tradução de Leopoldo Pereira, *Anais de C. Cornélio Tácito*, p. 244-5, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1964).

todas as cerimônias sociais e religiosas, como em um casamento destinado à legitimidade dos filhos.

A narração de Tácito dos fatos posteriores a esse casamento com Sílio prossegue na linha de consideração do crime de adultério que ele configurava. O horror que se apoderou dos que cercavam Cláudio era decorrente, este sim, do medo de ele vir a ser destronado, perdendo aqueles o poder. Mas teria sentido que Tácito dissesse, após o segundo casamento, que a fraqueza mesma do imperador *lhes inspirava a esperança de, se o convencessem da Enormidade do Crime, poder ser ela condenada antes de acusada*, e que Narciso *encarregou da denúncia duas meretrizes da intimidade dele, fazendo-lhes larguezas e promessa de que maior se tornaria a influência delas depois que ele tivesse rejeitado a esposa (uxore deiecta)?* Se Messalina deixara de ser sua mulher, seria possível que Cláudio a rejeitasse como se ela continuasse a sê-lo? Como poderia Narciso, logo depois da notícia dos fatos dada a Cláudio pelas meretrizes, dizer-lhe *que não importava que Sílio ficasse de posse da casa, dos servos e de toda a magnificência imperial; que de tudo gozasse, mas que restituísse a mulher e rasgasse a ata do casamento?* O rasgar a ata do casamento faria Messalina retornar, automaticamente, à condição de esposa de Cláudio, se o segundo matrimônio fosse válido? E as frases que se seguem, e que aparentemente dariam a entender que o segundo casamento significaria repúdio, e, portanto, dissolução do primeiro, em verdade, demonstram o contrário nesse contexto. Se o segundo casamento dissolvesse o primeiro, Cláudio, que já tivera conhecimento do fato pelas meretrizes, evidentemente saberia disso, e não teria razão de ser a pergunta que Narciso lhe fez: *Não sabes, então, que estás repudiado?* E, em seguida, a título de explicação, acrescentasse: *Porque o povo, o Senado e os soldados viram o matrimônio de Sílio (nam matrimonium Siliū uidit populus et senatus et miles)*. Pergunta e explicação que se justificam, sim, como forma de incitar a ira de Cláudio, tendo em vista a finalidade a que visava Narciso: *e, se não te apressas, o marido de tua mulher tomará posse da cidade*.

Repudiado Cláudio pelo segundo casamento válido, não justificaria que, prosseguindo, Tácito dissesse que, sabedora do regresso de Cláudio a Roma, Messalina decidira ir ao encontro do marido (*ire obviam et aspici a marito*), se Cláudio não mais o fosse; que informasse que, entre as palavras contraditórias do imperador, este condenava os crimes da mulher (*flagitia uxoris*), e que, quando se recordava de seu casamento com ela e da infâmia de seus filhos, Vitélio nada mais fazia que exclamar: *Que horror! Que crime!*

Essas circunstâncias indicam que o casamento de Cláudio com Messalina persistiu apesar de sua união com Sílio, cumpridas todas as formalidades sociais e religiosas que normalmente se faziam para caracterizar a celebração de *iustae nuptiae*. Por isso mesmo resulta da narração de Tácito que ambos cometeram o crime de adultério, o que seria inadmissível, se o segundo casamento houvesse dissolvido o primeiro.

O mesmo, aliás, decorre de uma alusão a Messalina que se encontra na sátira a Cláudio (*Diui Claudi Apocolocyntosis*) escrita por Sêneca, que foi contemporâneo do episódio narrado por Tácito, a ele não havendo assistido por estar exilado na ocasião. Morto o príncipe, solicita ele admissão no céu, e, na assembléia dos deuses, determina-se sua expulsão para o inferno, por proposta do divino Augusto, que a fundamenta no fato de, sem processo, haver Cláudio matado inúmeras pessoas, entre as quais alguns parentes afins e sua esposa Messalina (*Quandoquidem Diuus Claudius occidit ... uxorem suam Messalinam*) (XI, 5). Se a união dela com Sílio (a quem Sêneca, em outra passagem da sátira XIII, 4 -, se refere como cônsul designado) houvesse dissolvido seu casamento com Cláudio, não seria ela esposa deste, ao ser morta.

A configuração desse segundo casamento como crime de adultério não só decorre da narração de Tácito como, ainda - e de modo evidente -, da versão do episódio acolhida por Juvenal.¹⁰⁰ Ela difere da de Tácito, por atribuir a Sílio a posição de vítima de Messalina, que o colocara no dilema de não concordar com a celebração das núpcias e ser morto por ela que concretizaria suas ameaças de morte, ou com ela concordar e viver mais alguns dias, até que o fato chegasse ao conhecimento de Cláudio e este lavasse a honra de seu lar (*ni parere uelis, pereundum erit ante lucernas; si scelus admittas, dabitur mora paruula, dum res nota urbi et populo contingat principis aurem*). O *si scelus admittas* evidencia que essas núpcias eram criminosas e isso, sem dúvida, porque adulterinas. No caso, portanto, não estava em jogo o adultério anterior entre Messalina e Sílio.

Por outro lado, que a união de Messalina com Sílio não era uma *matrimonium iustum* resulta ainda de outras duas circunstâncias. Diz Tácito que Messalina, instada por Sílio a romper a dissimulação contraindo núpcias com ele, *nomem matrimonii concupiuit*. Essa expressão é sintomática até pela causa desse desejo ardente: *ob magnitudinem infamiae, cuius apud prodigos nouissima uoluptas*

100. *Satura* X, p. 330 e ss.

est (por causa magnitude da infâmia, último prazer para os que abusaram de todos os outros). Por que o contrair *matrimonium iustum* decorreria da vontade de se exceder na infâmia?¹⁰¹ Embora a expressão *nomen matrimonii* possa traduzir a idéia de matrimônio legítimo, como no fragmento atribuído a Ulpiano e que se encontra no D. 23, 3, 3 (*Ubi cumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est*), a palavra *nomen*, em autores como Cícero, Tito Lívio e Pomponius Mela, é empregada como algo oposto à realidade e, portanto, como simples designação sem o conteúdo correspondente. Assim, a título de exemplo, em Cícero, *Epistolae ad Atticum* V, 15, 1 (*cum exercitum noster amicus habeat tantum, me nomen habere duarum legionum exilium*); em Tito Lívio (*Ab Urbe condita* III, 65: *iamque plebs ita in tribunatu ponere aliquid spei, si similes Icilio tribunos haberet: nomina tantum se biennio habuisse*; V. 18: *me iam non eundem, sed umbram nomeque P. Licinii relictum uidetis*; VII, 29: *Campani magis nomen ad praesidium sociorum, quam uires, quum attulissent*; XXIX, 1: *Praeterquam quod nomina tantum ducum in Hispania Romani habent*); e em Pomponius Mela (*De Situ Orbis* II, 3: *Thoricos et Brauronia, olim urbes, iam tantum nomina*). E o Imperador Zenão (C. 5, 5, 9), reafirmando a proibição das núpcias incestuosas, tornou sem efeito constituições ímpias que permitiram a algumas pessoas, em tempo de tirania, aplicar o nome de matrimônio a contubérnio criminoso (*quae quibusdam personis tyrannidis tempore permiserunt scelesto contubernio matrimonii nomen imponere*). Porque Messalina desejava ardentemente apenas o *nomen matrimonii* é que e essa é a segunda circunstância que aludimos - suas núpcias se exteriorizaram com todas as formalidades sociais e religiosas usadas nas *iustae nuptiae*. Se se tratasse de verdadeiras núpcias, Tácito, depois de dar ênfase a que essas núpcias se celebraram com as solenidades habituais, as enumeraria uma a uma como se destinassem a um casamento legítimo (*uelut suscipiendorum liberorum causa*), e isso para caracterizar o fato incrível de um cônsul designado unir-se publicamente com a esposa do príncipe? Por que a mesma

101. Volterra (*Precizazioni in tema di matrimonio classico*, p. 265) diz que Tácito insiste em mostrar que a união entre Messalina e Sílio era um casamento legítimo, tanto assim que "*Tácito expõe claramente o temor de Messalina que Sílio, uma vez conseguidos os altíssimos cargos a que aspirava, desprezasse a mulher adúltera (tal, de feito, ocorreria se a relação entre eles não tivesse constituído um matrimônio legítimo e permanecesse vivo o casamento entre ela e Cláudio) e que, portanto nomen matrimonii concupiuit ob magnitudinem infamiae*". O texto de Tácito, porém, salienta, ao contrário, que a frieza com que Messalina ouvia as propostas de Sílio (inclusive a de casamento) decorria do receio de que ele, alcançado o poder, viesse a desprezar a adúltera, o que, evidentemente, apenas ocorreria se essas núpcias não dissolvessem o matrimônio dela com Cláudio. E, só então, Tácito acrescenta: "*Todavia, desejou ardentemente o nomen matrimonii, por causa da magnitude da infâmia, último prazer para os que abusaram de todos os outros*".

ênfase no enumerar essas solenidades que se encontra em Juvenal, ao dizer que elas se observaram porque Messalina queria unir-se a Sílio, não em segredo como ele desejava, mas com a observância de todas as regras de um *iustum matrimonium* (*non nisi legitime uult nubere*)? Mais, Dion Cássio¹⁰² diz que Messalina, não contente com os adultérios, desejou ter vários maridos, casando-se, por contrato legal, com todos que tivessem seus favores, o que não lhe foi possível por ter sido descoberta e destruída exatamente em sua primeira tentativa. Não está essa informação a indicar que o casamento com Sílio configurava as *binæ nuptiæ* proibidas pelo princípio monogâmico?

O espantoso do fato - o adultério às escâncaras da esposa do príncipe com os requintes formais de uma união escandalosa como se fora casamento - não explica a versão que havia em Roma, e que Suetônio¹⁰³ noticia embora a julgasse inverossímil, de que se tratara de uma simulação de casamento, da qual participara Cláudio, para fazer recair em outrem perigo que lhe ameaçava segundo certos presságios?

Recentemente, Núñez Paz,¹⁰⁴ decidida adepta da concepção do consentimento continuado, examinando a relação entre Messalina e Sílio, entende, com Volterra, que a circunstância, aludida por Tácito, de que Messalina *nomen matrimonii concupiuit*, não significa que ela não quisesse contrair casamento, mas apenas criar uma aparência. Ao contrário, por desejarem Messalina e Sílio realmente celebrar *iustæ nuptiæ*, deixou de existir a *effectio* que mantinha o matrimônio dela com Cláudio, razão por que, com a celebração das novas núpcias, se divorciou do primeiro marido, sem que, no entanto, sua união com Sílio constituísse contrariamente ao que sustenta Volterra *iustum matrimonium*, pois entre eles faltava o *conubium*, dada a existência da anterior relação adúltera, obstáculo às *iustæ nuptiæ* introduzido pela legislação de Augusto.

Essa tese - que tem o casamento de Sílio com Messalina como *iniustum matrimonium*, mas, não obstante isso, com a eficácia de dissolver o *iustum*

102. *História Romana*, LXI, 31, 1 e 2.

103. *Diuus Claudius*, XXIX. Essa versão é reproduzida pelo antigo escoliasta de Juvenal em comentários ao verso 330 da Sátira X (p. 315 da edição Firmin Didot, v. II das *Decimi Iunii Iuuenalis Satiræ*, Paris, 1810. Aurélio Vitor (*Historiæ Abreuiatæ*, 4, 11), no século IV, a ela se refere, dizendo apenas, quanto à união de Messalina com Sílio, que *mirum uidetur apud imperatorem uirum quam imperatori nuptiam esse*.

104. *Consentimento Matrimonial y Divorcio en Roma*, p. 126, Ediciones Universidad de Salamanca, 1988.

matrimonium dela com Cláudio só afasta as objeções feitas à de Volterra quanto a ter-se, em face do texto de Tácito, a união com Sílio como *matrimonium iustum*, não elidindo, porém, as objeções de que do texto do historiador romano corroborado pelo de Sêneca resulta que, apesar desse episódio, o casamento de Messalina com Cláudio persistiu, e de que, se a união dela com Sílio fosse um *iniustum matrimonium* que fizesse as vezes de repúdio em face de Cláudio, ficaria sem sentido a afirmação de Tácito de que Messalina, cansada da facilidade de seus adultérios, *ad incognitas libidines profluebat*, certo como é que a partir do *iniustum matrimonium* com Sílio não mais seria adúlterina a relação entre eles, dissolvido que estaria o *iustum matrimonium* dela com Cláudio.

6. À concepção de que o casamento no Direito Romano clássico era um fato cuja persistência dependia, inclusive, do consentimento contínuo dos cônjuges se opõem objeções, tiradas de textos jurídicos e extrajurídicos do período clássico, que se me afiguram, até logicamente, intransponíveis. Tinha razão Tamassia¹⁰⁵ ao dizer que a construção da *affectio maritalis* era uma bela, mas absurda, utopia do mundo romanístico. O mesmo não ocorre com a concepção de que há muito temos por certa de que o casamento romano clássico, no tocante à vontade das partes, surgia de um ato inicial (ato jurídico que independia de forma) e demandava, para dissolver-se, de outro ato jurídico contrário àquele (o divórcio também aformal). Essa concepção, que apenas ficou mais evidenciada nos direitos pós-clássico e justinianeus, não força o sentido dos textos jurídicos ou extrajurídicos, e se coaduna com os em que os adeptos da tese do consentimento continuado buscam arrimo, inclusive no *Digesto* e no *Código*, tanto assim que Triboniano e seus colaboradores não tiveram necessidade de alterá-los ou suprimi-los.

105. Apud Rasi, ob. cit., p. 32, nota 2 iniciada na página anterior.

WASHINGTON LUÍS E A QUESTÃO SOCIAL

Octávio Bueno Magano

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

Resumo:

Confrontado o governo de Washington Luis com múltiplos fatores geradores de instabilidade, era preciso manter-se atilado, firme e sereno, como sempre se manteve. Era mister, sobretudo, que se mostrasse capaz de separar o joio do trigo, isto é, que tivesse perspicácia para compreender, como o fez, que a “questão social” se apresenta com múltiplas dimensões e que, em conseqüência, cumpria-lhe distinguir movimentações sociais genuínas, de caráter democrático, das de feição demagógica, destinadas à propagação de ideologias extremistas ou à promoção de interesses partidários, grupais, ou mesmo de indivíduos.

As realizações de Washington Luis, na área social, não foram poucas. Merecem realce as seguintes: criação dos tribunais rurais, pela Lei estadual n. 1.869, de 10 de outubro de 1922; edição do Código de Menores, pelo Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, reformulação do Conselho Nacional do Trabalho, pelo Decreto n. 18.074, de 19.01.1928.

Abstract:

Since the government of Washington Luis was confronted with multiple factors which generate instability, it was incumbent for him to be prepared, firm and serene as he was always recknown to be. It was necessary above all, that he be able to identify the main problems, that is the ability to understand, like he did, that the “social question” has multiple dimensions which imposes distinction between genuine social movements with democratic character and the demagogic ones, destined to spread extremist ideologies or else, of interest only of few, of groups, or even, of individuals.

Washington Luis's accomplishments, in the social field, were not few. The most outstanding ones being: criation of rural Courts, through State Law n. 1.869, published on October 10, 1912; edition of the Statute for Minors through Decree n. 17.943-A, dated October 12, 1927; reformulation of the National Labor Council, through Decree n. 18.074, dated January 1, 1928.

1. Traços pessoais

Washington Luís Pereira de Souza nasceu em Macaé, Rio de Janeiro, no dia 26 de outubro de 1869. Em 1884, iniciava estudos secundários no Colégio Pedro II, no Rio de Janeiro. Em 1888, deslocava-se para São Paulo, a fim de se inscrever no curso preparatório de ingresso na Faculdade de Direito. Coursou-a de

1889 a 1891. Em 1892, tornou-se promotor público da Comarca de Barra Mansa, no Rio de Janeiro, mas, logo a seguir, transferiu-se para Batatais, no Estado de São Paulo, a convite de Celidônio Reis Júnior, de quem se tornou sócio, num escritório de advocacia. Em 1897, elegeu-se vereador e presidente da Câmara Municipal do referido Município. Em 1904 inseriu-se no cenário político, como deputado estadual, tomando parte da revisão constitucional de 1905. Em 1906, foi nomeado para a Secretaria da Justiça, onde permaneceu até 1912, sob os governos de Jorge Tibiriçá e Albuquerque Lins. Depois de breve retorno à assembléia estadual de deputados, em 30 de outubro de 1913, foi guindado ao posto de Prefeito de São Paulo, condição conservada em virtude de reeleição até agosto de 1919. O posto subsequente foi o de Governador do Estado de São Paulo, no quadriênio 1920-1924. A sua carreira política culminou com o exercício da Presidência da República, no período entre 1926 a 1930, posto do qual foi destituído poucos dias do término de seu mandato, em virtude da Revolução promovida pela chamada Aliança Liberal.

2. Retificação

A memória de Washington Luís Pereira de Souza tem sido denegrida através do refrão de que, para ele, a questão social traduzir-se-ia em caso de política. A acusação não é verdadeira, tendo sido veementemente repudiada pela vítima de seus efeitos, em carta dirigida ao grande mestre Evaristo de Moraes Filho, nestes termos: “*Eu jamais disse, ou escrevi, e jamais poderia ter dito, que a questão social era uma questão de política, frase que o mais bisonho político, mesmo em nossa terra, não ousaria empregar.*”¹ Nada obstante, o enganoso estribilho, inventado pelos líderes da Aliança Liberal, até hoje ressoa. Getúlio Vargas tornou-se um dos pregoeiros desse vitupério, escrevendo: “*Não exageramos, recordando que, para a mentalidade predominante no regime passado, o problema operário no Brasil, era simples questão de política.*”²

Todo o alarido, em torno desse assunto, originou-se do tópico abaixo reproduzido, constante da plataforma de governo apresentada, em 25 de janeiro de 1920, no Teatro Municipal: “*Tratando das indústrias, falando sobre o capital, não*

1. Moraes Filho, Evaristo de, Washington Luís e a Questão Social, *in Rev. Ltr.*, v. 52, n. 9, setembro/88, p. 1.043.

2. *A Nova Política do Brasil I - Da Aliança Liberal às realizações do 1º ano de Governo 1930-1931*, Rio de Janeiro, José Olympio, s.d., p. 344.

poderia eu silenciar o operário. A legislação operária, porém, por entender com a propriedade e com a liberdade de trabalho, por pertencer à parte substantiva do direito, é matéria sobre a qual só a União pode legalmente dispor; mas, no momento actual, ninguém pôde se desinteressar de tal questão. Ainda por muitos annos, e eu vos falo para o minuto de um quatrienio, entre nós, em São Paulo pelo menos, a agitação operária é uma questão que interessa mais à ordem pública do que à ordem social; representa ella o estado de espirito de alguns operários, mas não o estado de uma sociedade."³

Tomada isoladamente a frase, "*a agitação operária é uma questão que interessa mais à ordem pública do que à ordem social*", poderia talvez gerar o entendimento de que o presidente Washington Luís considerasse a questão social caso de polícia. Mas lida a frase no contexto em que se inseriu, tal conclusão se mostra maliciosa. Para que se tenha certeza disso, basta para o início do período: "*Tratando-se de indústrias, falando sobre o capital, não poderia eu silenciar o operário*"- E mais adiante: "*...ninguém pode se desinteressar de tal questão.*"

Vale dizer que a leitura não-deturpada do período em que se encaixaram as referências à ordem social e à ordem pública não deixa qualquer dúvida sobre interesse de Washington Luís pela questão social. O que queria repudiar era a sua manipulação demagógica.

De qualquer maneira, uma pessoa, um político, um estadista não pode, de maneira alguma, ser julgado apenas pelo teor de frase lançada ao ar ou no papel. É mister, ao contrário, considerar-se o conjunto de suas realizações e atividades.

Como é notório, o governo de Washington Luís foi pleno de realizações, em todas as áreas da administração.

Há de se assinalar, em primeiro lugar, a enorme expansão dada por ele à geografia do Brasil, com a doação da diretriz de que "*governar é abrir estradas*", o que, no dizer de Carlos Maul significa "*estaca zero de qualquer empreendimento humano, no rumo das conquistas do bem-estar social...*"⁴

Cumpre sublinhar, a seguir, a restauração da liberdade de imprensa, pela suspensão do estado de sítio. Em terceiro lugar, é mister dar ênfase às medidas

3. Egas, Eugenio, *Quatriênio Presidencial do Dr. Washington Luís 1920/1924*, São Paulo, s.c.e., 1924, p. 96.

4. Quem abre estrada constrói civilização, in *Washington Luís (visto pelos Contemporâneos do Primeiro Centenário de seu Nascimento)*, São Paulo, Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, 1969, p. 253.

de estímulo à economia, responsáveis pela duplicação da produção do café, no período entre 1925 e 1929. Não pode ficar sem menção a reforma financeira, compreendendo reorganização das finanças, equilíbrio orçamentário, aumento das reservas de ouro. E não se há de omitir tampouco a remodelação urbana da cidade do Rio de Janeiro, sob a administração do paulista Antônio Prado Jr.

Na área do ensino, cumpre realçar que só no seu governo deu-se execução ao preceito constitucional da obrigatoriedade do ensino primário.⁵

Na área política, preocupou-se com o problema sucessório, indicando para o substituir Júlio Prestes, paulista ilustre. A resistência à sua indicação resultou principalmente de ressentimentos do mineiro Antônio Carlos, que se julgou preterido e foi, por isso, procurar aliados no Rio Grande do Sul.

Na esfera específica do social, as realizações de Washington Luís não foram poucas. Antes, porém, de as analisar é mister estabelecer, com clareza, o significado da questão social.

3. Questão social

Como lembra Sampaio Dória, “*a questão social é de todos os lugares e de todos tempos...*”⁶

Tornou-se, porém, mais aguda a partir da Revolução Industrial iniciada em meado do século XVIII e apresenta-se hoje com várias dimensões: a econômica, a religiosa, a política, a moral e a jurídica.

a. Dimensão econômica

Do ponto de vista econômico, pode-se afirmar que a questão social surgiu com o advento da Revolução Industrial, em meados do século XVIII, e que esquematicamente consistiu no aperfeiçoamento da técnica de produzir, proporcionado pelas invenções, notadamente a da máquina a vapor; na substituição do trabalho manual, com utilização de instrumentos próprios, pelo trabalho com máquinas alheias; na concentração dos trabalhadores nas fábricas e na implantação destas em centros industriais; na divisão do trabalho, cada trabalhador se incumbindo de uma determinada operação produtiva.

5. Barreto, A. Romano, *Washington Luís e a Reforma do Ensino*, in idem, p. 75.

6. *A Questão Social*, São Paulo, Monteiro Lobato, 1922, p. 5.

b. Dimensão religiosa

Sob o aspecto religioso, a questão social tomou a significação de maior envolvimento da Igreja na vida temporal, cujo marco inicial é a publicação da Encíclica *Rerum Novarum*, pelo Papa Leão XIII, em 1891.⁷ Nesse documento, assim se enunciou a questão social: “...os progressos incessantes da indústria, os novos caminhos em que entraram as artes, a alteração das relações entre operários e patrões, a afluência da riqueza nas mãos desse pequeno número ao lado da indigência da multidão, a opinião enfim mais avantajada que os operários formam de si mesmos e a sua união mais compacta, tudo isso, sem falar da corrupção dos costumes, deu em resultado final um terrível conflito.”

c. Dimensão política

Sob esse ângulo, a questão social significou o florescimento de ideologias, quer dizer, de teorias voltadas para a ação como é o caso do comunismo, das várias espécies de socialismo, do anarquismo, do facismo, do nazismo, do corporativismo, etc. Todos esses *ismos*, surgidos no correr do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, se formaram como teorias, mas também como programas quase sempre de natureza demagógica, desenvolvidos por indivíduos ou grupos para a conquista do poder.

d. Dimensão moral

A questão social fez com que surgisse nova concepção a respeito da pobreza, que deixou de ser considerada como resultado da preguiça e da incompetência para ser explicada como conseqüência de defeituosa organização da sociedade. Tornou-se, assim, para muitos, problemas de natureza exclusivamente econômica. Não porém para a Igreja, consoante se infere desta passagem da Encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pio XI: “...ainda que a economia e a moral se regulem cada uma no seu âmbito, por princípios é erro julgar a ordem econômica e a moral tão encontradas e alheias entre si, que de modo nenhum aqueda dependa desta.”

7. Seguiram-se as Encíclicas *Quadragesimo Anno* e *Divini Redemptoris*, de Pio XI; *Master et Magistra*, de João XXIII; *Populorum Progressio*, de Paulo VI.

e. Dimensão jurídica

Sob o aspecto em foco, assistiu-se ao fenômeno da socialização do Direito, significando a prevalência dos interesses sociais sobre os individuais. Presenciou-se também o fenômeno do alargamento das fronteiras do Direito Público não-só em virtude da expansão do conceito de serviço público, senão também por causa da amplificação da ordem pública na área do Direito Privado. Chegou esta a tal ponto que gerou dúvidas sobre a própria viabilidade da distinção entre Direito Público e Direito Privado.⁸ Afora parte a Inglaterra, os Estados Unidos da América do Norte e outros países pertencentes ao sistema da *Common Law*, onde a questão social foi enfrentada exclusivamente pela legislação ordinária, nos demais países, o seu reconhecimento deu origem ao constitucionalismo social, consistente na transposição para os respectivos textos constitucionais de princípios tendentes a permitir a direção da economia pelo Estado e assegurar a proteção e a melhoria da condição social do trabalhador. Consoante Mariano Tissembau, o temário do constitucionalismo social se desdobra nos seguintes tópicos: “1º) segurança individual; 2º) trabalho; 3º) segurança social; 4º) atividade econômica; 5º) saúde e 6º) justiça social.”⁹ As duas primeiras Constituições em que se agasalhou o referido temário foram a mexicana, de 1917 e a de Weimar, de 1919.

Por último, é preciso assinalar que a questão social deu ensejo ao nascimento de dois novos ramos do Direito: o Direito Econômico, caracterizado como o Direito do novo Estado industrial¹⁰ e o Direito do Trabalho.

4. Evolução da questão social

A partir da Revolução Industrial a questão social passou pelas fases a seguir descritas:

8. Radbruch, Gustav, *Introduzione alla Scienza del Diritto*, Torino, Giappichelli, 1958, p. 201.

9. *La constitucionalización del Derecho del Trabajo, su Codificación, Fuentes e Interpretación*, Buenos Aires, La Ley, 1971, tomo I, p. 223.

10. Farjat, Gérard, *Droit Économique*, Paris, Presses Universitaires, 1971, p. 10. Sobre o objeto desse Direito vide Vidigal, Geraldo de Camargo, *Objeto do Direito Econômico*, São Paulo, s.c.e., 1976

a. Fase do apogeu do Liberalismo

Esta fase se estende desde a Revolução Francesa, em 1789, que a consagrou politicamente, até 1848, quando os seus pressupostos foram contestados pela revolução popular ocorrida, no mesmo ano, na França, e pela publicação do *Manifesto Comunista*, de Marx e Engels. As características fundamentais desse período são a da projeção de uma sociedade individualista, sem corpos intermediários e a do não-intervencionismo estatal, as quais foram realçadas pela Lei Le Chapelier, de 1791, que proibiu na França o funcionamento das corporações: pelos *Combinations Acts*, de 1799 e 1800, na Inglaterra, que converteram em conspiração a reunião de trabalhadores; pelo Código Penal francês, de 1810, que considerou crime a coalização de trabalhadores; pela *Poor Law* inglesa, de 1834, que eliminou a concessão de auxílio aos pobres, fora das *Poor Houses*.

Nesse quadro, não havia evidentemente clima propício para o desenvolvimento do Direito do Trabalho. Não obstante, algumas leis trabalhistas foram editadas. Na Inglaterra, merecem realce o *Heath and Morals of Apprentices Act*, de 1802, que limitou a doze horas o trabalho do menor de doze anos e o *Factory Act*, 1833, que instituiu a inspeção do trabalho e estabeleceu limitações à jornada de trabalho. É de se assinalar, ainda, a renovação em 1824 e 1825, dos *Combinations Acts*; a reforma eleitoral aprovada em 1832, permitindo ampla participação do eleitorado na escolha de representantes junto ao Parlamento e a criação, sob inspiração de Robert Owen, da *Grand National Consolidated Trades Union*.¹¹ Na França, deve ser referida a lei de 22 de março de 1841, que proibiu o trabalho de menores de oito anos e limitou a doze horas diárias o trabalho dos menores entre oito e doze anos.

b. Fase de contestação do Liberalismo

Esta fase se estende desde 1848, com a Revolução Francesa do mesmo ano e a publicação do *Manifesto Comunista*, de Marx e Engels, até o advento da Primeira Grande Guerra, em 1914.

11. Primeira tentativa de organização dos trabalhadores em nível nacional.

A Revolução de 1848 constituiu o primeiro ensaio de reformas sociais que bem se acentuaram com a instituição da Comissão de Luxemburgo¹² e a criação das Oficinas Nacionais.¹³ O Manifesto Comunista foi um desafio aberto ao liberalismo e à hegemonia burguesa.

Os dois fatos em causa funcionaram como poderosos sinais de alerta no sentido de que o liberalismo, para se preservar, deveria começar a fazer concessões aos trabalhadores. E assim inaugurou-se a fase de crescente intervencionismo estatal e de vez mais amplo reconhecimento dos grupos profissionais, merecendo realce, na Inglaterra, os *Factory Acts*, de 1864, 1867 e 1901; a nova reforma eleitoral de 1867; a criação do *Trade Union Congress*, em 1868; a *Trade Union Act*, de 1871, tornando lícita a atuação dos sindicatos; a do *Conspiracy and Protection of Property Act*, de 1875, autorizando o *picketing* pacífico; a do *Trade Dispute Act*, de 1906, concedendo imunidade aos sindicatos e aos seus diretores, por atos praticados em seu nome, causadores de danos a terceiros; a do *Trade Union Act*, de 1913, autorizando expressamente os sindicatos a se utilizarem de seus bens para fins políticos; a lei de acidentes do trabalho em 1897; a da lei da jornada de oito horas em 1908; a da legislação sobre salário mínimo, seguro-saúde, seguro-desemprego, aposentadoria por velhice, do período entre 1909 a 1911. Na França, é mister sublinhar a Lei de 25 de março de 1864, que aboliu o delito de coalizção; a Lei de 19 de maio de 1874, que instituiu a inspeção do trabalho; a Lei *Waldeck-Rousseau*, de 21 de março de 1884, que assegurou a liberdade sindical; a Lei de 9 de abril de 1898, sobre acidentes do trabalho, a Lei de 13 de julho de 1906, sobre repouso hebdomadário. Na Alemanha, não podem ficar sem menção as leis respectivamente de 1883, 1884 e 1889 que, de modo vanguardeiro, instituíram respectivamente os seguros contra enfermidade, acidentes do trabalho, invalidez e velhice.

c. Fase do Intervencionismo

Esta fase se inicia com o término da Primeira Grande Guerra, assinalando o reconhecimento universal do intervencionismo do Estado, para a

12. Comissão composta de dez trabalhadores empregadores, presidida por Louis Blanc e encarregada de assuntos do trabalho.

13. As oficinas nacionais foram organizadas para dar ocupação a todos os que se encontrassem sem trabalho.

solução da questão social. Os fatos que melhor a caracterizam são os seguintes: a. criação da Organização Internacional do Trabalho, conforme previsão da parte XIII, do Tratado de Versalhes, cuja atividade deveria visar à realização dos seguintes princípios: o de que o trabalho não pode ser tido como mercadoria; o do direito de associação; o do salário mínimo; o da isonomia salarial, sem distinção de sexo; o do descanso semanal; o da jornada de oito horas; o da não-discriminação contra trabalhadores estrangeiros; o da inspeção do trabalho; b. o apoio da Igreja ao mesmo intervencionismo, de acordo com as diretrizes traçadas na Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII; c. a implantação do comunismo, na Rússia, em 1917 e as experiências nacionalistas e corporativistas da Itália, Alemanha, Áustria, Espanha e Portugal; d. o constitucionalismo social, iniciado com as Constituições do México, de 1917 e de Weimar, de 1919; e. o advento do *New Deal*, nos Estados Unidos, depois da crise econômica de 1929 e a conseqüente promulgação do *Norris La Guardia Act*, de 1932 e do *Wagner Act*, de 1935.

5. Configurações concretas da questão social

Antes de passar ao exame da questão social no Brasil, convém considerar suas principais configurações em outros países, após o término da Primeira Grande Guerra, período que coincide com a emergência política de Washington Luís, entre 1920 e 1930.

Tão envolvente fora a Guerra de 1914-18; tão devastadora de vida e bens que, após o seu término, ansiava-se por nova ordem para o mundo. A concepção liberal passou a ser contrastada por vários *ismos*, o socialismo, o comunismo, o fascismo, o corporativismo, o nazismo, etc.

Mas esse entrechoque de concepções projetou-se com características próprias conforme o país que se considere.

a. França

Em França, é preciso registrar, antes de mais nada, a cisão entre socialistas e comunistas, ocorrida em 1920, no Congresso de Tours e, em 1922, a cisão entre a CGT e a CGTU, de orientação comunista. Mas o fato mais significativo foi a formação do *Cartel des Gauches*, quando das eleições de maio de 1924. Aglomeraram-se, então, os socialistas (SFIU), os radicais socialistas, os republicanos socialistas e a esquerda radical, sob a direção de Edouard Herriot

Mas, para bem se avaliar a instabilidade dessa fase histórica, cumpre assinalar que, já em julho de 1926, forma-se governo de união nacional, tendo a frente R. Poincaré, de grande respeitabilidade e que foi capaz de restaurar a solidez financeira do país.

b. *Itália*

A Itália saiu da guerra em situação anárquica, que muito favoreceu o advento do fascismo. Em outubro de 1922, deu-se a marcha de Mussolini sobre Roma e a sua investidura no poder. Eliminada a posição, inclusive com o assassinato do chefe socialista, Matteotti, e a liquidação dos sindicatos independentes, em proveito dos de índole fascista, em 1927, promulgava-se a Carta de Trabalho, em que se traçaram as características fundamentais do fascismo.

c. *Alemanha*

Na Alemanha, há de se assinalar, inicialmente, o surgimento da Constituição de Weimar, de 1919, precursora do chamado constitucionalismo social. Mas o regime vivia ameaçado pelas repercussões econômicas e sociais da guerra e pelas dificuldades no intercâmbio com outros países, notadamente após a ocupação do Vale do Ruhr, ocorrida em 1923. Tudo isso era causa de grande instabilidade, o que explica a tentativa falha de golpe de estado levada a efeito, por Hitler, em Munique, em novembro de 1923.

d. *Inglaterra*

Terminada a Guerra de 1914-18, a Inglaterra teve de se defrontar com nova realidade determinada pela concorrência de países e economicamente rivais, sobretudo os Estados Unidos. A sua economia fundada até então sobre o carvão fica ameaçada pelo emprego crescente do petróleo e da eletricidade. Resulta daí a grave crise econômica e social, gerando desemprego para mais de 2 milhões e meio de trabalhadores e cadeia sucessiva de greves. Daí resultou, a seu turno, crise política ocasionadora da queda do governo conservador de Lloyd George, em 1922 e ascensão do governo trabalhista de Ramsay MacDonald, em 1924. Breve interlúdio conservador é seguido de nova vitória trabalhista, com a recondução de MacDonald ao poder, em 1929.

e. *EUA*

Depois do período de grande prosperidade dos EUA, entre 1919 e 1929, explicável em razão da diminuição da concorrência dos países europeus, debilitados pelos efeitos da Primeira Grande Guerra Mundial, surge o colapso da Bolsa de Valores americana do dia 22 de outubro de 1929, gerador de crise mundial de proporções catastróficas, que só nos EUA, levou ao desemprego mais de 15 milhões de trabalhadores.

f. *Espanha*

Na Espanha, a situação política, já deteriorada, após o término da Primeira Grande Guerra Mundial, tornou-se extremamente tensa, com a criação da Central Nacional dos Trabalhadores (CNT) no Congresso de Sants, de 1918. A violência nos confrontos entre trabalhadores e empregadores, tanto quanto o impasse na solução da Guerra de Marrocos, serviram para justificar o golpe militar de Primo de Rivera, que governou ditatorialmente o país, de 1923 a 1927.

g. *Portugal*

Em Portugal, a partir de 1917, desencadeou-se período de grande turbulência ensejador do golpe militar de Sidônio Pais, que se apoderou do governo, fez-se eleger presidente da República e modificou ditatorialmente a Constituição, no sentido presidencialista. Acabou sendo ele assassinado em dezembro de 1918. Sucederam-se várias revoltas na país, até que, no dia 28 de maio de 1926, o general Gomes da Costa sublevou algumas tropas da guarnição de Braga, dirigiu-se ao Porto, sem qualquer resistência e continuou depois, à frente das tropas que se lhe foram agregando. Ao chegar a Lisboa dissolveu o Parlamento e implantou ditadura militar.

6. Questão social no Brasil

Como se depreende da exposição contida no tópico anterior, o quadro formado, após o término da Primeira Grande Guerra, foi o de um mundo convulsionado, o que não poderia deixar de ter reflexos no Brasil.

Além do influxo de novas ideologias e dos efeitos de crises econômicas, outro fato a se considerar, no estudo da questão social no Brasil, é o do crescimento fabril, ocorrido durante a conflagração mundial.

O aspecto ideológico refletiu-se na fundação dos partidos socialista e comunista, respectivamente, em 1920 e 1922. A do primeiro deles havia sido precedida da organização do *Grupo Clarté*, constituído na França por intelectuais ex-combatentes, de cujo manifesto realça-se esta passagem: “*É tempo de nos levantarmos nas nossas respectivas pátrias contra os fautores de guerras e desordens. Intelectuais combatentes do mundo inteiro unamonos!*” Esse manifesto teve grande repercussão no Brasil, provocando a fundação, em 1920, do *Grupo Clarté* brasileiro, inicialmente integrado por Nicanor Nascimento, Evaristo de Moraes, Maurício de Lacerda, Pontes de Miranda, Everardo Dias e outros.

Seguindo diretriz paralela a do *Grupo Clarté*, alguns de seus principais organizadores resolveram fundar, também em 1920, o Partido Socialista, divulgando manifesto do qual merece relevo o tópico seguinte: “*O Partido Socialista visa (...) nortear o operariado nas suas reivindicações e na defesa de seus ideais e pleitear a solução prática de todos os problemas que se relacionam com a remodelação da sociedade contemporânea, no ponto de vista econômico, moral intelectual, jurídico e político; estudar, sob seus diferentes aspectos, o trabalho nacional e os meios de melhorar as atuais condições de existências das classes salarizadas; advogar a co-participação dos trabalhadores nos lucros das empresas industriais, comerciais e agrícolas; fundar universidades populares, bibliotecas e centros de conferências públicas; instituir serviço de assistência médico-farmacêutica e judiciária e outros que possam favorecer o avanço do movimento socialista brasileiro.*”¹⁴

Em março de 1922, dava-se a fundação do Partido Comunista do Brasil, cuja palavra de ordem era a seguinte: “*Organização... todos os trabalhadores para dentro dos sindicatos*” Grande foi a influência desse partido não-só na organização de sindicatos de trabalhadores mas também na sublevação do Exército, sobretudo com a formação do chamado tenentismo e com o desencadeamento da célebre coluna Prestes, que disseminou a cizânia pelos sertões brasileiros, até recolher-se à Bolívia, em 1926.

A sublevação do Exército nutriu-se inicialmente da nomeação por parte de Epitácio Pessoa de dois civis para pastas militares: Pandiá Calógeras e Raul Soares. Depois veio a história das cartas em que se assacavam ofensas contra altas patentes do Exército, cuja autoria atribuiu-se maliciosamente a Arthur Bernardes,

14. Dias, Everardo, *História das Lutas Sociais no Brasil*, São Paulo, Alfa-Omega, 1977, p. 110.

candidato oficial à sucessão de Eptácio Pessoa. Seguiu-se a rebelião do Forte de Copacabana, de 5 de julho de 1922.

As crises econômica resultantes da necessidade de redimensionamento das diversas economias nacionais, em relação ao mercado mundial, provocaram grande instabilidade nas finanças brasileiras, notadamente a crise da Bolsa de Valores americana, de 22 de outubro de 1929.

O crescimento fabril brasileiro resultou diretamente do desabastecimento do mercado mundial provocado pela Primeira Grande Guerra. Leva volumosa de imigrantes socialistas e anarquistas, oriunda principalmente da Itália, ao mesmo tempo que vinham para o Brasil, a fim de ocupar novos postos de trabalho, tornaram-se destacados partícipes de agitações sociais. Estas se exteriorizaram através de sucessivas e espreiadas greves principalmente em São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador e Recife.

Confrontado o governo de Washington Luís com tantos fatores geradores de instabilidade, era preciso manter-se atilado, firme e sereno, como sempre se manteve. Era mister, sobretudo, que se mostrasse capaz de separar o joio do trigo, isto é, que tivesse perspicácia para compreender, como o fez, que a “questão social” se apresenta com múltiplas dimensões e que, em consequência, cumpria-lhe distinguir movimentações sociais genuínas, de caráter democrático, das de feição demagógica, destinadas à propagação de ideologias extremistas ou à promoção de interesses partidários, grupais, ou mesmo de indivíduos.

7. Realizações na área social

Como já antes solientado, as realizações de Washington Luís, na área social, não foram poucas. Merecem realce as seguintes: criação dos tribunais rurais, pela Lei estadual n. 1.869, de 10 de outubro de 1922; edição do Código de Menores, pelo Decreto n. 17.943-A, de 21 de outubro de 1927; reformulação do Conselho Nacional do Trabalho, pelo Decreto n. 18.074, de 19.1.1928; regulamentação do trabalho de artistas, pelo Decreto n. 5.492, de 16.7.1928; disciplina da situação jurídica dos índios, pelo Decreto n. 5.484, de 27 de junho de 1928; concessão de benefícios aos trabalhadores das empresas radiotelegráficas, pelo Decreto n. 5.485, de 30.6.1928; concessão de aposentadoria com vencimentos integrais a funcionários da União invalidados, quando a serviço da Nação, pelo Decreto n. 5.434, de 10 de janeiro de 1928.

Não vou aqui analisar todos os diplomas legislativos acima arrolados, o que estenderia em demasia o tamanho deste trabalho. Limitar-me-ei a considerar apenas os relativos às seguintes matérias: tribunais rurais; Código de Menores e disciplina jurídica dos índios.

8. Tribunais rurais

Deu-se a criação do tribunais rurais, consoante já salientado, pela Lei Estadual n. 1.869, de 10 de outubro de 1922. O objetivo por ela visado foi o de assegurar julgamento rápido, equitativo e pouco oneroso para os cofres públicos, das questões trabalhistas, surgidas no meio rural. O art. 2º de referida lei, abaixo transcrito, dá clara idéia da estrutura dos tribunais em causa:

“ o Tribunal rural se comporá do juiz de direito da comarca onde estiver situada a propriedade agrícola, e de dois outros membros designados um pelo locador e outro pelo locatário ”

A determinação de que as próprias partes indicassem os juízes de sua confiança, aliviava o Poder Público do pesadíssimo ônus de manter Justiça do Trabalho com organização paritária.

E não há dúvida de que era a tais juízes que incumbia o julgamento da causa, como claramente se deduz do art. 5º, da lei em foco:

“...os dois membros do tribunal proferirão, se estiverem de acordo, a sua decisão, que será tomada por termo e homologada pelo Juiz de Direito.”

A Intervenção do Juiz de Direito para efeitos decisórios só tinha lugar em caso de empate.

De acordo com isso, preceituava o art. 6º, da lei em análise:

“Havendo desacordo, tomado por termo os dois votos, decidirá o Juiz, no mesmo ato, fundamentando o julgamento.”

Não se pense que a generalidade dos casos houvesse de redundar em impasse perante os dois juízes indicados pelas partes, porquanto a França possui

sistema semelhante, constituído pelos *conseils de Prud'Hommes* e as causas ali apresentadas fluem normalmente.

Cada Conselho francês se desdobra em cinco seções: a da indústria, a do comércio, a de atividades diversas; a dos profissionais de carreira (cadres) e a da agricultura. Em cada seção, uma junta de conciliação composta de um conselheiro assalariado e de outro empregador; e, ao lado dela, uma junta de julgamento constituída de dois conselheiros assalariados e de outros dois empregadores.

Só em caso de empate, chama-se um magistrado profissional, que funcionará, então, como *juge départiteur*.

O modelo de Justiça Trabalhista, implantado por Washington Luís, como se vê, além de encontrar eco no Direito Comparado, tinha o mérito de ser rápido e não-oneroso para os cofres públicos. Podia funcionar com rapidez porque não havia limitação de número de árbitros a serem indicados pelas partes. E não era oneroso para os cofres públicos, porque a indicação dos árbitros constituía responsabilidade dos próprios litigantes.

Agora, quando se sabe que a Justiça do Trabalho defronta-se com um volume gigantesco de 1,8 milhão de processos, que dificilmente chegam a seu termo antes do decurso de cinco anos, talvez fosse o caso de se revogar a legislação vigente e se implantar, em nível nacional, o modelo de solução de litígios arquitetado por Washington Luís.

9. Código de Menores

Com a expedição do Decreto n. 17.943-A, de 12.10.1927, Washington Luís implantou o primeiro Código de Menores na América Latina.

Antecipando-se ao Estatuto da Criança e do Adolescente, editado pela Lei n. 8.069, de 13.7.90, o referido Código concebía a criança e o adolescente como criaturas que deveriam receber tratamento prioritário da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público.

Para tais efeitos, dava grande ênfase à proteção das crianças da primeira idade, aos menores abandonados, ao trabalho dos menores e aos abrigos de menores abandonados.

Crianças da primeira idade consideravam-se aquelas com menos de dois anos entregues a cuidados extrafamiliares e em relação às quais deveria exercer-se rigorosa vigilância.

Menores abandonados consideravam-se os de menos de 18 anos, sem habilitação certa nem meios de subsistência.

No que concerne ao trabalho, proibia-se a ocupação aos menores de 14 anos que não houvessem completado instrução primária e de todos os menores em serviços perigosos ou insalubres.

Para amparo dos menores abandonados, instituíram-se, sob supervisão do Juizado de Menores, abrigos destinados a recebê-los e onde deveriam exercer as seguintes atividades: exercícios de leitura, escrita e contas, lições de coisas e desenho, trabalhos manuais, ginástica e jogos desportivos.

10. Índios

Outro tópico importante na avaliação da política social de Washington Luís foi o dos índios. Ao regular a situação deles, através do Decreto n. 5.484, de 27 de junho de 1928, evitou radicalismos. Nem adotou o critério da forçada integração na cultura nacional nem perfilhou a diretriz de que devessem ser estimulados a desenvolver cultura própria. O seu desígnio foi o de proteger. Para esse efeito, dividiu-se em quatro categorias: a dos nômades; a dos arranchados; a dos integrados em povoações próprias e a dos inseridos em centros agrícolas.

Só dos últimos exigiu que se submetessem à disciplina da ordem civil, como obrigatoriedade de registro de nascimento, de celebração de casamento, de disposição de bens, etc.

No que concerne à ordem penal, ficaram os índios das três primeiras categorias equiparados aos menores, quer dizer, foram colocados na categoria de pessoas penalmente inimputáveis.

Por último, no que toca à posse de terras, dispôs expressamente o decreto baixado por Washington Luís, sobre a obrigatoriedade geral de a respeitar, esclarecendo caber também aos índios o uso e o gozo das riquezas naturais encontradas nas mesmas terras.

11. Conclusão

Como se depreende do exposto, grande foi a preocupação de Washington Luís com a questão social. Só que não se rendeu à onda demagógica que queria resolvê-la com soluções radicais de caráter populista ou corporativista.

Já o seu sucessor Getúlio Vargas, optou por resolvê-la de acordo com o modelo do corporativismo italiano, impregnado do intuito demagógico de exaltação do Chefe de Governo.

Aliás, logo depois de instalado no poder, um dos primeiros atos praticados pelo referido político foi a expedição do Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, em cujo art. 1º lia-se o seguinte: “*O Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições não-só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo...*”

Esse autoritarismo foi a principal causa da Revolução de 1932.

Reconstitucionalizado o País, em 1934, a Lei Magna, então editada, teve duração efêmera. Com o golpe de Estado de 1937, outorgou-se à Nação Carta Constitucional de feito nitidamente corporativista.

Na área social, os principais efeitos de sua implantação foram os seguintes: 1. organização sindical baseada no critério da unidade; 2. sistema confederativo rígido, que em estrutura piramidal, deveria funcionar como correia de transmissão para cumprimento das diretrizes do Chefe do Governo e sua promoção pessoal; 3. imposto sindical destinado a manter a fidelidade das cúpulas sindicais e que provocou a disseminação de sindicatos fantasmas, de cofres cheios e assembléias vazias; 4. edificação de aparato legislativo de caráter paternalista, em detrimento dos procedimentos de autocomposição; 5. criação da Justiça do Trabalho de composição paritária e dotada de poder normativo.

Apesar da redemocratização do País, após o término da Segunda Grande Guerra, na Constituição de 1946 e nas subseqüentes, inclusive na atual, por obra de intenso *lobby*, a referida tralha corporativista foi mantida.

Agora, com a eleição do novo presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, as esperanças são no sentido de que o referido modelo, apanágio de odiosos privilégios, deixe afinal de prevalecer, abraçando-se o modelo da liberdade sindical e da contratação coletiva.

Se Washington Luís estivesse vivo, certo de que não deixaria de aplaudir essa restauração de valores genuinamente democráticos.

AINDA A ORIGEM E INTRODUÇÃO DA APELAÇÃO NO DIREITO LUSITANO

Luiz Carlos de Azevedo

Professor Associado do Departamento de Direito Processual da
Faculdade de Direito da USP

Resumo:

No final dos anos 70, durante o exílio do Professor Marcello Caetano no Brasil, tivemos ocasião de estabelecer agradável e profícuo convívio com o ilustre mestre, situando nossos diálogos, mais amiúde, na história das instituições jurídicas lusitanas e nos reflexos que estas proporcionaram ao Direito pátrio.

Porque as fontes não esclareciam quanto à data precisa em que a primeira lei sobre a apelação fora editada em Portugal, perguntamos, certa feita, em meio a almoço ensolarado na orla da Guanabara, o que pensava ele a respeito: se isto ocorrera nas Cortes de Leiria, em 1254; ou nas de Coimbra, sete anos mais tarde; ou ainda, no entremeio de uma e outra?

Não nos replicou de pronto o mestre, pois o tema demandava fôlego, preferindo deixá-lo para outro dia ou para correspondência futura. Colheu-o a morte, todavia, e só fomos conhecer a sua resposta, quando da publicação de sua obra póstuma, *História do Direito Português*, na qual os estudos que anteriormente houveramos realizados sobre essa matéria são por ele comentados no capítulo apropriado.

Mais como uma homenagem ao historiador, jurista e professor, esboçamos estas linhas complementares em torno do tema, abordando, preliminarmente, as condições sócio-jurídicas em que viviam e agiam os súditos do recém-formado reino lusitano; as condições em que, mais tarde, em razão das idéias desenvolvidas nas Universidades, passam a ser aplicados vários institutos provenientes do Direito Romano; e, finalmente, o momento em que teria sido determinado, como regra legal, nos moldes da antiga *appellatio*, o recurso de apelação em Portugal.

Abstract:

At the end of the seventy years, during the exile of Professor Marcello Caetano in Brazil, we have the occasion to establish a delightful and profitable conviviality with the illustrious master, placing our dialogues, mainly, on the history of the Lusitanian juridical institutions history and on reflexes those have proportionated on the national right.

Because the sources could not clarify as for the accurate date in which the first law upon appeal was enacted in Portugal, we have asked, once, in a sunny dinner at the Guanabara coast, what the think about this: should this has occurred at the Leiria Courts on 1254, or at those of Coimbra, seven years later, or further, in the middle of one and another?

The master has not immediately answered, because the theme needs vitality, choosing to have left it to another day or to future correspondence. The death has, however, collected him, and we will know the answer only when his posthumous work were published, the *History of the Portuguese Right* (História do Direito Português), in which the studies that formerly we have performed about this subject-matter are commented by him on the appropriate chapter.

More as homage to the historian, jurist and professor, we draft these complementary lines about the theme, preliminarily approaching the socio-juridical conditions in which have lived and acted the subjects of the newly-formed Lusitanian Kingdom; the condition in which, later on, in reason of the ideas developed at Universities, were applied to several institutes arising out from the Roman Right; and, finally, the moment in which would be determined, as legal rule, under the patterns of the ancient *appellatio*, the appeal resource in Portugal.

1. Em 1976, quando da publicação do trabalho que ora se reexamina, disseramos que *“se valem os documentos para a fixação e precisão cronológica dos fatos, o atestado comprobatório da apelação no Direito português, está na lei de D. Afonso III, passada nas cortes de Leiria - 1254, quando, por primeiro, o povo se faz representar ou de Coimbra - 1261 - constando do Livro das Leis e Posturas”*, no original, fls. 27, verso, 2ª coluna e 28, 1ª coluna; na *Portugalia Monumenta História, “Leges et Consuetudines”*, com as variantes, p. 247; e na edição impressa da Faculdade de Direito de Lisboa, de 1971, p. 95. (Luiz Carlos de Azevedo, *Origem e Introdução da Apelação no Direito Lusitano*, S. Paulo, FIEO, 1976, p. 104).

Logo a seguir, na mesma obra, acrescentávamos: *“Importante ressaltar a frase, apele logo, ca tal quero que seia costume de meu Reyno”*; se o rei dizia querer ser costume de seu reino, é porque até aquele momento, ainda não o era; no mesmo *Livro das Leis e Posturas*, repete-se a lei, mas, agora, naquela se diz: *“ca tal he e quero que seia costume do meu Reyno”*; deduz-se de tais expressões que o rei, por primeiro, introduz a possibilidade de apelar e, nos editos subseqüentes, insiste na aplicação da medida, frente à oposição dos que lhe eram contrários” (p. 105).

Colocando-se em posição divergente, o Professor Marcello Caetano faz as seguintes observações: “O Dr. Carlos de Azevedo deduz dos primeiros textos que se trata de inovação, porque se o rei quer que daí por diante seja o costume, isso mostra não ser a norma usada até aí. Afigura-se que a fórmula exata é a que conta da segunda versão da L.L.P. “porque tal é e quero que seja costume” Na verdade, é que

na época faz sentido, representando a confirmação legal de um costume. Não teria lógica que o rei quisesse criar um costume por lei. A norma ou é legal ou consuetudinária. O que era freqüente era consagrar um costume por lei, o que dava autoridade à regra legislada e consolidava uma prática, generalizando-a” (*História do Direito Português*, Lisboa, 1981, Verbo, p. 406)

Dois páginas atrás, refere-se o mestre a outro texto, contido também no *Livro das Leis e Posturas*, estabelecendo que este (no original, fls. 6v; 2ª coluna, até fls. 13v; 1ª coluna; na edição impressa, p. 29 a 50) não se trata de um “decreto dimanado da vontade régia” Seria, isto sim, “mero capítulo de um pequeno tratado do novo processo adotado no tribunal da corte” e cujos conceitos “teriam sido seguidos a preceito durante muito tempo, pois como lei vieram a ser recolhidos nas *Ordenações Afonsinas*”. (Ob. cit., p. 403-4) (nas *Ordenações Afonsinas*, Liv. III, Tít. 71)

Em nota, menciona Marcello Caetano que nós havíamos considerado o texto em apreço como lei, “passada nas Cortes de Leiria, de 1254 - ou de Coimbra, 1261”, mas, como já ficou dito acima, a lei a qual nos referidos como introdutória da apelação vem em outras passagens do *Livro das Leis e Posturas*, e não nessa. Por outro lado, a lei a qual nos referimos é indiscutivelmente lei, tanto que o próprio mestre como lei a reconhece.

2. Esclarecidos estes pontos preliminares, cumpre-nos examinar, agora, alguns aspectos de extrema relevância para a melhor compreensão da complexa situação sócio-jurídica que envolvia os empreendedores da reconquista do solo ibérico frente ao invasor muçulmano, a fim de ressaltar, a seguir, as modificações profundas ocorrentes após a introdução do Direito Romano na legislação dos reinos cristãos; caber-nos-á demorar, com desejado esmero, no estudo da instituição das cortes, acentuando a importância que estas conheceram como elemento vivo e eficaz para a solução dos problemas mais prementes que interessavam aos habitantes daquelas regiões, e que diziam respeito, entre outros, com a guerra e a paz, com a elaboração de leis que regulassem as suas condutas, com a fixação e com a quebra da moeda, com a imposição de tributos. A final, cuidaremos de remontar ao tema da origem e introdução da apelação, pretendendo deixar assentado que esta, resultante de instituto oriundo do Direito Romano, em nada se afinava com as queixas ou querimas do período antecedente, nem com outras modalidades de remédios, precária ou eventualmente utilizados até o seu advento.

3. Não há como confundir costume e lei. Mesmo na Idade Média, onde se depara com certa imprecisão de termos e conceitos, mormente em sede jurídica, por costume se entende aquele “conjunto de usos nascidos de fatos concretos, que retiram a sua autoridade do tempo, que o consagra: sua dinâmica é a da tradição: um dado, mas um dado vivo, não estagnado, sempre passível de evolução, sem nunca ser submetido a uma vontade popular” (Régine Pernoud, *Idade Média, o que não nos ensinaram*, Rio de Janeiro, 1979, Agir, p. 54)

Acontece, todavia, que a partir do século XIII, muitos costumes passam a ser reduzidos por escritos, por determinação real; mais, ainda: por força deste processo que gradativamente se desenvolve, os costumes são alterados, seja no sentido de serem aplicados não mais regionalmente, mas em todo o reino; seja no sentido da romanização, por força da mencionada recepção, proveniente das idéias ensinadas e propagadas nas universidades européias.

Pode-se afirmar, então, que a expressão *costume*, nessa etapa de transição, aparece significando tanto o hábito resultante do uso alongado no tempo, quanto uma disposição emanada da autoridade; e, nesta segunda hipótese, confirmado ou modificado de acordo com a conveniência do governante, aquilo que era costume, acaba se transmudando em lei. (a respeito, John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, Lisboa, 1979, Fundação Calouste Gulbenkian; José Manuel Perez-Prendes y Munõz de Arracó, *Curso de Historia del Derecho Español*, Madri, 1978, Ed. Darro, p. 390; Alfonso Garcia Gallo, *El origen y la evolución del Derecho, Manual de Historia del Derecho Español*, I, Madri, 1975, p. 369)

Evidentemente, um ato de tal ordem, de alcance geral, sofre resistência por parte dos senhores da nobreza e do clero, que não pretendem se despojar de suas imunidades e privilégios; e nem sempre é aceito facilmente pelos comunheiros, arraigados que estão aos hábitos peculiares às regiões em que residem. Mas, ainda que as novas regras possam abalar a estrutura tradicional da sociedade para a qual se dirigem, vêm elas justificadas na política de que é preciso oferecer “aos povos uma justiça mais reta, mais objetiva, menos sujeita ao jogo das influências ou da venalidade” Embora verdadeira, esta assertiva ocultava outra, “a vontade do rei de meter pé dentro da administração municipal, na linha da evolução da política de centralização do poder, que as próprias idéias romanísticas favoreciam” (Guilherme Braga da Cruz, *O Direito Subsidiário na História do Direito Português*, Coimbra, 1975, Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, p. 193, nota 20; a respeito,

também, Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português*, 1985, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 168)

Árduo foi o caminho experimentado para a imposição da vontade real e para que prevalecesse, efetivamente, a ordem de que só o “*Emperador, o rey puede fazer leyes sobre las gentes de su señorio e otro ninguno no ha poder delas fazer...*” (“*Las Siete partidas*”, I, 1, XII, “*quien ha poder fazer leyes*”) Deste lavor imenso, não poderia o rei desaviar-se sem o concurso de terceiros: de seus letrados, conselheiros, sobrejuizes; além destes, outros ainda, chamados para compor as cortes, fossem nobres, prelados ou representantes dos concelhos sediados em seus reinos. “*El monarca estaba obligado a buscar el consejo de hombres buenos inteligentes y sabios y con experiencia juridica antes de enmendar, abolir o ampliar la ley, pues el derecho*” noble cosa es et buena quanto mas acordado es et mas entendido” (Joseph F. O’ Allaghan, *Las Cortes de Castilla y León*, 1188-1350, Valladolid, 1989, Ambito, p. 128, citando, a final, ao texto das *Sete Partidas*, I, 1, 17/19)

Dáí o importante papel que desempenharam as cortes na Península Ibérica, em época que, a par da beligerância permanente, tônica da reconquista e dos constantes desentendimentos entre os detentores do poder, nos reinos neovisigóticos, sobrava, também, este embate surdo, calcado no firme propósito que dos reis partia, no sentido de estenderem o seu comando sobre os senhorios locais; de sobrepor a justiça delegada diretamente pelo monarca à justiça dos concelhos; de imporem a lei geral aos foros e costumes regionais.

4. A intervenção da Santa Sé nos assuntos do reino determina o retorno do conde de Bolonha a Lisboa, primeiro, como “*visitador, curador e defensor*”; falecido o irmão Sancho II, Afonso III é coroado rei de Portugal.

Para mais de dois anos atrás, o novo soberano havia firmado em Paris o juramento de colocar no reino “*juizes justos e tementes de Deus*”, que se elegeriam “*ou por votos do povo ou de outro modo lícito, conforme a lei de Deus*” (Juramento do infante D. Afonso, inserto na bula de Inocêncio III, cartório da Sé de Braga, reproduzido por Frei Antonio Brandão, nas *Crônicas de D. Sancho II e D. Afonso III*, Porto, 1946, Liv. Civilização Editora, p. 96-99). Este outro modo lícito seria a nomeação e delegação dos juizes de fora parte, que se incumbiriam de estender a jurisdição real com vistas à consolidação deste poder sobre a autoridades dos ricos-homens, ricas-donas, mestres e priores de ordens, cavaleiros e todos aqueles que os tivessem nas suas vilas, castelos e herdades.

Além desta providência, a imposição de leis civis sobre os foros eclesiásticos, as restrições às honras e imunidades dos nobres e as inquirições e confirmações régias iriam fornecer o curso para que a administração se centralizasse nas mãos da Coroa.

Em toda esta evolução, serve-se o rei do instituto já antes aludido, o qual será de grande relevo no correr dos séculos XIII e XIV, dada a incidência com que se sucede e em razão das conseqüências que acarreta: é a Cúria Régia, que se amplia para a Cúria Plena e que traz, também, a denominação vulgar de Corte (de *cohors*, *cohortis*, pátio, e daí, lugar de reunião), para onde acorrem oficiais palatinos, legistas e letrados a serviço do rei, seus vassalos mais chegados no exercício das funções civis e militares; ao lado destes, compõem a assembléia outros ricos-homens, mais os representantes do clero; e, por fim, os delegados dos concelhos.

Por aí se vê que o monarca não age sozinho; nas suas decisões, e ainda que isto pareça de certo modo contraditório, pois com elas está alcançando privilégios dos membros provenientes deste mesmos estamentos sociais, vale-se o rei da presença da nobreza e do clero para que conheçam respaldo. A partir de 1254, conta ele, também, com o concurso dos delegados dos concelhos das cidades e vilas de Portugal.

No tocante às Cortes de Leiria, de 1254, o Professor Marcello Caetano subestima o caráter parlamentar das sessões realizadas, considerando que “*no intervalo das audiências públicas é que se trataria dos assuntos mais delicados*” Assim, a participação teria tido mais o sentido de referendo, mesmo porque faltavam oradores eloqüentes, bem como a consciência de solidariedade entre os membros das classes presentes, não dispendo os burgueses, também, de condições para, à vontade, erguerem as suas vozes durante as audiências. (*As Cortes de Leiria de 1254*, Lisboa, 1964, Academia Portuguesa de História, p. 26-27)

Certo é, no entanto, que a partir desse momento, “*a admissão dos homens bons dos concelhos...*” “*...não mais deixará de se verificar*” (Marcello Caetano, *Cortes*, cit., p. 47). Aliás, a presença do terceiro estamento já era comum nos reinos vizinhos de Castela e Leão, nos quais está comprovada a presença destes cidadãos nas cortes reunidas no final do século XII e princípios do XIII. (Joseph F. O’Callaghan, ob. cit., p. 28; Claudio Sanchez Albornoz, *La Curia Regia Portuguesa, siglos XII y XIII*, in *Investigaciones y documentos sobre las instituciones hispanas*, Santiago, 1970, p. 395-6; Evelyn S. Procter, *Curia y Cortes en Castilla y León*, (1072-1295) Madri, 1988, Ed. Cátedra, p. 73)

Quanto a esta participação popular, há dois aspectos significativos, que merecem análise: em primeiro lugar, não se está em tempos da monarquia absoluta, onde protocolo e pompa irão distanciar os membros de cada estado. Como bem acentuou Régine Pernoud em outra passagem de seus estudos históricos, a divisão em três classes aplica-se aos séculos XVII e XVIII, sendo superficial no que concerne à Idade Média; pode explicar o grupo, a repartição, a distribuição de força, mas nada revela no que diz respeito à origem, à força, à estrutura em profundidade desse tipo de sociedade. (*Lumière du Moyen-Age: l'organisation sociale*, Paris, 1981, Grasset, p. 13)

Ademais, quando se trata da Península Ibérica, verifica-se que todas estas pessoas, por força da reconquista, estavam combatendo lado a lado contra o inimigo comum, circunstância que os estreitava em idêntico e único intuito, arredando as naturais diferenças de origem, fortuna e condição.

O próprio local onde se reuniam as cortes permitia maior comunicação entre os presentes, entre os quais se incluíam o próprio rei, seus assessores diretos, vassallos da nobreza, clérigos, cavaleiros-vilãos, homens bons dos concelhos: não se espalhavam por palácio ou amplas galerias, mas se comprimiam numa das salas do castelo, mais apto à defesa do que ao fausto; uma simples visita aos remanescentes destas fortificações possibilita visualizar a singeleza do local em que se desenrolavam tais assembléias.

Já se disse, em outra oportunidade, que embora persistissem privilégios e imunidade, não se pode aceitar a existência de um feudalismo puro nos reinos ibéricos, no mesmo molde como é encontrado nas demais regiões da Europa. (*Origem e Introdução*, cit., p. 68) Por essa razão, em Castela, Leão e Portugal, os delegados das cidades, justamente porque estavam colaborando decisivamente para o assentamento dos territórios reconquistados, guardando-os contra a eventual reação dos árabes, "*Ilegaran a figurar como elemento basico entre los constituyentes de la sociedad peninsular*" (Claudio Sanchez-Albornoz, ob. cit., p. 439)

Na verdade, mais do que nunca, contava o rei com as cidades como elemento fundamental para compor a estrutura administrativa de seu governo, pois era delas que hauria homens válidos para formar suas milícias; como era delas que recebia o estipêndio para sustentar seus intentos.

Assim, não é possível excluir a função que desempenharam estes representantes junto às cortes, nos vários assuntos que ali eram tratados, pois nas

suas vozes vinha o reforço de que o rei precisava para impor e insistir nas suas determinações. Comentando deliberação régia que tabelou gêneros e mercadorias, (Carta de 26 de dezembro de 1253, anterior, assim, às Cortes de Leiria) o Professor Marcello Caetano afirma que, nesse caso, para fazer a lei, o rei ouviu, além de seus conselheiros e ministros, os mercadores e homens bons dos conselhos do reino. (*Subsídios para a História das Cortes Medievais Portuguesas, in Atas do Congresso Histórico de Portugal Medieval*, Braga, 1963, v. XIV-XV. tomo I, p. 141). No mesmo teor, Antonio Sardinha, no prefácio que fez às *Memórias e alguns documentos para a História e Teoria das Cortes Gerais*, do Segundo Visconde de Santarém: é no apoio das *camadas rudes e obscuras dos municípios que a Realeza se engrandece e radica*. (Lisboa, 1924, Imprensa de Portugal-Brasil, p. LXXI)

Na própria tarefa de substituição dos costumes tidos por desajustados à nova política administrativa e jurisdicional, embora na sua maior parte, provenha ela da iniciativa régia, sob conselho prévio dos letrados, em outras vezes, se observa que resultava, também, da instância popular. É o que esclarece Gama Barros, ao reconhecer que “*não raro acontece partir até dos povos a iniciativa para que o Direito Romano substituisse o direito estabelecido*” (*Histórias da Administração Pública em Portugal*, Lisboa, 1945, Livraria Sá da Costa, Editora, v. I, p. 123)

Que o braço popular vai ganhando prestígio de forma gradual nas cortes, dão-nos conta os documentos relativos, ainda, à casa de Borgonha. Assim, por exemplo, o art. 42º das Cortes de Santarém, com D. Afonso IV reinante, ano de 1331: “*Outrosij senhor pedem vos os vossos poboos algumas cousas geraaes que son a boom vereamento da vossa terra e a prol comunal de todos...*” (*Cortes Portuguesas, Reinado de D. Afonso IV*, Lisboa, 1982, Instituto Nacional de Investigação Científica, p. 42). O art. 1º das Cortes de Lisboa, sob a Coroa de D. Fernando: “*...que daqui en deante non fezesemos guerra nem moeda nem outros autos nenhuns de que se posa seguir dapno a nosa terra salvo com conselho dos nosos cidadãos e naturaes...*” (*Cortes Portuguesas, Reinado de D. Fernando I*, Lisboa, 1990, Instituto Nacional de Investigação Científica, Universidade de Lisboa, p. 16)

Firma-se com tais providências uma das principais funções destas assembléias, qual seja a de “*permitir aos povos formular as suas queixas para os reis repararem agravos e prevenirem a sua prática por meio de leis convenientes. E essas leis deviam ser observadas, tendo os monarcas o cuidado de não transgredirem as resoluções tomadas em cortes ao resolverem depois casos*

concretos: quer dizer que essas leis formavam a legalidade a observar na administração corrente” (Marcello Caetano, *Subsídios...*, cit., p. 151.)

Idêntica tendência se manifesta nos reinos vizinhos, nos quais a maioria dos ordenamentos promulgados pelo rei nas cortes era uma resposta às denúncias e abusos ocorridos e às petições ofertadas por qualquer representante da nobreza, clero ou dos concelhos. Assim, por exemplo, as determinações de Sancho IV, de Castela, editadas nas Cortes de Palência, Haro e Valladolid, (1286, 1288 e 1293) atenderam a várias reclamações trazidas pelo povo. (Joseph F. O’Callaghan, ob. cit., p. 136-7)

Finalmente, já ao tempo de D. João I afirma Coelho da Rocha que leis, subsídios e negócios de importância eram tratados e decididos em cortes, as quais se convocaram pelo menos vinte e duas vezes. *“Seus sucessores, até D. João II, imitaram-no. Foi a época das Cortes; e podemos dizer, a da grandeza de Portugal”* (*Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação em Portugal*, Coimbra, 1872, Imprensa da Universidade, p. 99-100)

Se praticamente emudecidos ou vacilantes nas primeiras reuniões, os representantes dos concelhos acabam marcando notadamente suas presenças e sabem transferir a preocupação daqueles dos quais são mandatários, ouvindo-lhes o rei suas queixas e reclamos, para melhor administrar e conduzir os destinos de seu governo. Seria extremamente temerário ensejar comparações com o sistema parlamentar dos séculos posteriores ou da atualidade, pois cada instituição há de ser vista com a textura que lhe fornece a época em que vigiu; não se pode desmerecer, entretanto, o significado integrativo das cortes na estrutura daqueles reinos, mesmo que os votos apostos pelos seus membros, pudessem sofrer, por vezes, as naturais limitações, restrições ou adaptações da ação real.

5. Até a introdução do Direito Romano em Portugal, o processo caminhava lado a lado com outros modos mais rudes de solução dos litígios, tudo isto significando o resultado da carga germânica que ainda subsistia entre os habitantes das aldeias e povoados, segundo se pode observar pela simples leitura dos forais mais antigos. No que diz respeito aos recursos, como forma de acesso à Coroa, com vista à reforma da decisão, eram completamente inviabilizados ou se revestiam de caráter extraordinário e excepcional.

A querima ou querimônia, meio do qual dispunham os comunheiros para se insurgir contra as sentenças dos senhores ou juizes da terra, era proibida em vários diplomas foraleiros, assim se expressando, v.g., o foral de Évora, de 1166:

“Et si cum querimonia de ipso ad regem vel ad dominum terre venerit, pectet C morabitanos medietatem regi et medietatem concilio” (Portugalia Monumenta Historia, Leges, I, p. 393)

Com pequenas variantes, relativas ao beneficiário da multa, encontramos repetida a frase nos forais de Abrantes, 1179, (p. M.H., Leges, I, p. 419) Palmela, 1185, (p. 430) Penamacor, 1209, (p. 581) Alcazar, 1218, (p. 609) Idanha, a Velha, 1229, (p. 614) Aljustrel, 1252, (p. 637) Aroche, 1255, (p. 1.252) Alcáçovar, 1.258, *“ad episcopum...”* (p. 690) Tolosa, 1262, *“priori et conventu”*, (p. 702) Gravão, cerca de 1267, *“ordini”*, (p. 709) Seda, 1271, *“magistro”* (p. 421)

Mais severo, ainda, o foral de Vila Boa, de 1216: *“et toto vicino de Villa Bona que fuerit cum querimonia de suo vicino a rege et non quesierit accipere iudicium de vestros iuratos, pectet X morabitanos et exeat de villa et remaneat hereditate in manu de vestro concilio”* Além de pagar a multa, o ousado vizinho acabaria expulso da vila, com perdimento de todos os seus bens... (P.M.H., p. 569)

No estudo dos forais dessa época, importa observar: primeiro, a inexistência das palavras *apelar* ou *apelação* em tais documentos, em Portugal; e, em segundo lugar, a persistência em se impedir o uso da querima durante a segunda metade do século XIII, isto é, no mesmo período em que D. Afonso III introduz a *apelação* na ordem jurídica do reino. Por aí se vê que não é possível dizer que a *apelação* era *costume* em Portugal, como afirma a lei introdutória de D. Afonso III. Por outro lado, a *queixa*, *querima* ou *querimônia*, trazia um significado impreciso, vago, *“exprimindo antes imploração do que propriamente recurso”* (Alfredo Buzaid, *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*, S. Paulo, 1956, Saraiva, p. 45)

Em alguns *fueros* ibéricos, vamos encontrar a possibilidade de *apelar* ou *alçar-se ao rei*. Mas esta modalidade de recurso apresenta características próprias, peculiares a esse período anterior, distintas daquele no qual se adotarão institutos de ascendência direta romana. Niceto Alcalá Zamora y Castillo compara o seu procedimento à autêntica *novela de aventuras*; (*Instituciones Judiciales y Procesales del fuero de Cuenca*, in *Estudios de Teoria General e Historia del Proceso*, Mexico, 1974, Universidad Autonoma de Mexico, p. 396) e, com efeito, é o próprio foral de Cuenca que nos mostra a precariedade da via eleita, mormente quando se considera que as partes deveriam caminhar por terras inóspitas, sujeitas às cavalgadas e razias, fosse do mouro perseverante, fosse dos nobres em periódicas *quesilhas*, quando não estivessem sujeitas, também, às *acometidas* de malfeitores expulsos das vilas e

aldeias. Anotem-se os termos do recurso: Capítulo XXVIII: “*Los que apelen al rey: El juez dá a los apelantes como fiel un andador cualquiera. (1) Designado el fiel, si alguno de los litigantes no se atreve a ir publicamente por miedo a sus enemigos, jure que es verdad que tiene enemigos y vaya al Rey por donde le plazca. (5) “El que llegue primero al Rey espere a su contrario tres dias...si no sabian el lugar exacto...seis dias. (6) Si uno hiere, mata o incluso si injuria en el camino a su adversario, pague doble la pena del delito que haya cometido. (9) Si muere el fiel, los litigantes regresen y el juez designeles otro fiel. (10) Si a los litigantes les resulta pesado el viage y quieren designar a otro en lugar del Rey para que los juzgue...” (11) (El Fuero de Cuenca, introdução, tradução e notas de Alfredo Valmanã Vicente, Cuenca, 1978, Ed. Torno, p. 207 e ss.)*

Estas disposições repetem-se, com variantes, em outros *fueros*, como, por exemplo, no de Úbeda, Tít. VI, *De las alçadas e como se an de seguir*, (*Fuero de Úbeda*, Mariano Peset, Juan Gutierrez Cuadrado e Josep Trenchs Odena, Valencia, 1979, Universidad de Valencia, p. 358) e nos “*fueros municipales de Cáceres*” onde vem prevista a possibilidade de as partes se alçarem ao rei, se a causa for de valor superior a dez morabitanos, exigência que se encontra, também, nos diplomas antes mencionados. (*Los fueros municipales de Caceres*, Caceres, 1974, p. 309) Da mesma forma, o *Fuero*, de Beja admite alçar a rei nas causas superiores a dez *mencales*, ns. 817 e seguintes. (*Fuero de Bejar*, Juan Gutierrez Cuadrado, Alamanca, 1975, Universidad de Salamanca, p. 146)

Nos costumes e foros de Castel Rodrigo e Castelo Melhor, de 1209, encontramos o título *qui por seu jyzio se quesser alçar*, sendo estabelecidos algumas disposições semelhantes aos *fueros* aludidos, a respeito das partes que pretendessem recorrer ao rei. (P.M.H., *Leges*, I, p. 875 e 920) Acontece que tais foros foram concedidos por Afonso IX, de Leão, pois a esse tempo, ditas vilas pertenciam a esse reino e não a Portugal; somente no fim do século XIII é que elas passariam a se integrar ao território lusitano. Assim, ainda que entre os *fueros* de Castela e Leão e os forais de Portugal se denote, muitas vezes, a influência de uns sobre outros, verifica-se que no caso desse tipo de recurso, tais concessões não passariam ao reino luso, já que os diplomas ou silenciam a respeito ou proíbem expressamente qualquer meio de acesso ao rei.

De qualquer maneira, mais uma vez somos levados a concluir que as eventuais reclamações, restritas às querimas, nada tinham a ver com a apelação, na

forma como se introduzirá e virá descrita na lei de D. Afonso III. (a respeito, p. 74-6 e notas 27 e 28 da *Origem e Introdução...*, cit.)

6. Passando agora ao exame da lei em apreço: Nas notas introdutórias ao parágrafo 3º das *Leges e Consuetudines dos Portugalia Monumenta Historica*, que tratam das Leis Gerais, Alexandre Herculano, depois de se demorar no *Livro das Leis e Posturas*, (códice em fólho, escrito em pergaminho e em duas colunas, caracteres assentados do princípio do século XV. senão dos fins do XIV) refere-se a outros códices: o primeiro, designado pelo título “Foros de Santarém”; (maço 3º (n. 2) de Foraes Antigos do Arquivo Nacional da Torre do Tombo), o segundo, conhecido como “Foros da Guarda”; (maço 6º (n. 4) de Foraes Antigos) e o terceiro, como os “Foros de Gravão”; (maço 11º (n.11) de Foraes Antigos), além destes, os “Foros de Beja” (maço 10º (n. 7) de Foraes Antigos. Os foros de Santarém, Guarda e Beja, acima mencionados, ao se referirem às leis passadas ao tempo de D. Afonso III, trazem respectivamente, as seguintes rubricas: “*Aqui sse começam as posturas que foram feitas em Coimbra e em libõaa e en Leirea de novo por prol de todo o Reyno por aquelles do Conselho dEL Rey*” (Santarém) “*Estas sum as pusturas as quais foram feytas en Coynbra e en leyrea e en Lisboa pera prol de todo o Reyno*” (Guarda) “*E estas mandou guardar elrey dom Affonso o terceiro, feytas em Coymbra e em leyrea*” (Beja)

Os foros da Guarda, ao tempo da publicação dos *Portugalia*, já haviam sido levados à estampa na Coleção de Inéditos da História Portuguesa, da Academia Real de Ciências de Lisboa, volume V, editado em 1824. Nessa publicação, tanto consta a rubrica supratranscrita, como a lei que cuida da introdução da apelação em Portugal, e que está no *Livro das Leis e Posturas*, nas fls. 27, verso, 2ª coluna. (p. 95 da edição impressa, de 1971) E nos *Portugalia, Leges*, na p. 247, com as variantes que ali se assinalam. (Coleção cit., p. 436 e 446)

Deparamos, assim, com três documentos antigos, (Santarém, Guarda e Beja) nos quais se diz, expressamente, que as posturas, (entre as quais, a que introduz a apelação) foram feitas por ocasião das cortes celebradas nas cidades de Leiria, (1254) Coimbra, (1261) ou ainda, não em cortes, mas na cidade de Lisboa, para onde estão sendo transferida progressivamente a administração do reino.

Sobre tais códices, acrescenta Herculano “*Que são estas diversas leis e posturas que nos três códices de Santarém, da Guarda e de Beja se dizem feitas em Coimbra e em Leiria? Evidentemente, são providências tomadas nas cortes de Leiria, de 1254 e nas de Coimbra, de 1261, ou para melhor dizer, em consequência*

das representações dos povos apresentadas naquelas assembléias.” (P.M.H., *Leges*, I, p. 155-6)

Na obra já referida sobre as Cortes de Leiria, de 1254, Marcello Caetano rejeita essa conclusão, asseverando que não há prova plena de que nessa assembléia tenham sido elaboradas e solenemente promulgadas algumas leis gerais; e ao se referir às leis constantes daqueles códices existentes no Arquivo Nacional de Torre do Tombo, acrescenta: *“De que tratam essas leis gerais? Quase todas do processo judicial e do processo a seguir na Corte de el-rei. Quer dizer que não estamos perante matéria que seria natural constituísse objeto de artigo de agravamento do clero, dos nobres ou dos concelhos, nem a forma das leis deixa adivinhar que estas tivesse começado por ser respostas dadas em Cortes. A fazer fé pelas rubricas dos códices dos foros, teremos que aceitar também o que diz o de Santarém e deve ser exato: que tais leis foram feitas por legistas do Conselho Régio, não em Cortes...”* *“Até que surjam novos elementos que justifiquem tal opinião, entendemos que se algumas leis gerais foram elaboradas em Leiria, nos meses de fevereiro e março de 1254, foi por trabalho dos legistas e não por diligência e com o concurso dos representantes dos conselhos.”* (ob. cit., p. 42-3)

Rigorous quanto à participação nas Cortes de Leiria, o saudoso professor reconhece, no entanto, que nas Cortes de Coimbra, que se lhas seguiram, não desempenharam eles o papel de simples mensageiros, de portadores de súplicas a submeter à despacho régio, mas de *“membros de uma assembléia que reivindica direitos e que intervém na definição das regras a incluir na lei”* (*“Subsídios...”*, cit., p. 143)

7. Examinados todos estes aspectos, em especial este último confronto colocado em torno da matéria por dois baluartes da ciência histórica em Portugal, cabe-nos oferecer as ponderações que seguem e que têm por propósito complementar o estudo por nós realizado, em 1976, sobre a origem e a introdução da apelação no Direito lusitano:

I. Costume e lei não se confundem. Na Idade Média, no entanto, estes conceitos comportam ambigüidade, quando se considera que, muitas vezes, antigos costumes recebem o respaldo real, passando à categoria de lei; além disto, no aã legislativo que se desenvolve a partir da recepção do Direito Romano, os costumes sofrem acentuada revisão, pelo que acabam sendo modificados ou substituídos por outras disposições, emanadas, sempre, da vontade régia.

II. Neste trabalho constante, do qual o monarca se incumbem, vale-se ele do concurso de letrados, conselheiros, legistas. E vai encontrar suporte, também, na voz que provém das cortes, as quais com freqüência se reúnem, para que nelas se discutam e se resolvam os problemas de maior relevância que preocupam todo o reino.

III. a participação popular nas cortes, a princípios débil, gradativamente se reforça, a tal ponto que, com o tempo, muitas das leis promulgadas são o resultado das queixas e reclamações oriundas dos estamentos sociais que as compõem, entre elas se incluindo aquelas trazidas pelos representantes dos concelhos e dos povos.

IV. Antes da recepção do Direito Romano, a forma pela qual os súditos do reino ofereciam suas queixas contra os agravos recebidos pelos senhores locais ou juizes da terra, eram as querimas ou querimônias, as quais guardavam traços de manifesta ascendência germânica; e isto era natural, de vez que inseridas no direito costumeiro e tradicional, até então vigente.

V. Este remédio, todavia, esbarrava nas contingências próprias do tempo e do lugar em que se empregava, constituindo meio de caráter excepcional, quando não expressamente vedado pelas regras foraleiras.

VI. A lei de D. Afonso III veio alterar completamente o quadro anterior; não quer isto dizer que as suas disposições passaram a ser obedecidas desde logo, pois conheceriam elas todos os entraves decorrentes do momento em que eram editadas: resistência dos membros mais elevados da população, notadamente dos senhorios locais; dificuldade que existia para que fossem conhecidas em todos os limites do reino; afirmação ainda precária do comando legal sobre a ancianidade dos costumes e sobre o espírito comum ao medievo, tão refratário à modificações que nem sempre inspiravam confiança ou fé...

Daí porque o rei, utilizando-se de expediente comum à época, pretende dar à lei o matiz de costume longamente usado, quando isto, em verdade, não acontecia. E daí a provável razão para as variantes encontradas, as quais tanto podem resultar de divergência entre copistas, quanto da insistência com que ele pretende impor a sua ordem *"ca tal he e quero que seja custume do meu Reino"*

D. Diniz, ao sucedê-lo, prossegue no intuito de que as justiças usem de seu officio, de tal modo que os recursos venham ter ao rei e a ninguém mais. (Lei de 1282, L.L.P., fls. 13, v, 1ª col., p. 50) Embora esta lei afirme que ao tempo de seu pai e de seus antecessores, já se apelava, verifica-se que aqui se repete o igual

propósito de dar longevidade ao instituto, pois a apelação havia surgido com D. Afonso III, e não antes. Afonso Henriques, Sancho I e Sancho II, praticamente não legislaram e ainda menos sobre essa matéria, ocupados que estavam em expandir os seus domínios; quanto a Afonso II, ainda que em uma das primeiras leis gerais então editadas, pretenda estabelecer juizes seus em todo o reino, (Lei de 1211, L.L.P., fls. 1,1ª col., p. 9) certo é que não alcançará desde logo este desígnio, diante da resistência que encontra nos senhorios e nos próprios concelhos.

VII. A lei que introduz a apelação em Portugal, como já se fez referência, é aquela constante da página 95 da edição impressa do *Livro das Leis e Posturas*. Existem várias disposições que tratam desse recurso no mesmo exemplar, entre elas o excerto de um tratado de processo que se encontra em páginas anteriores; mas não é deste tratado, e sim daquela lei que sempre cuidamos de examinar e continuamos examinando.

VIII. Perquirindo com mais vagar as conclusões de Alexandre Herculano e Marcello Caetano, temos de convir que não são elas tão discordantes assim: pois o primeiro considera que as leis feitas em Leiria e Coimbra são providências tomadas em consequência da representação dos povos apresentadas naquelas assembléias; enquanto o segundo, embora divirja, admite que em Coimbra, tais representantes não eram simples mensageiros, mas ali estavam para reivindicar direitos, buscando incluí-los nas leis que estavam para ser promulgadas.

IX. Se está armado nas cortes “*o espirito da comunidade política, com interesses coletivos próprios a defender perante o poder real*”, (Marcello Caetano, *Cortes de Leiria*, cit., p. 48) que melhor resposta poderia ofertar o rei a seu povo senão outorgar uma lei que admitisse, sob moldes modernos e objetivos, um direito que se apresentava até então reduzido, ou mesmo proibido? O direito, enfim, de apelar sem peias para o rei ou para os seus juizes?

X. A introdução da apelação no Direito lusitano ocorre com a edição da lei de D. Afonso III. Quando, exatamente, dimanou do selo real, os documentos silenciam. Mas é certo que se deu entre 1254, e destes dez anos para a frente, pois os manuscritos repetem: Leiria, Coimbra, Lisboa, sendo esta última cidade o local para onde D. Afonso vai transferindo em caráter permanente a sede de seu reino.

XI. Não há, também, provas concretas de que a lei tenha resultado diretamente das queixas formuladas pelos povos. É mais provável tenha partido da iniciativa dos legistas da Corte, que muitas as elaboraram nesse período, imprimindo nelas o crivo do Direito justinianeu.

Não se pode desprezar, contudo, o influxo provocado pelos homens bons, que pretendiam melhor ver assegurados os seus direitos; esta prática é comum nas cortes dos Reinos Ibéricos, desde épocas anteriores ao reinado de D. Afonso III, e era lógico passasse também a Portugal.

Ora, a estes homens deveria inquietá-los e, muitos, a impossibilidade ou dificuldade de se insurgirem contra a justiça dos senhores ou juízes da terra; por isso, tinham interesse lhes fosse concedido o direito de livremente expressarem suas queixas contra os gravames recebidos e sofridos.

Direito este que, como se viu, acaba se traduzindo num recurso inédito, que se ajusta a um tempo novo e a uma nova visão da política administrativa e jurisdicional. Este recurso, é a apelação.

DIREITO CIVIL

A REFORMA OFICIAL DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

Carlos Alberto Bittar

Professor Titular do Departamento de Direito Civil
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Civil

Resumo:

Reforma oficial foi processada no ensino jurídico no Brasil, de que são abordados os aspectos mais relevantes, a saber, o da necessidade de conjugação entre teoria e prática; ou da execução da parte prática com a participação dos alunos e o da exigência de apresentação de tese de láurea para conclusão do curso.

Abstract:

Law teaching system in Brazil has gone through an official reform, whose most relevant aspects are analyzed here, namely the need for the interconnection of theory and practice, the participation of the pupils in the practical studies and the demand of the presentation of a final thesis for the course to be finished.

1. Texto normativo de grande relevo foi editado pelo Ministério da Educação e do Desporto, a saber, a Portaria n. 1.886, de 30/12/94, através da qual se realiza, oficialmente, reformulação no ensino jurídico em nosso País.

2. Com efeito, sob a epígrafe de comando destinado à fixação de diretrizes curriculares e de conteúdo mínimo para o curso jurídico, o diploma em questão contém, em verdade, importantes modificações na disciplinação jurídica do ensino do Direito, acolhendo, para nossa satisfação, idéias e sugestões que, como professor universitário, oferecemos, em longo trabalho que, preparado em 1985, foi discutido em vários congressos, conclaves e seminários e publicado na *Revista da Faculdade de Direito da USP*, sob o título *Reforma do Currículo da Faculdade*, 1986, v. 81, p. 117 e ss.

3. Centra-se o nóvel regulamento em três posturas básicas, todas elas defendidas em nosso referido texto, a saber: a) necessidade de conjugação de teoria e de prática na ministração do curso; b) execução da parte prática através de mecanismos vários de participação e de integração dos alunos; c) apresentação e defesa de monografia final para a conclusão do curso.

4. Inspirada em precedentes existentes, em particular em certos países da Europa continental, a reforma ora efetivada contribuirá, em nosso entender, para o aperfeiçoamento do sistema de aprendizado do Direito, tendo, no mínimo, o mérito de haver definido posições e estabelecido diretrizes, em campo entrecortado, de há muito, por debates e por dissensões, muitas vezes ideológicas e radicais, a respeito da melhor fórmula para solução de tão decantada crise do ensino jurídico.

5. Eleitos os parâmetros expostos, tem-se ora nortes oficiais a que se deverão submeter entidades, públicas e privadas, que atuam nesse tão importante segmento da vida social, a fim de que possam estabelecer cursos coerentes com a evolução processada nessa área.

6. Não se pode mais, com efeito, cogitar de ensino puramente teórico, ou puramente prático, pois ambos acabam por acarretar distorções na formação do bacharel, que, como os demais diplomados em curso superior, tem de ser pessoa dotada de conhecimentos próprios, consciente e integrada ao mundo em que vive, como sustentamos no referido estudo.

7. Ademais, a submissão do aluno, em cursos teóricos, a certos e específicos estágios, sem uma participação, em classe e/ou em campo, de atividades práticas e, mesmo de debates jurídicos, não lhe confere a necessária destreza para o futuro exercício da atividade de sua habilitação. Entendemos sempre, ao revés, que nos bancos escolares deve o aluno também se preparar para os embates da vida profissional: daí, a utilização de mecanismos diversos de atuação prática do aluno, seja em seminários, seja na preparação e na discussão de casos, seja em debates, em aula, sobre temas de interesse sócio-jurídico, seja na consecução de trabalhos escritos e assim por diante.

8. Por essa razão é que propusemos, então, a modificação do sentido do curso de bacharelado, em nossa Faculdade, no chamado ciclo de especialização (5º ano), sugerindo, ademais, a instituição da chamada "tese de láurea" ora prevista na Portaria referida como requisito necessário para a conclusão do curso.

9. Precedidos de orientação, direcionados para o debate de questões de interesse social no momento, cercados de estudos, pesquisas e meditações, podem os trabalhos resultantes, a par do preenchimento da finalidade precípua, vir a constituir-se em valiosas contribuições de jovens bacharelados para o próprio aperfeiçoamento das instituições do País.

10. Experiência nesse sentido efetivamos, com a interessada e produtiva turma de bacharelados de 1988, do curso diurno de nossa tradicional

Faculdade, com efeitos extremamente satisfatórios, haja visto o nível dos trabalhos então oferecidos, muitos dos quais foram depois publicados, em livros, em coletâneas e em periódicos especializados.

11. De outro lado, o novo sistema propicia aos examinadores a possibilidade de aferir, com elementos mais expressivos do que as simples provas e trabalhos curriculares, a capacidade de organização de raciocínio e de decisão do candidato, fatores esses que entendemos fundamentais para a posterior atuação em qualquer das diferentes habilitações que ao diploma de bacharel em Direito se descortinam no mundo profissional.

12. Ora, como se encontra em vigor desde a data de sua publicação (D.O.U. de 4/1/95, p. 238) tendo, ademais, revogado disposições em contrário, consubstancia a referida Portaria a nova ordem oficial para o ensino do Direito, a que se deverão adaptar, em consonância com os seus termos, as Faculdades existentes, nos prazos e nas condições constantes de seu texto.

13. Acentue-se, por fim à guisa de colaboração para a respectiva análise, que, a par das linhas básicas assinaladas, são as seguintes as orientações principais do novo regime:

a. Necessidade de aparelhamento da Faculdade com acervo bibliográfico mínimo;

b. Obrigatoriedade de observância do número mínimo de horas para o curso;

c. Necessidade de inserção de atividades de pesquisa e de outras medidas complementares, de cunho prático, no desenvolvimento do curso;

d. Manutenção de currículo mínimo, distribuídas as matérias em fundamentais e profissionalizantes;

e. Adoção da diretriz de interdisciplinariedade na introdução de novas disciplinas;

f. Manutenção do sistema de especialização, realizável agora a partir do 4º ano;

g. Obrigatoriedade do estágio de prática jurídica, supervisionado pela entidade de ensino, como integrante do currículo pleno;

h. Possibilidade de realização, em convênio com a OAB, do estágio profissional de advocacia.

14. Com essas orientações e uma vez feitos os necessários ajustes pelas entidades destinatárias, abrir-se-ão novas perspectivas aos cursos jurídicos,

com reflexos positivos em todas as áreas em que a ação do bacharel se possa fazer sentir.

15. Cumpre, pois, que se entenda o real significado da reforma e que para ela convirjam as orientações de entidades, de docentes e, enfim, de todos que participam da nobre atividade de ministração de ensino, a fim de que se realizem, efetivamente, os altos objetivos colimados pelo legislador e por aqueles que, como nós, se têm empenhado nessa ingente tarefa de busca do aprimoramento do ensino do Direito.

DIREITO DO ENSINO

UNIÃO ESTÁVEL. ANTIGA FORMA DE CASAMENTO DE FATO

Álvaro Villaça Azevedo

Diretor da Faculdade de Direito da USP

Professor Titular do Departamento de Direito Civil da FDUSP

Professor Titular de Direito Civil e Romano da Faculdade
de Direito da Universidade Mackenzie

Resumo:

O casamento consistia, em épocas antigas, na celebração religiosa ou em ato decorrente do próprio interesse das partes, sem nenhuma participação do Estado.

Na lei romana existia, particularmente, o casamento com a celebração de caráter religioso (“*confarreatio*”), o casamento pela compra simulada da mulher (“*coemptio*”), o casamento pelo direito comum, pela posse continuada (“*usus*”), o concubinato, tendo importância a vida familiar como marido e mulher, sem casamento (“*concubinatus*”) e o casamento entre escravos (“*contubernium*”).

Resquícios destas configurações da constituição familiar chegaram até a Idade Média, alcançando a lei brasileira, pelas Ordenações do Reino de Portugal, especialmente pelas Ordenações Filipinas, de 1603. Nestas havia: a. o casamento religioso; b. o casamento clandestino (*secreto*), também conhecido como casamento do direito comum ou chamado casamento dos *conhucados*, no qual a estabilidade da vida familiar entre o homem e a mulher, que constituíam a família, levava-os à condição de casados; e c. o casamento por escritura pública, perante duas testemunhas.

Com a edição, entre nós, do Decreto n. 181, de 1890, que estabeleceu o casamento civil, com formalidades severas, aproximadamente há mais de cem anos atrás, as outras formas de constituição de família, que eram aceitas pela sociedade brasileira, passaram a não mais ser admitidas pelo Governo.

Também, como o divórcio era proibido, sendo-o até o advento da Lei n. 6.515, de 27.12.77, aqueles que se judicialmente (àquela época chamados “*desquitados*”) viviam em concubinato puro, isto é, nem adúlterino nem incestuoso.

O casamento de fato era o que hoje chamamos de concubinato *puro*, como visto, e ainda havia o concubinato impuro (incestuoso ou adúlterino) que tinha sido sempre condenado. Desde então, o sentido pejorativo da palavra *concubinato* foi extinto, gradualmente, entre nós, como uma reconquista, pelo nosso povo, do antigo casamento de fato. Essa forma de casamento persiste em vários outros países como “casamento de direito comum” em quatorze Estados norte-americanos; na Escócia, com o mesmo nome; e no Estado mexicano de Tamaulipas - casamento por comportamento.

A Constituição Federal brasileira, de 05.10.88, reconheceu o concubinato puro como uma forma de constituição familiar, sob o nome de união estável.

Sob a influência da nova Constituição, a união estável foi regulada pela Lei n. 8.971, de 29.12.94, protegendo os direitos do companheiro, concedendo-lhes alimentos e herança; atualmente projetos estão tramitando, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (as duas Casas que constituem o Congresso Nacional), para a regulamentação do Estatuto dos Concubinos.

Sobre a união estável, a liberdade dos companheiros é maior, porque eles vivem como se fossem marido e mulher, mas, na realidade, eles não o são. Não há estado conjugal mas, simplesmente, uma vida familiar ou concubinato. Por outro lado, destaca-se que, sob o prisma psicológico, atualmente, as pessoas casadas, só religiosamente, sem que tenha existido registro de seu casamento, embora se sintam casadas, vivem sob o regime da união estável.

É necessário que haja possibilidade de considerar a união estável como uma espécie nova de casamento de fato, o que eu proponho.

Assim, para mim, já com esse espírito “*de iure constituendo*”, o casamento de fato ou união estável é a convivência não-adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados, sob o mesmo teto ou não, constituindo, conseqüentemente, sua família de fato.

Abstract:

The marriage implied, in the old times, in the religious celebration or, for the own interested parts, without any participation of the State.

In the Roman Law existed, particularly, the marriage with a celebration of religious character (“*confarreatio*”), the marriage by a simulate purchase of the woman (“*coemptio*”), the common law marriage, by the continuous possession (“*usus*”), the concubinage, having importance the family life as husband and wife, without marriage (“*concubinatus*”) and the marriage among slaves (“*contubernium*”).

Those configurations of family constitution remained in the Middle Age, reached the Brazilian Law, through the Kingdom Ordinations, from Portugal, especially by the Phillipines Ordinations, from 1603. In those ones there were: a) the religious marriage; b) the clandestine (secret) marriage, also known as common law marriage or called marriage of “*conhuçudos*”, in which the durable family life of the man and the woman, who were constituting a family, led them to the condition of being married; and c) the marriage by public assignment, in front of two witnesses.

With the edition, among us, of the Decree n. 181, from 1890, which established the Civil Law Marriage, with formal severity, almost more than one hundred years ago, the others forms of family constitution, that were being accepted by the Brazilian society, were no more acknowledged, as they were, by the government.

Also, how the divorce was prohibited, what lasted till the arrival of the Law n. 6.515, from 27.12.77, those who separated judiciously (at that time called separated “*desquitados*”) lived in a pure common law marriage, that is, neither in an adulterine nor in an incestuous way.

The common law marriage was today what we call pure common law marriage, as seen, and there is the impure common law marriage (incestuous or adulterine), that has been always condemned. Since then, the depreciative sense of the word concubinage extinguished, gradually, among us, as a reconquest, by our people, of the old common law marriage. This form of marriage lasts in several other countries as the “married on common law”, in fourteen American States; in Scotland, with the same name; and in the Mexican State of Tamaulipas marriage by behavior (“casamiento por comportamiento”).

The Federal Brazilian Constitution, from 05.10.88, recognized the pure concubinage, as a form of family constitution, under the name of steady union.

Under the atmosphere of the new Constitution, the steady union was regulated, by the Law n. 8.971, from 29.12.94, taking care of the companions’ rights concerning alimony and succession; presently projects are going through the proper channels, in the Deputy Chamber and the Federal Senate (two Legislative Houses that constitute the National Congress), for the regulation of the Statute of the Concubines.

On the stable union, the liberty of the companions is greater, because they live as if they were husband and wife, but, in reality, they are not. There is no conjugal estate, but simply, a family life or a concubinage.

On the other hand, it is important to stand out that, under the psychologic aspect, presently, the married people, who got married only in a religious way, with no wedding register, although they feel as being married, they live under the stable union regimen.

It is necessary that there is the possibility of considering the stable union like a new kind of common law marriage, that is what I propose.

This, for me, already with this spirit “de iure constituendo” the common law marriage or the stable union is the family life neither adulterine nor incestuous, durable, public and continuous of a man and a woman, without matrimonial entailment, and living as being married, under the same roof or not and, consequently, constituting their real family.

Sumário:

- 1 Considerações iniciais
- 2 - Breves aspectos históricos
- 3 Causas do concubinato
- 4 Conceito e espécies de concubinato
- 5 Concubinato e sociedade de fato
- 6 Regulamentação do concubinato
- 7 - Constituição de 1988
- 8 - Orientação da Jurisprudência, após a Constituição de 1988
- 9 - Casamento de fato e união estável
- 10 Lei n. 8.971, de 29.12.1994
- 11 Meu entendimento.

1 - Considerações Iniciais

Foi aprovado, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 1.888, de 1991, de autoria da deputada Beth Azize, em que figurou como relator o deputado Edésio Passos, fundamentado, parcialmente, no Esboço de Anteprojeto de lei, às páginas 280 a 283, de meu livro *Do Concubinato ao Casamento de Fato* (Editora Cejup, Belém do Pará, 2ª edição, 1987, 306 páginas).

Atualmente, esse mesmo Projeto de Lei encaminhou-se ao Senado Federal, tomando o n. 84, de 1994, tendo como relator o senador Wilson Martins. Este projeto, mais completo, resgatou artigos do meu aludido Esboço, que tinham sido retirados do Projeto originário, da Câmara dos Deputados.

Tudo, para que seja regulamentada a União Estável, prevista no § 3º do art. 226 da Constituição Federal, como uma das formas de instituição da família brasileira.

2 - Breves Aspectos Históricos

Na antigüidade, a família era, em geral, constituída por meio de celebrações religiosas ou por meio de simples convivência.

No Direito Romano, a mulher passava a integrar a família de seu marido, pela *conventio in manum*, sujeitando-se à *manus*, que era o poder marital, por uma das seguintes formas de constituição familiar: a) pela *confarreatio*, que consistia em uma cerimônia religiosa, reservada ao patriciado, com excessivas

formalidades, com a oferta a Jupiter de um pão de farinha (*panis farreum*), que os nubentes comiam, juntos, realizada perante dez testemunhas e perante o sacerdote de Júpiter (*flamen Dialis*); b) pela *coemptio*, casamento privativo dos plebeus, que implicava à venda simbólica da mulher ao marido, assemelhando-se, pela forma, à *mancipatio*; e c) pelo *usus*, que era o casamento pela convivência ininterrupta do homem e da mulher, por um ano, em estado possessório, que, automaticamente, fazia nascer o poder marital, a não ser que, em cada período de um ano, a mulher passasse três noites fora do lar conjugal (*trinoctii usurpatio*).

Além, dessas formas de casamento, existiu o concubinato, em Roma, regulamentado, de modo indireto, à época do imperador Augusto, pelas *Lex Iulia* e *Papia Poppaea de maritandis ordinibus*.

Embora tendo reprovado o concubinato, como forma de constituição de família, a Igreja Católica tolerou-o, quando não se cuidasse de união comprometedora do casamento ou quando incestuosa, até sua proibição pelo Concílio de Trento, em 1563.

Ressalte-se, em verdade, que a existência do casamento, nos moldes de antigamente, sem os formalismos exagerados de hoje, não possibilitava, praticamente, a formação familiar sob o modo concubinário.

Realmente, bastava que um homem convivesse com uma mulher, por algum tempo, como se casados, com ou sem celebração religiosa, para que se considerassem sob casamento. Isto, porque, nessa época, o concubinato puro, não adúlterino nem incestuoso, que é utilizado, hoje, como modo de constituição de família, era o casamento de fato, provado por escritura pública ou por duas testemunhas.

Esse, o casamento de fato, que, sob a singela forma de convivência no lar, selava a união dos cônjuges, sob o pálio do Direito Natural.

O concubinato, portanto, existia somente adúlterino, como concorrente e paralelamente ao casamento, de modo excepcional e desabonador da família.

Todavia, desrespeitando essa lei natural e simples, entendeu o legislador de criar formalismos ao casamento, criando-o de modo artificial, na lei, quando, em verdade, ele é um fato social, que a legislação deve regular, somente no tocante a seus efeitos, para impedir violações de direitos.

Assim, editou-se, no Brasil, o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, que secularizou o casamento. A partir dele, o formalismo tomou conta da

legislação brasileira, em matéria de casamento, reeditando-se o sistema no Código Civil.

Com isso, deixou o Estado brasileiro não-só de considerar o casamento de fato (por mera convivência duradoura dos cônjuges), bem como o casamento religioso, que, hoje, por si só, sem o posterior registro civil, é considerado concubinato. Não tem ele existência autônoma, independente, como antes desse Decreto de 1890.

3 Causas do Concubinato

A par desse sistema formal, com muitos óbices à separação, e a par das dificuldades ao registro do casamento religioso, surgiu, paralelamente, uma nova tendência de constituição de família, pelo concubinato, que existe com grande intensidade nos países latino-americanos.

Ressalte-se, como visto, e mais uma vez, que, entre nós, a falta de registro civil do casamento religioso, base secular de constituição de família, importa concubinato.

É certo, ainda, que, com o advento do progresso e a agitação nos centros urbanos, diminuíram, sobremaneira e paulatinamente, a tolerância e a compreensão dos problemas aflitivos dos casais, levando-os, nesse estado de coisas, aos desquites (hoje, separações judiciais).

Como crescesse o número de desquites, era preciso que se possibilitasse a existência do divórcio, pela reforma constitucional, que só ocorreu em meados de 1977.

Embora a sociedade brasileira reprovasse o concubinato, também como forma de constituição familiar, no começo do século, o certo é que, com esse número crescente de desquitados, impossibilitados de se casarem, eles constituíram suas novas famílias, à margem da proteção legal, cumprindo o desígnio da lei natural de que o homem é animal gregário e necessita dessa convivência no lar.

Quando surgiu a lei do divórcio, a par de nova filosofia liberal do povo, já a sociedade acostumara-se à família concubinária, que preenche, atualmente, grande espaço de nossa sociedade, com problemas seriíssimos, que necessitam de cuidados legislativos.

4 Conceito e Espécies de Concubinato

Todavia, neste passo, é indispensável que se conceitue o concubinato, por suas espécies, para diferenciá-las, devidamente.

Em sentido etimológico, *concubinatus*, do verbo *concumbere* ou *concubare* (derivado do grego), significava, então, mancebia, abarregamento, amasiamento.

Apresenta-se esse vocábulo, atualmente, com dois sentidos: amplo e estrito. Pelo sentido amplo ou *lato*, significa todo e qualquer relacionamento sexual livre; pelo sentido estrito, é a união duradoura, constituindo a sociedade familiar de fato, com *affectio societatis*, respeito e lealdade recíprocos.

Como se pode aquilatar, esse sentido amplo compreende, inclusive, a concubinagem, com relacionamentos reprováveis, tal, por exemplo, o adúlterino, que leva uma pessoa casada a conviver, concubinariamente, em concorrência com sua vida conjugal.

Daí a necessidade de fixar-se o conceito de concubinato, em sua significação estrita, com fundamento no art. 1.363 do Código Civil, onde se assegura que a sociedade de fato nasce do somatório recíproco de esforços, pessoais ou materiais, para a obtenção de fins comuns.

À falta de outro dispositivo legal, mais específico, é nesse que se encontra a base da constituição da família de fato, que se mostra pela coabitação dos concubinos, como se casados fossem, presos pela *affectio societatis*, com a responsabilidade de provisão do lar pelo concubino, com o auxílio de sua mulher, cuidando ambos de sua prole.

Por isso que nenhuma sociedade pode existir sem a colaboração e a lealdade dos sócios.

Com esses dados e elementos, é possível, agora, conceituar o concubinato, abrangendo todas as suas espécies, como a união estável, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, não ligados por vínculo matrimonial ou concubinário, mas convivendo como se casados, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato.

Desses elementos surgem as espécies de concubinato: *puro e impuro*.

É *puro* o concubinato, quando se constitui a família de fato, sem qualquer detrimento da família legítima ou de outra família de fato (este poderá rotular-se, também, de concubinato leal). Assim, ocorre, por exemplo, quando coabitam solteiros, viúvos e separados judicialmente, sob essa forma familiar.

Impuro é o concubinato, se for adúltero, incestuoso ou desleal, como, respectivamente, o de um homem casado, que mantenha, paralelamente a seu lar, outro de fato; o de um pai com sua filha; e o de um concubino formando um outro concubinato.

Ressalte-se, neste passo, que, segundo meu entendimento, se o concubinato for adúltero ou desleal, mas o concubino faltoso estiver separado de fato de seu cônjuge ou de seu concubino anterior, cessará a adúlteridade ou a deslealdade, tornando-se *puro* seu concubinato.

Entendo que o concubinato *puro* ou concubinato simplesmente, ou união estável, na expressão atual de nossa Constituição, deve merecer, por parte dos Poderes Públicos, completa proteção; diferentemente do que deve suceder com o concubinato *impuro* ou concubinagem. Aduz-se que deste último não devem, em geral, ser protegidos seus efeitos, a não ser ao concubino de boa-fé, como acontece analogamente, com o casamento putativo e para evitar locupletamento indevido, quando a concubina, mesmo em adultério, aumenta o patrimônio do concubino casado.

5 Concubinato e Sociedade de Fato

Nossa doutrina e jurisprudência têm diferenciado a situação concubinária da sociedade de fato.

Realmente, a par do concubinato, vislumbrado em conceito já expandido, a comprovação da existência de sociedade de fato, patrimonial, entre os concubinos, é exigida pelo Supremo Tribunal Federal, pelo princípio sumulado sob n. 380, para que se possibilite a dissolução judicial societária, com a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum.

Em apoio a essa súmula, têm entendido nossos Tribunais que o simples concubinato não gera direitos ao patrimônio do companheiro, sendo indispensável a prova para formação da sociedade de fato, com a efetiva colaboração econômica ou financeira dos concubinos, a realização de seu patrimônio comum.

Em que pese esse posicionamento de torrencial jurisprudência, entendo que, sendo o concubinato puro, união estável, basta a convivência concubinária, para que seja de admitir-se o condomínio. Neste caso, deve presumir-se o esforço comum dos concubinos, pois não se uniram eles sob mera sociedade de fato, em qualquer empresa em que se vislumbre interesse meramente econômico,

mas com o propósito de constituírem sua família. Esta última posição encontra respaldo em alguns acórdãos de nossos Tribunais.

Mas esse apoio à relação concubinária *pura*, que pretendo, deve ser retirado quanto ao concubinato *impuro* ou desleal; nesse caso deve ser exigida prova da aquisição patrimonial.

Entretanto, a atual súmula 380, citada, não diferencia entre as espécies de concubinato, exigindo essa participação comum, na aquisição proprietária, tanto numa quanto noutra espécie de concubinato. E, exigindo essa participação efetiva, de cunho econômico, a mesma súmula iguala a sociedade concubinária com outra qualquer, alheia aos desígnios familiares, negando o cunho de contribuição espiritual, que existe no lar.

6 - Regulamentação do Concubinato

É certo que a família de fato vive em maior clima de liberdade, do que a família de direito.

Todavia, a excessiva liberdade, em Direito, é muito perigosa, pois acaba por escravizar o mais fraco. Tudo, porque essa liberdade não pode ser totalmente desapegada de regulamentação, há que ser condicionada, pois ela termina, onde outra começa.

Assim, o Estado tem interesse em proteger as pessoas, evitando lesões de direito.

No fundo, o amor que liga os conviventes, ao primeiro impacto da união, é como a afeição dos sócios em uma empresa qualquer: pode acabar. Entretanto, quando uma sociedade civil ou comercial termina, não é o mesmo que o findar de uma sociedade de família. Esta é mais apegada a regras morais e religiosas, ao Direito Natural, devendo ter uma proteção maior, no âmbito do Direito de Família, para que se respeite a célula, onde, no mais das vezes, com o nascimento de filhos, grava-se a natureza pela descendência, contrariando qualquer reprovação, que possa existir contra essa situação fática.

Na sociedade familiar de fato, como na de direito, os interesses são, preponderantemente, de cunho pessoal e imaterial. Isto, sem se cogitar do interesse maior do Estado, em preservar sua própria existência, mantendo no lar, as famílias, em relativo estado de felicidade e de segurança financeira.

Porém, ao lado dessa liberdade convivencial, impõe-se a responsabilidade, para que, em nome daquela, não cresça demais o direito de um concubino, a ponto de lesar o do outro.

A família de fato não pode viver sob um clima de liberdade sem responsabilidade, tanto que, mesmo sem estar regulamentada, legalmente, em um só todo, já algumas normas existem a seu respeito, talhadas na lei, na jurisprudência e na doutrina.

Não se pode, em sã consciência, admitir que o regramento de conduta, na família de fato, seja inibidora da liberdade, porque, em Direito, cuida-se da liberdade jurídica, que vive no complexo do relacionamento humano, com as limitações necessárias.

Realmente, se é lícito que duas pessoas vivam como marido e mulher, sem serem casadas, não há que se admitir que, em caso de abandono ou de falecimento, bens fiquem em nome de uma delas, embora, por justiça, pertençam a ambos. Essa liberdade seria escravizante a possibilitar lesão, enriquecimento ilícito, o que é incompatível com o pensamento jurídico. O Estado há que intervir nessas situações, sendo melhor que o faça antes, regulamentando a matéria relativa à família de fato. Essa regulamentação, pelo Estatuto da União Estável, que venho propondo, deve mantê-la em sua forma natural, preservando-se a liberdade dos conviventes, mas sob clima de responsabilidade, para que exista segurança, em caso de lesão. Esta deve ser, sempre, prevista, para ser repelida.

Esse é o meu lema, para a regulamentação da união estável: *Liberdade com Responsabilidade*.

7 Constituição de 1988

A Constituição de 1988, pelo § 3º de seu art. 226, reconheceu o concubinato *puro*, não-adulterino nem incestuoso, como forma de constituição de família, como instituto, portanto, de Direito de Família.

Houve, por bem, ainda, o legislador constituinte substituir a palavra concubinato, pela expressão *união estável*, para inaugurar nova era de compreensão aos conviventes, respeitando seus direitos e sua sociedade de fato, que sempre existiu, antes do Decreto n. 181, de 1890, sob forma de casamento de fato ou presumido.

Por outro lado, entretanto, não estendeu essa mesma Constituição ao casamento religioso, como entendo correto, os efeitos do casamento civil, para

recuperar sua antiga dignidade, ante o Estado. Limita-se ela, por seu art. 226, § 2º, a dizer, do mesmo modo que a anterior, que *"o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei"*. Esta, entretanto (Lei n. 1.110, de 23 de maio de 1950), só admite tal efeito quando pré ou pós-existe a habilitação para o casamento civil.

Assim, tanto o casamento civil, quanto o religioso, com suas formalidades próprias, devem existir, no meu entender, automática e independentemente.

A união estável precisa ser regulamentada, para que não existam abusos entre os conviventes, que devem ser livres na convivência, mas responsáveis.

8 - Orientação da Jurisprudência, Após a Constituição de 1988

Antes de editada a Constituição Federal de 5.10.88, e mais remotamente, a jurisprudência negava quaisquer direitos decorrentes da relação concubinária.

Depois, passou a jurisprudência a conceder indenização à concubina, por serviços domésticos prestados a seu companheiro.

Finalmente, com fundamento, dentre outros, no art. 1.363 do Código Civil, editou-se a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, já citada. Por ela, considerou-se, de um lado, o concubinato; de outro, a sociedade de fato entre concubinos.

Como visto, referido princípio sumulado criou, em nosso Direito de Família, a "teoria da sociedade de fato", exemplo do que ocorreu na jurisprudência francesa.

Desse modo, não bastava a prova da vida concubinária pura, mas a existência da sociedade de fato entre os concubinos, para justificar-se a partilha de seus bens.

O intuito foi, mesmo, de mostrar a necessidade de uma participação extraconcubinária, na aquisição patrimonial, a título oneroso (não-gratuito). Caso contrário, não haveria de fazer-se essa diferenciação entre sociedade concubinária e de fato, pois esta última pode ocorrer independentemente de relação familiar, com o somatório de esforços e/ou recursos para a obtenção de fins comuns, numa sociedade civil ou comercial.

Malgrado esse entendimento da necessidade de colaboração da concubina, para o aumento do patrimônio do casal concubinário, com uma visão

muito mais econômica do que pessoal, a Constituição Federal de 1988 contribuiu para uma interpretação mais justa nas relações concubinárias.

Assim, o enunciado da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, com a evolução jurisprudencial ocorrida nessa mais Alta Corte de Justiça, entendeu-se como harmonizado com a orientação consagrada pelo Supremo Tribunal de Justiça, conforme se percebe por julgados deste, desde sua instalação, que se deu por obra do legislador constituinte. Destaque-se que, por essa evolução, se começou a admitir a contribuição indireta para a formação do patrimônio dos concubinos.

Realmente, assentou a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, 18.10.94, sendo relator o ministro Cláudio Santos (JSTJ e TRF-Lex 68/77): *“a concubina faz jus à partilha de bens, se demonstrada sua contribuição para a formação do patrimônio, não se exigindo a participação direta. Compreensão que se harmoniza com o enunciado n. 380 do egrégio STF”*

Desse modo, malgrado decisão do Supremo Tribunal Federal, por sua 2ª Turma, em 25.8.81, sendo relator o ministro Moreira Alves (RT 553/261: ver também orientação, nesse sentido, do STF, in RTS 117/1.264; no STJ, na mesma tecla, destaca-se decisão isolada no RE 5.202, relator ministro Barros Monteiro), no sentido de que, em sociedade de fato entre concubinos, a concubina deve provar que, *“com capital ou com trabalho, contribuiu para a aquisição dos bens pelo concubino durante o concubinato”* e que não se deve cogitar de *“aspectos pessoais e espirituais da convivência more uxorio”* é perfeitamente possível, também pela própria evolução jurisprudencial de nossa Corte Suprema, admitir-se a *“contribuição indireta da ex-companheira” no amealhar desse patrimônio, como reconhecido no decisório anteriormente citado. Pode, assim, essa contribuição consistir “na realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa, aí incluída a prestação de serviços domésticos” “diminuição de despesas (economia) proporcionada pela execução das atividades de cunho doméstico pela ex-companheira”* (REsp 38.657-SP, relator ministro Sálvio de Figueiredo, j. em 22.3.94).

Acentuou, ainda, nesse sentido, a mesma 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 27.3.90, sendo relator o ministro Eduardo Ribeiro (RSTJ 9/361: no mesmo diapasão, REsp 483-RJ, 3ª Turma, relator ministro Nilson Naves, DJ 9.10.90, in JSTJ e TRF-Lex 20/62-75; REsp 45.886-SP, 4ª Turma, relator ministro Athos Carneiro, DJ 24.2.92), que a contribuição indireta, pela concubina, *“ainda que eventualmente restrita ao trabalho doméstico, poderá ser o bastante”*

Para que exista sociedade de fato, não há necessidade de que contribua a concubina “*com a entrega de dinheiro ao concubino; admite-se para tanto que a sua colaboração possa decorrer das próprias atividades exercidas no recesso do lar (administração da casa, criação e educação dos filhos)*” julgou a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 9.8.94, sendo relator o ministro Barros Monteiro (JSTJ e TRF-Lex 67/55).

Destaque-se, neste ponto, importante decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 21.8.90, por sua 3ª Turma, sendo relator o ministro Cláudio Santos (AASP 1.766, de 28.10 a 3.11.92, pp. 407 a 414) em que se reconheceu a “*contribuição indireta para a formação do patrimônio do casal*” e a “*inexistência de dissídio com a Súmula n. 380/STF*”, com a conseqüente partilha de bens entre os concubinos.

Nesse julgado, vê-se, nítida, a preocupação do ministro relator de declarar sua convicção de que “*nesta Corte, causas como estas, que envolvam a aplicação da Súmula n. 380, certamente hão de exigir maiores reflexões sobre a sua manutenção ou não, considerando-se, principalmente, as avançadas idéias a respeito da família traduzidas no verbo da nova Constituição da República, de certa forma fiel à realidade social brasileira*”

Bem ponderou o douto ministro que, do enunciado da Súmula n.380/STF, “*a grande discussão levada aos tribunais constituiu em saber qual é o alcance que deverá ser dado, pela jurisprudência à expressão esforço comum*” E, após citar várias decisões do Supremo Tribunal Federal (RTJ 75/936, RE 81.012-GB, j. em 1.3.75, relator ministro Moreira Alves; RTJ 101/323, RE 93.644, 2ª Turma, j. em 25.8.81; RE 91.120, relator ministro Cordeiro Guerra, não-publicado na RTJ; RE 91.806, in RTJ 96/866, relator ministro Décio Miranda), concluiu que o entendimento dessa Corte Suprema é o de que o simples concubinato não gera direitos ao matrimônio do companheiro, devendo ser comprovada sociedade de fato e a participação, “*com capital ou com trabalho*”, na aquisição dos bens partilháveis, de natureza econômica.

Nessa excelente pesquisa, quanto a esse entendimento de nossa Corte Suprema, aponta o mesmo ministro Cláudio Santos, em seqüência, que “*apenas o ministro Leitão de Abreu se posicionou favorável à presunção da sociedade de fato, quando provada a vida more uxorio admitindo, em conseqüência, o direito à partilha dos bens adquiridos durante o concubinato (RT 540/219)*”

Mencionam-se, ainda, nesse acórdão sob análise, decisão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível n. 3.600/88, sendo relator o desembargador Carlos Alberto Menezes Direito, em que se reconheceu a união estável acolhida, constitucionalmente, como entidade familiar, sendo certo que, provada essa união, *“pela longa convivência comum é cabível a meação dos bens adquiridos na constância desta”*

Lembra, então, nesse passo, o ministro Cláudio Santos, que foi relator desse último citado caso. Destacando: *“o tema em si, não foi abordado, eis que não conhecido o recurso, porém em meu voto fiz as seguintes considerações, inclusive transcrevendo trechos do brilhante voto do relator na instância ordinária: ‘no que tange à contrariedade ao art. 1.363 do Código Civil, a versar, sobre a celebração do contrato de sociedade, não demonstrada está a violação, tanto mais que não cogitou a decisão desse tipo de sociedade mas sim dos efeitos da união estável, com a aparência de casamento’ Efetivamente, é a seguinte a fundamentação do acórdão, na lavra do desembargador Carlos Alberto Menezes Direito: ‘é certo que a interpretação construtiva que buscou escólios no art. 1.363 do Código Civil, tende necessariamente a encontrar amparo no fato natural da vida em comum, deslocando-se do cenário meramente econômico’ Como anota Álvaro Villaça Azevedo, litteris: ‘mesmo a admitir-se, com a citada Súmula n. 380, que é indispensável o ‘esforço comum’ dos concubinos nessa formação de seu patrimônio, há que entender-se esse esforço em sentido amplo, pois, nem sempre ele resulta de natureza econômica, podendo implicar estreita colaboração de ordem pessoal, às vezes de muito maior valia’ (cfr. Do Concubinato ao Casamento de Fato, CEJUP, 2ª ed., p. 80)”*

Muitos outros julgados, além dos já citados, vêm surgindo sem a exigência do exercício do trabalho remunerado da companheira, ao tempo da aquisição patrimonial pelo companheiro, como assentado no REsp 361-RJ (DJ 30.10.89, 4ª Turma, relator ministro Fontes de Alencar).

Tenha-se presente exemplar acórdão da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 17.12.91, sendo relator o desembargador Cezar Peluso (AASP 1.765, de 21 a 27.10.92, p. 396), em que se entendeu que, *“adquirindo patrimônio durante a união estável, sujeita aos princípios jurídicos do Direito da Família, têm os concubinos, ou ex-concubinos, direito à partilha, ainda que a contribuição de um deles, em geral da mulher, não haja sido direta, ou pecuniária, se não indireta, a qual tanto pode estar na direção educacional dos*

filhos, no trabalho doméstico, ou em serviços materiais doutra ordem, como na ajuda em termos de afeto, estímulo e amparo psicológico”

Como restou evidenciado, até este ponto de minha exposição há um ano e meio, aproximadamente, da edição do texto constitucional vigente, em meu citado livro *Do Concubinato ao Casamento de Fato*, defendia eu a necessidade de inserir-se o concubinato puro sob proteção da Lei Maior e de admitir-se a presunção de condomínio dos bens adquiridos onerosamente na constância do concubinato pelo esforço dos concubinos, fosse de caráter econômico (material) ou pessoal (imaterial, espiritual).

Ressalta-se, neste passo, o texto do art. 10, proposto em meu esboço de Anteprojeto: *“Patrimônio - Os bens móveis e imóveis, adquiridos por um ou por outro ou por ambos os concubinos, na constância do concubinato e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio, e em partes iguais, salvo estipulação contratual escrita, em contrário”*

Com a edição da recente lei, que instituiu, entre nós, o Estatuto dos Concubinos, minha posição doutrinária fica consolidada, não tendo mais razão de ser, em matéria de Direito de Família, a diferença entre concubinato puro e sociedade de fato, pois a simples convivência concubinária pura, nos moldes dessa novel legislação, assegura aos conviventes o direito de propriedade, em igualdade de condições, sobre os bens adquiridos, onerosamente na constância do concubinato, salvo prova escrita em contrário.

9 - Casamento de Fato e União Estável

Como visto, tanto a união estável quanto o antigo casamento de fato nascem, espontânea e naturalmente, na sociedade, isentos de formalismos.

Em verdade, a união estável de hoje, nada mais é, na sua aparência, do que o antigo casamento de fato ou presumido.

Entretanto, no casamento de fato, os conviventes sentem-se casados, como esposos, porque são casados, tal como o casamento da *common law*, que existe hoje em alguns Estados americanos, o por comportamento do Estado de Tamaulipas, no México, o da Escócia e o casamento de fato ou clandestino admitido pelas Ordenações Filipinas, até o advento do aludido Decreto n. 181, de 1890, que instituiu, entre nós, o casamento civil.

Desse modo, pelo casamento de fato, desde o início da convivência, sem quaisquer formalidades de celebração, ainda que religiosa, existe o casamento presumido.

Na união estável, a liberdade dos conviventes é maior, porque vivem como se fossem marido e mulher, mas sem o serem, em verdade. Não existe o estado conjugal, mas, meramente, o convivencial ou concubinário.

Por outro lado, destaque-se que, sob o prisma psicológico, atualmente, as pessoas casadas, só religiosamente, sem que tenha existido registro de seu casamento, embora se sintam casadas, vivem sob o regime da união estável.

10 - Lei n. 8.971, de 29.12.1994

Muitos têm considerado como Estatuto dos Concubinos o preceituado na Lei n. 8.971/94, que assegura aos concubinos direitos a alimentos e à sucessão.

Todavia, essa lei não apresenta características de um Estatuto, pois nada faz além de, simplesmente, conceder aos concubinos direitos que são concedidos aos cônjuges.

Com a edição da Lei n. 8.971, de 29.12.94, regulou-se o “*direito dos companheiros a alimentos e à sucessão*”

Antes dessa lei e mesmo antes do advento da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência vinha negando, sistematicamente, alimentos aos conviventes, a não ser quando por estes contratados.

Desse modo, tem sido julgado que, sem prova da obrigação, não há como embasar pedido de alimentos entre companheiros (RTJ 80/119; RT 595/270, 516/58 e 459/187); que, sem contrato com obrigação alimentar prevista, não é de admitir-se pensionamento (RT 594/48; 557/64 e RJTJSP-Lex 138/42, 132/46, 119/26 e 51/30).

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que “*a sociedade de fato se situa no terreno do direito das obrigações, razão por que não dão margem a ela aspectos pessoais e espirituais da convivência ‘more uxorio’*” (RTJ 101/323; outras decisões no mesmo sentido, in RJTJSP-Lex 129/36, 113/469).

Embora entenda que a matéria concubinária pertença ao âmbito do Direito de Família, não fui eu favorável ao direito alimentar entre conviventes, no meu Estatuto dos Concubinos (art. 4º) (veja p. 16), a não ser quando expressamente contratados, conforme reconheceu unanimemente, a 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 25.05.90, sendo relator o desembargador Roque

Komatsu (RJTJSP-Lex 131/60), com suporte, também, nas lições do professor Yussef Said Cahali.

A jurisprudência vem decidindo que a norma constitucional do § 3º do art. 226 criou função para o Estado e não para a relação concubinária, não tendo equiparado o concubinato ao casamento (RT 675/107, 674/107, 653/105; RJTJSP-Lex 126/45).

Realmente, não houve a aludida equiparação, pois a união estável foi reconhecida, como integrante do Direito de Família, como uma das formas de constituição familiar, nos moldes como foi escolhida pela sociedade. Em verdade, a união estável ou o concubinato puro foi o ressurgimento do casamento de fato, arraigado no costume popular.

A lei sob estudo, criou entre os conviventes o direito material a alimentos, pondo termo às controvérsias existentes quando de sua edição.

Ressalte-se, neste ponto, que o então juiz Sérgio Gisckow Pereira, do Tribunal da Alçada do Rio Grande do Sul (“*A união estável e os alimentos*” artigo in RT 657/20), hoje desembargador, entende que, tendo a Constituição Federal de 1988 evidenciado que o Estatuto protege a união estável, o Poder Judiciário é igualmente Estado, devendo conceder o direito alimentar em matéria concubinária. E, como visto, desde a edição o texto constitucional.

Pondera em bom raciocínio esse magistrado: “*se a relação concubinária provoca perda de alimentos percebidos em decorrência de anterior casamento, como é pacífico em nosso País, obviamente esta linha de pensamento só pode partir do pressuposto da existência de um dever alimentar entre os concubinos!*”

Entretanto entendeu a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em 2.10.84, sendo relator o desembargador Valle da Fonseca (RT 597/189), que não se justifica que a mulher, hoje com direitos iguais ao homem em condições de trabalhar para manter-se, peça pensão a seu marido. Bem ponderou em referido julgado, que, ante o art. 19 da Lei do Divórcio, n. 6.515 de 26.12.77, duas são as situações em que um cônjuge deve prestar alimentos ao outro: ser responsável pela separação do casal e o cônjuge inocente necessita de alimentos.

Também a 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 29.8.89, sendo relator o desembargador Walter Moraes (RT 647/86) bem decidiu que o pedido de alimentos “*é inadmissível por incompatibilidade com a regra constitucional da igualdade absoluta*”

O art. 1º da Lei n. 8.971/94 concede à companheira ou companheiro, na união estável (concubinato puro), após a convivência de cinco anos ou a existência de prole, o direito a alimentos, nos moldes da Lei n. 5.478, de 25.7.68, “*enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade*”

Reafirmo que, em meu Esboço de Anteprojeto de “Estatuto dos Concubinos”, não fui favorável à concessão de direito a alimentos entre conviventes, a não ser quando contratados por escrito.

Acontece que já existia uma ligeira tendência jurisprudencial à concessão desses alimentos, após a Constituição de 1988: talvez, por esta, em seu art. 226 § 3º recomenda que a lei facilite a conversão da união estável em casamento. Isto, principalmente, nos Tribunais de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro (conferir *RT 657/20 a 22* e *AASP 1.602/210*).

Desse modo, concedendo direito alimentar aos conviventes, reconhece a lei, sob cogitação, os mesmos direitos e deveres existentes entre os cônjuges, constantes da aludida Lei de Alimentos, n. 5.478, de 1968.

Todavia, entre os conviventes, esse direito-dever alimentar existe, tão-somente, após o decurso de prazo de cinco anos ou o nascimento de filho. Surge, assim, a dificuldade de comprovação do relacionamento concubinário, *initio litis*, já que de cunho eminentemente fático, de difícil comprovação por documentos.

Havendo prole, o casal concubinário consta da certidão de nascimento, como pais da criança. Na ausência de filhos, é possível que exista prova documental da união estável, como a certidão de seu casamento religioso, sem efeitos civis. Os documentos indicadores dessa união são, por exemplo, contrato escrito de concubinato, contrato de locação, contrato de sociedade, carta, fotografia, nota fiscal com o endereço do casal, requerimento em juízo ou em repartições públicas, etc.

Caso o juiz não se convença dessa comprovação de vida concubinária ou tenha dúvidas quanto ao prazo de sua duração, poderá, a meu ver, para conceder alimentos provisórios, designar audiência de justificação prévia, ouvindo-se testemunhas (vizinhos, zeladores, vendedores de bairro de seu domicílio, etc.).

Se a prova da convivência não puder ser obtida, liminarmente, não serão concedidos alimentos provisórios, devendo o feito seguir o rito ordinário.

O dispositivo sob análise estabelece que o postulante de alimentos comprove a necessidade destes, não sendo, portanto, automática a aquisição desse crédito alimentar. Estabelece, ainda, a causa de cessação desse pensionamento, com a constituição, pelo alimentado, de nova união, seja concubinária ou matrimonial.

Porém, esse art. 1º não menciona a hipótese de mau comportamento do convivente alimentado, que é prevista, corretamente, pela jurisprudência, como causa de perda da pensão alimentícia. Não é correto que o convivente, que se entregue a maus costumes, como à prostituição, por exemplo, continue a receber alimentos de seu companheiro.

Também não entendo que seja justo que o convivente culpado da rescisão do contrato concubinário, seja escrito ou não, possa pleitear alimentos do inocente.

A seu turno, o art. 2º da lei sob comentário cuida do direito sucessório dos conviventes, nos parâmetros mencionados em seus três incisos. Os dois primeiros reeditam o preceituado no § 1º do art. 1.611 do Código Civil, que trata desse direito, mas do cônjuge viúvo, que era casado sob o regime de bens diverso do da comunhão universal (usufruto vidual).

Assim, o concubino ou a concubina que sobreviver, enquanto não constituir nova união concubinária, terá direito ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido, se houver filhos deste ou do casal concubinário. Esse usufruto corresponderá à metade desses bens, se não houver filhos, ainda que sobrevivam ascendentes.

Parece-me justo e importante realçar, neste passo, que não-só a constituição de nova união concubinária deverá fazer cessar o aludido direito de usufruto, mas também nova união matrimonial. No casamento em regime diverso do da comunhão universal, esse direito de usufruto do cônjuge sobrevivente perdura enquanto durar essa viuvez.

O que objetivou o legislador foi a proteção, em ambas as hipóteses, do cônjuge ou do concubino sobrevivente, por estar privado de seu cônjuge ou de seu companheiro.

Entendo não conveniente essa reafirmação, para os conviventes do aludido direito a usufruto, pois, na prática, ele estorva o direito dos herdeiros. Melhor seria tornar o convivente sobrevivente herdeiro, adquirindo sua parte na herança, concorrendo com os aludidos filhos *loco filiae* ou *loco filii*, conforme o caso (como filha ou filho), tal como acontecia com as esposas no Direito Romano da Lei das XII Tábuas (em 450 a.C.). Assim, por exemplo, o companheiro sobrevivente, concorrendo com dois filhos, receberia cota da herança correspondente a um terço, ficando cada qual com o seu, sem o obstáculo do usufruto, gravando direito dos filhos herdeiros.

Também, porque entendo que não deva existir essa espécie de usufruto entre cônjuges. Correta, a meu ver, a posição assumida pelo Projeto do novo Código Civil, n. 634-B, de 1975 (aprovado pela Câmara dos Deputados, em 1984, n. 118, no Senado Federal), que, nos arts. 1.855 e 1.856, inciso I, concede quinhão hereditário ao cônjuge supérstite, nas hipóteses ali mencionadas: todavia, no inciso II deste último dispositivo legal, retorna concessão de usufruto da quarta parte da herança, "*nos demais casos*"

Do mesmo modo no art. 1.852 desse projeto, a ordem da vocação hereditária inclui o cônjuge sobrevivente concorrendo, nas situações que descreve, com os descendentes e com os ascendentes.

Todavia, a adoção completa do modelo romano está, mesmo, na Emenda n. 358 a esse dispositivo de pré-legislação, oferecida no Senado Federal pelo senador Nelson Carneiro, em 18.9.84, para ser incluída como parágrafo único do aludido art. 1.852 ou onde for conveniente, no seguinte teor: "*a companheira do homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que em sua companhia tem estado nos cinco anos precedentes à sua morte ou de quem tenha prole, participará de sua sucessão nas condições seguintes:*

I - Se concorrer com filhos comuns terá o direito a uma cota equivalente à que por lei é atribuída ao filho.

II - Se concorrer com descendentes do autor da herança dos quais não seja ascendente, tocar-lhe-á somente a metade do que couber a cada um daqueles.

III - Se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito à metade da herança.

IV - Não havendo parentes sucessíveis terá direito a dois terços da herança"

A inserir-se o texto da presente emenda senatorial no novo Código Civil, estarão revogados os dispositivos legais de caráter sucessório, constantes dos arts. 2º e 3º da comentada lei, que favorecem os concubinos.

Ressalto que todos os textos que estão programados nesse Projeto de novo Código Civil devam valer, em igualdade de condições, para o casamento e para o concubinato, impedindo que os concubinos tenham mais direitos do que as pessoas casadas.

Voltando à Lei n. 8.971/94, em plena vigência, cumpre notar que o inciso III de seu art. 2º, ainda sob cogitação, concede direito ao companheiro

sobrevivente sobre a totalidade da herança do falecido, quando este não deixar descendentes e ascendentes.

Esse mesmo direito é concedido ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.

Por sua vez, o art. 3º da lei, sob foco, em caso de sucessão por morte, concede direito à metade dos bens adquiridos pelos concubinos, ao sobrevivente, quando esse patrimônio resultar de “*atividade em que haja colaboração*” deste último. Cuida-se, neste caso, portanto, de meação e não de herança.

Todavia, não esclarecendo sobre que espécie de colaboração deva considerar-se, acaba esse artigo por reeditar o preceituado na Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal (“*Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*”). Por essa mesma súmula exige-se a comprovação de sociedade de fato, entre os concubinos, e a prova da aquisição do seu patrimônio, por esforço comum.

Ante esse art. 3º sob comentário, cogita-se da sucessão por morte de concubino, quando existem herdeiros necessários (descendentes ou ascendentes), situação em que, sobre a aludida herança, terá o concubino sobrevivente direito à metade do que ajudou a adquirir.

11 Meu Entendimento

Entendo que deveria voltar a existir o casamento religioso, só com celebração religiosa, ao lado do casamento civil, com os formalismos abrandados, inclusive no tocante à separação e ao divórcio.

Assim, com maior ou menor liberdade, teríamos o casamento sob todos os seus aspectos histórico-existenciais mais importantes.

A sociedade moderna está repelindo os excessos de formalismo, com tendência ao casamento simples, do passado.

O casamento, na antigüidade, sempre mostrou-se celebração religiosa ou das próprias partes interessadas, sem participação do Estado.

Assim, a celebração religiosa deve ter autonomia e ser reconhecida pelo Estado, por si só, independentemente de registro civil.

Ao lado desse casamento religioso, sempre existiu o casamento de fato, que corresponde ao casamento clandestino ou de *conhecidos*, pela simples convivência como marido e mulher, que chegou até nós pelas Ordenações do Reino, até a edição do Decreto n. 181, de 1890, que criou os rigores de forma, hoje

existentes, instituindo, há pouco mais de cem anos, o casamento civil. Antes, tudo era natural em matéria de casamento, como sempre foi no passado.

Desse modo, pelas mesmas Ordenações existiam o casamento religioso, o clandestino (pela convivência, que corresponde ao concubinato puro, hoje união estável) e por escritura pública, com duas testemunhas.

A par dessas formas de constituição, existia o concubinato impuro (incestuoso ou adúlterino), sempre condenado. Daí, o sentido pejorativo da palavra concubinato, que se apagou, paulatinamente, entre nós, como uma conquista, pelo nosso povo, do antigo casamento de fato.

O casamento civil imposto pelo Estado, em 1890, aniquilou todas as aludidas formas naturais de constituição de família, que, há aproximadamente 3.000 anos, vinham sendo praticadas.

A Constituição Federal, de 1988, abriu caminho à livre escolha popular de seu modo de convivência familiar, exemplificando as formas que podem ser escolhidas e resgatando a figura do casamento de fato, pelo reconhecimento da união estável.

Ainda que existiam modalidades matrimoniais, mencionadas na lei, pelo Estado, não pode este impedir que a sociedade se utilize das formas tradicionais de constituição familiar.

O poder maior é o do povo. O Estado deve regulamentar o que existe, impedindo lesões de direito.

Nesse clima saudável da nova Constituição Federal regulamentou-se o Estatuto dos Concubinos, pela comentada lei, fazendo justiça ao nosso povo, que vivia desnortado, em um clima de liberdade selvagem, sem responsabilidades que vinham sendo sanadas, com muito esforço, pelos nossos Tribunais.

A questão dos concubinos será tratada mais profundamente no livro que estamos desenvolvendo *Estatuto dos Concubinos*, a ser lançado em breve pela Editora Jurídica Brasileira.

Para permitir ao leitor o confronto e a seqüência do que ocorreu, estou produzindo, a seguir, o meu esboço do anteprojeto, o projeto da Câmara dos Deputados, projeto do Senado, o último projeto modificado da Câmara dos Deputados e, finalmente, o texto da Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996.

Proposta para regulamentação do concubinato
(esboço de um anteprojeto)

Por Álvaro Villaça Azevedo

Estatuto dos Concubinos - Anteprojeto de Lei

Capítulo I Conceito

Art. 1.º Concubinato é a união estável, prolongada, pública, contínua e permanente de um homem e de uma mulher, não ligados por vínculo matrimonial, mas convivendo como se casados, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato.

Capítulo II Espécies

Seção I - Concubinato Puro

Art. 2.º Conceito O concubinato puro é a convivência não adúltera e nem incestuosa.

Art. 3.º Considera-se, ainda, concubinato puro o que existir, após estar o concubino adúltero ou desleal separado de fato de seu cônjuge ou de seu outro concubino conforme o caso.

Art. 4.º - Direitos e Deveres São direitos e deveres recíprocos dos concubinos: a) lealdade; b) coabitação, ainda que com residências diferentes; c) assistência material e imaterial, sendo devidos alimentos se expressamente contratados, ao alimentando que deles necessitar.

Art. 5.º - São deveres de ambos os concubinos guardar, sustentar e educar seus filhos comuns.

Art. 6.º Fica assegurado que os direitos e os deveres dos concubinos são iguais.

Art. 7.º Contrato Os concubinos podem programar sua convivência, por meio de contrato de concubinato, com estipulação de seus direitos e deveres,

desde que, observados os preceitos desta lei, não afrontem as normas de ordem pública, atinentes ao casamento, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito.

Art. 8.º Querendo, poderão os concubinos estabelecer regras quanto à administração do patrimônio comum e a seu direito alimentar.

Art. 9.º - Esse contrato, para valer contra terceiros, deverá ser levado ao Registro Civil da Circunscrição domiciliar de qualquer dos concubinos.

Art. 10 Patrimônio - Os bens móveis e imóveis, adquiridos por um ou por outro ou por ambos os concubinos, na constância do concubinato e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio, e em partes iguais, salvo estipulação contratual escrita, em contrário.

Art. 11 - Não será de admitir-se essa presunção, se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união concubinária.

Art. 12 A administração do patrimônio comum dos concubinos compete a ambos, salvo disposição em contrário, por meio de contrato escrito.

Art. 13 - Filhos O concubinato cria, desde sua existência, a família de fato, presumindo-se dos concubinos os filhos havidos dessa união, que devem ser registrados em nome de ambos, voluntária ou judicialmente.

Art. 14 Toda a legislação de proteção aos filhos aplica-se, subsidiária e analogicamente, aos advindos das relações concubinárias.

Art. 15 Dissolução - A sociedade entre concubinos dissolver-se-á por morte de um deles, por rescisão ou resilição, devendo o concubino culpado, caso tenham sido contratados alimentos, por escrito, pagá-los ao inocente, se este deles necessitar.

Art. 16 - Ocorre rescisão, quando houver ruptura da sociedade, por conduta injuriosa de um a outro concubino ou quebra dos deveres constantes desta lei e do contrato, se existir.

Art. 17 Pela resilição unilateral, um dos concubinos denunciará a relação concubinária, por notificação ao outro, implicando essa denúncia, também, o afastamento do lar concubinário.

Art. 18 - Pela rescisão bilateral, os concubinos põem termo ao concubinato, amigavelmente e por escrito, valendo entre os mesmos o que foi estipulado nesse acordo, desde que não contrarie o estatuído nesta lei. A separação de fato, pelos concubinos, também implica rescisão bilateral.

Art. 19 - Outras Leis Passam a integrar o texto desta lei todas as situações relativas ao concubinato, reconhecidas por outra legislação nacional, desde que não contrárias às estabelecidas nesta.

Seção II - Concubinato Impuro

Art. 20 Conceito O concubinato impuro é adúltero, quando paralelo ao casamento, e é desleal, quando existir concomitantemente com outro concubinato.

Art. 21 - Com a separação, ainda que de fato, do concubino adúltero de seu cônjuge e do desleal de seu outro concubino, conforme o caso, cessam as aludidas adúlterinidade e deslealdade, bem como o dever de coabitação, iniciando-se o período do concubinato puro, aplicando-se as regras ao mesmo atinentes.

Art. 22 No concubinato impuro, deve ser comprovado, sempre, o esforço comum, a participação econômica efetiva do concubino, na aquisição de bens, para que exista direito condominial ou societário, no percentual que for.

Capítulo III Disposição Geral

Art. 23 - Toda a matéria relativa ao concubinato é da competência do Juízo das Varas de Família.

PROJETO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Projeto de Lei n. 1.888, de 1991, de autoria da Deputada Beth Azize.

Relator: Deputado Edésio Passos

(fundamentado, parcialmente, no Esboço de Anteprojeto do Professor Álvaro Villaça Azevedo, com a participação dos integrantes do CFEMEA).

Aprovado, com o seguinte texto, em 1994.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Considera-se união estável o concubinato *more uxorio*, público, contínuo e duradouro entre homem e mulher cuja relação não seja incestuosa ou adúltera.

Art. 2º - São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I - respeito e consideração mútuos;

II - assistência moral e material recíproca;

III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Art. 3º - Os conviventes poderão, por meio de contrato escrito, regular seus direitos e deveres, observados os preceitos desta lei, as normas de ordem pública atinentes ao casamento, os bons costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 4º - Para valer contra terceiros, o contrato referido no artigo anterior deverá ser averbado no competente Cartório de Registro Civil.

Art. 5º - Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contratual contrária em escrito.

§ 1º - Cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Art. 6º - A união estável dissolver-se-á por vontade das partes, morte de um dos conviventes, rescisão ou denúncia do contrato por um dos conviventes.

§ 1º Pela vontade das partes os conviventes põem termo à união estável, amigavelmente e por escrito, valendo entre os mesmos o que for estipulado no acordo, desde que não contrarie o estatuído nesta lei.

§ 2º Havendo contrato escrito averbado em cartório, qualquer dos conviventes deverá requerer a averbação do acordo de dissolução da união estável.

§ 3º Ocorre a rescisão quando houver ruptura da união estável por quebra dos deveres constantes desta lei e do contrato escrito, se houver.

§ 4º - A separação de fato dos conviventes implica denúncia do contrato, escrito ou verbal.

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Art. 8º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

PROJETO NO SENADO

Projeto de Lei n. 84 (substitutivo), 1994

Relator: Senador Wilson Martins

(resgatou artigos do Esboço do Professor Álvaro Villaça Azevedo do trabalho deste com o grupo CFEMA).

Em tramitação.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º - É reconhecida como entidade familiar a convivência não-adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Art. 2º - São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I - respeito e consideração mútuos;

II - assistência moral e material recíproca;

III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Art. 3º - Os conviventes poderão, por meio de contrato escrito, regular seus direitos e deveres, observados os preceitos desta lei, as normas de ordem pública atinentes ao casamento, os bons costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 4º - Para valer contra terceiros, o contrato referido no artigo anterior deverá se averbado no componente Cartório de Registro Civil e também no Cartório de Registro de Imóveis onde estiverem registrados imóveis pertencentes a um ou outro dos conviventes.

Art. 5º - Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contratual contrária em escrito.

§ 1º - Cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º - A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Art. 6º A união estável dissolver-se-á por vontade das partes, morte de um dos conviventes, rescisão ou denúncia do contrato por um dos conviventes.

§ 1º Pela vontade das partes os conviventes põem termo à união estável, amigavelmente e por escrito, valendo entre os mesmos o que for estipulado no acordo, desde que não contrarie o estatuído nesta lei.

§ 2º Havendo contrato escrito averbado em cartório, qualquer dos conviventes deverá requerer a averbação do acordo de dissolução da união estável.

§ 3º - Ocorre a rescisão quando houver qualquer ruptura da união estável por quebra dos deveres constantes desta lei e do contrato escrito se houver.

§ 4º - A separação de fato dos conviventes implica denúncia do contrato, escrito ou verbal.

Art. 7º - Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Art. 8º - Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento, ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Art. 9º - Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo das Varas de Família, assegurando o segredo de justiça.

Art. 10 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11 - Revogam-se as disposições em contrário.

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: ESTUDO COMPARATIVO COM A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO COMUM.

Antonio Junqueira de Azevedo

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP

Resumo:

O artigo se inicia com a observação de que, tendo em vista a demora na atualização do Código Civil, foi o Código de Defesa do Consumidor que acabou favorecendo a modernização de todo o sistema do Direito privado brasileiro; isto se deu graças especialmente à consagração legislativa da idéia de boa-fé objetiva (a “cláusula geral da boa-fé” de inúmeros Códigos europeus). Sobre a responsabilidade pré-contratual, o CDC, à semelhança do Código Civil, não trouxe capítulo próprio; na fase das negociações preliminares, a questão da ruptura abusiva e alguns dos chamados deveres prévios não foram contemplados. Em compensação, o dever de informar, com a publicidade e o dever de proteção mereceram, sob a ótica da boa-fé objetiva, preceitos claros. Na fase da oferta, a informação e a publicidade “suficientemente precisa” foram equiparadas à proposta de contrato e, assim, esses atos vinculam o agente de forma conclusiva.

Abstract:

The article starts with the remark that, due to the delay in updating the Brazilian Civil Code, was the new Consumer Protection Code (CDC - Código de Defesa do Consumidor) that favored the modernization of the whole Brazilian private law system; this modernization took place thanks to the successful adoption into legislation of the standard of the objective good faith (the “general clause of good faith” of European Contract Law). Concerning the precontractual responsibility, similarly to the Brazilian Civil Code, the CDC did not include a specific chapter. In the preliminary negotiations phase, the issue of abusive disruption and some of the so-called prior obligations were not contemplated. On the other hand, both the obligation to inform the consumer through advertising and the obligation of protection health, safety and economic interests of the consumer have received clear precepts under the standpoint of the objective good faith. Finally, in the offer phase, the information and the “sufficiently precise” advertising were considered as contract proposal; therefore, these acts oblige the agent conclusively.

SUMÁRIO

Introdução

I - Fundamento da responsabilidade pré-contratual.

II - A boa-fé objetiva.

III - A fase das negociações: os deveres dos candidatos a contratantes e a ruptura abusiva.

IV A fase da oferta. A informação e a publicidade “suficientemente” precisa.

Conclusão

Introdução

A demora na atualização do Código Civil fez com que o Código de Defesa do Consumidor, de uma certa forma, viesse preencher a vasta lacuna que, no campo do direito privado brasileiro, a doutrina e a jurisprudência percebiam há muito tempo. Na impossibilidade de encontrar, no velho Código Civil, base para o desenvolvimento teórico do que há de mais apto para transformar o sistema fechado em sistema aberto - por exemplo, a referência expressa a cláusulas gerais, como a da boa-fé, e a princípios jurídicos, como o de exigência de igualdade real nos negócios jurídicos -, é no Código de Defesa do Consumidor que se pode encontrar um *ersatz* do Código Civil que não veio ou, no mínimo, um ponto de apoio para alavancar a atualização, eis que tudo que ocorre num microssistema, como o do consumidor, deve repercutir, dependendo do esforço do “estamento jurídico”, em todo o ordenamento.

Sobre o tema “responsabilidade pré-contratual”, o Código de Defesa do Consumidor, apesar de sua ambição de ser código, não trouxe, à semelhança do Código Civil, um capítulo específico; entretanto, há nele várias disposições que permitem uma construção teórica, como passamos a expor.

I - Fundamento da Responsabilidade Pré-Contratual.

Ressalvada a questão da oferta que, no Direito brasileiro, é ato unilateral criador de obrigação (art. 1.080, do CC), uma primeira grande questão sobre a responsabilidade pré-contratual é a de seu fundamento: este, nem parece ser contratual, porque ainda não há contrato, nem parece ser conveniente qualificá-lo

como extracontratual, eis que, estando os candidatos a contratantes em negociações, têm eles, entre si, deveres específicos por exemplo, o de prestar esclarecimentos um ao outro; ora, um dever específico é como que um vínculo jurídico entre duas pessoas e não se assemelha ao dever genérico de não-prejudicar a outrem - *alterum non laedere* - do art. 159, do CC.

Um exame do Direito comparado também não ajuda na solução da dúvida. França e Alemanha se opõem; na Alemanha, onde a responsabilidade contratual é mais aperfeiçoada, é nesta que a responsabilidade pré-contratual se inclui; na França em que, inversamente, a responsabilidade civil é tema de grande desenvolvimento, a responsabilidade pré-contratual está nela integrada. Conforme se trate de um ou outro fundamento, poderá haver grande diferença de tratamento: dolo ou culpa presumidos *versus* dolo ou culpa a provar; danos emergentes e lucros cessantes “*por efeito direto e imediato*” do descumprimento (art. 1.060, do CC) *versus* danos emergentes e lucros cessantes totais; lucros previsíveis *versus* quaisquer lucros; capacidade contratual *versus* capacidade delitual; prazos de prescrição variáveis *versus* prazo de prescrição de cinco anos; etc. O Código de Defesa do Consumidor nada esclareceu sobre esses pontos.

Alguns autores sustentam a idéia do *tertium genus*; haveria, além da responsabilidade contratual e extracontratual, a pré-contratual. Já houve também quem, entre os dois territórios inimigos, o contratual e o extracontratual, estendesse uma “*terra de nessuno*”, representada pela responsabilidade pré-contratual (Busnelli, *apud* “*Travaux*” da Association Henri Capitant, Tomo XLIII, 1992, p. 140). Interessante é a tomada de posição (tomada de posição?) do Supremo Tribunal Federal da Suíça; depois de optar, durante anos, ora por um, ora por outro fundamento, decidiu: “*não há lugar para distinguir entre obrigações contratuais e extracontratuais; ... a questão a solucionar não é a da natureza jurídica da responsabilidade; trata-se somente de determinar de quais modalidades, quanto às suas condições e conteúdo, depende o crédito de perdas e danos nascido de uma relação de negociações prévias; esse problema deve ser resolvido separadamente para cada modalidade, de maneira que uma solução apropriada ao caso concreto seja encontrada*” (“*Travaux*”, da Association Henri Capitant, Tomo XLIII, 1992, p. 205). Pessoalmente, tendo em vista nossa idéia de que o contrato é um processo (uma sucessão de “*tempos*” como ocorre com o próprio negócio jurídico), que vai, desde a fase pré-contratual, passando à fase contratual, distribuída em três fases menores (conclusão do contrato, eficácia do contrato e execução/adimplemento do

contrato), e indo até a fase pós-contratual, todas subordinadas à boa-fé objetiva, pensamos que, embora surgindo de ato ilícito, a responsabilidade pré-contratual, por se tratar de descumprimento de deveres específicos, gerados pela boa-fé objetiva, deva se submeter ao tratamento da responsabilidade contratual; haverá lugar, portanto, para presunção de culpa, capacidade contratual, prescrição *idem*, etc. Os danos emergentes e os lucros cessantes devem ser os do interesse negativo.

A fase pré-contratual pode ser decomposta, singelamente, em duas fases menores: a das negociações e a da oferta. Evidentemente, conforme o comportamento das partes, podem também surgir outras fases menores, por causa de possíveis contratos prévios, quer para organizar as negociações por exemplo, estipulando quem arcará com as despesas de preparo da documentação, quer para fixar pontos progressivamente acertados do contrato futuro. O mesmo se diga, se for feito um contrato preliminar, ou pré-contrato. Considerando, porém, as limitações do presente trabalho, vamos nos limitar àquelas duas fases, sobre as quais, aliás, o CDC traz algumas disposições; a exposição de ambas será precedida de ligeiras considerações sobre a boa-fé objetiva.

II A Boa-Fé Objetiva.

À medida que vem diminuindo a intensidade do conflito entre autonomia da vontade, de um lado, e intervenção estatal, de outro, temos a impressão que o Direito privado, parcialmente liberto daquela questão ideológica, vem adquirindo novo alento, especialmente nos temas relativos aos negócios jurídicos e aos contratos; nas novas análises, a cláusula geral da boa-fé objetiva representa, hoje, uma das linhas mais importantes. Não se trata, como é óbvio, da velha boa-fé subjetiva, entendida como um estado psíquico de conhecimento ou desconhecimento, de intenção ou falta de intenção, que serve para aquisição de direitos, como em matéria de frutos e benfeitorias (arts. 510 e 516, do CC), de usucapião (art. 500, do CC), ou de aquisição *a non domino* (art. 622, do CC), isto é, em geral, de temas de direito das coisas embora também possam ser lembrados casos de direito de família (por ex., o casamento putativo) e de direito das obrigações (por ex., o credor putativo). A cláusula geral da boa-fé objetiva é norma de comportamento que, transformada em artigo de lei, está positivada em vários Códigos Civis (por ex., art. 1.134, do Código Civil francês; § 242, do BGB; art. 1.337, do CC italiano; art. 227, do CC português).

Uma das mais interessantes disposições sobre a boa-fé objetiva, no direito comparado, é a do art. 2º, do Código Civil suíço: “*Todos devem exercer direitos e executar suas obrigações segundo as regras da boa-fé. O abuso de direito não é protegido pela lei*” O preceito do CC suíço é tanto mais interessante quanto aproxima a boa-fé objetiva do abuso de direito e, marcando bem as questões, define e delimita o papel da boa-fé subjetiva somente no artigo seguinte (no art. 3º).

O art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor também positivou a idéia de boa-fé objetiva, *in verbis*: “... *atendidos os seguintes princípios: harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo ... sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*”; as referências à boa-fé objetiva são tão fortes, aliás, no CDC (além do art. 4º também art. 51, IV), que não é temerário dizer que a idéia de boa-fé constitui a inspiração principal da legislação sobre defesa do consumidor no Brasil.

A boa-fé objetiva constitui, no campo contratual - sempre tomando-se o contrato como processo, ou procedimento - norma que deve ser seguida nas várias fases das relações entre as partes; o pensamento, infelizmente, ainda muito difundido, de que somente a vontade das partes conduz o processo contratual, deve ser definitivamente afastado. É preciso que, na fase pré-contratual, os candidatos a contratantes ajam, nas negociações preliminares e na declaração da oferta, com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações, etc. Aos vários deveres dessa fase, seguem-se deveres acessórios à obrigação principal na fase contratual - quando a boa-fé serve para interpretar, completar ou corrigir o texto contratual - e, até mesmo, na fase pós-contratual, a boa-fé também cria deveres, os posteriores ao término do contrato - são os deveres *post pactum finitum*, como o do advogado de guardar os documentos do cliente, o do fornecedor de manter a oferta de peças de reposição, o do patrão de dar informações corretas sobre ex-empregado idôneo, etc. Sobre todas essas questões, há a já-referida publicação dos trabalhos da Association Henri Capitant, “*La Bonne Foi*” “*Travaux*” Tomo XLIII, 1992, em que os relatórios brasileiros foram devidos ao professor Arnaldo Wald, sobre a execução do contrato, e a mim mesmo, sobre a formação do contrato; há também monografias e, entre elas, os livros do professor Menezes Cordeiro, “*Da Boa-Fé no Direito Civil*”, Coimbra, Almedina, 1984, e “*Da Pós-Eficácia das Obrigações*”, Lisboa, s.c.p., 1984. Em qualquer uma das fases contratuais, a cláusula geral da boa-

fé, como norma de comportamento, cria, para as partes, deveres positivos e negativos; estão, entre os primeiros, os deveres de colaboração, inclusive de informação – ou seja, as partes, no contrato, formam como que um microcosmo, ou pequena sociedade, como já dizia Demogue, na década de 30 -, e, entre os segundos, os deveres de lealdade, especialmente o de manter sigilo.

O trecho de Demogue (*“Traité des Obligations en général”*, 3ª ed., Paris, Rousseau, 1931, v. VII, n 3, p. 9) é o seguinte: *“Il nous semble cependant que les conséquences qu'on a tirées de l'idée de bonne foi entre contractants sont encore assez pauvres et que le contrat moderne peut être conçu d'une façon plus vivante et plus complexe en faisant sortir de l'idée de bonne foi de nouveaux rameaux. Quand on lit les civilistes, il semble que le contrat ayant engendré au profit d'une partie ou des deux une créance, celle-ci déroule logiquement ses conséquences par des droits divers qui en sortent: droit à exécution, droit à des dommages-intérêts, etc.. En réalité le contrat s'exécute autrement. Les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale”* Há, portanto – é o que se reconhece hoje –, uma série de deveres e conseqüentes comportamentos que circundam, se for possível falar assim, o simples texto do contrato.

A boa-fé objetiva, estabelecendo os deveres de comportamento que as partes devem seguir nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, pode ser considerada, além disso, como sendo princípio geral de Direito, não expresso no Código Civil, mas incorporado ao Direito brasileiro como um todo, por força do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil (nesse sentido, Arnoldo Wald, obra citada, p. 255 e *“Obrigações e Contratos”* 10ª ed., São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1992, p. 155 a 157). Como quer que seja, a admissão da boa-fé, no nosso ordenamento, não se limita, pois, ao microsistema do direito do consumidor mas a norma deve ser aplicada pela jurisprudência, no seu papel de agente intermediário entre a lei e o caso, a todo o direito (inclusive ao Direito público). A boa-fé objetiva é, do ponto de vista do ordenamento, o que os franceses denominam *“notion-quadre”* isto é, uma cláusula geral que permite ao julgador a realização do justo concreto, sem deixar de aplicar a lei.

Em tese, a norma da boa-fé pode atuar, acarretando responsabilidade pré-contratual, quer quando o contrato previsto não se concretiza, porque houve ruptura abusiva, quer quando o contrato se conclui mas houve descumprimento de

dever na fase pré-contratual (por ex., *insider* que se aproveita de suas informações), quer, finalmente, quando o contrato se realiza mas é nulo e um dos contratantes sabia da causa da nulidade (é, aliás, a hipótese inicialmente imaginada por Jhering para criar a teoria da culpa *in contrahendo*).

III A Fase das Negociações: Os Deveres dos Candidatos a Contratantes e a Ruptura Abusiva.

Nesta fase, para efeitos de exposição, pode-se dizer que são quatro os grandes temas. A norma da boa-fé cria três deveres principais: o de lealdade, consistente, aqui, principalmente num dever de confidencialidade, isto é, de manter o sigilo das informações obtidas, e dois, de colaboração, que são, basicamente, o de bem informar o candidato a contratante sobre o conteúdo do contrato e o de não-abusar ou, até mesmo, de se preocupar com a outra parte (dever de proteção). Além desses três deveres, o quarto tema é o da ruptura abusiva das negociações.

Ora, o CDC não se refere especificamente a negociações ou tratativas. Trata, porém, de dois dos temas citados, isto é, trata largamente do dever de informar - especialmente na seção sobre publicidade - e do dever de não-abusar, ou de proteção, sobre o qual há também muitas regras, principalmente na seção "*Das Práticas Abusivas*" (os incisos I a V, do art. 39 dizem respeito à fase pré-contratual). Sobre os outros dois temas, há omissão; nada consta sobre o dever de confidencialidade; o inciso VII, do art. 39, sobre repasse de informações depreciativas, não é o caso, eis que não se trata de dever prévio de confidencialidade. O CDC, devido à natureza das relações de consumo, mais propícias aos contratos de adesão, não fez previsão de inconfidência na fase pré-contratual mas a hipótese pode ocorrer, por ex., médico plástico, que divulga o fato de artista conhecido o haver procurado; ou advogado, que revela ter sido consultado por político que pretendia se divorciar; etc.

Há também omissão do CDC, aqui menos justificável, sobre ruptura das negociações. A possibilidade de quebra da norma da boa-fé pode ocorrer, tanto por parte do fornecedor, quanto do consumidor; os deveres existem para ambas as partes. A hipótese do pedido de reserva de produto, antes de qualquer contrato, pode servir para exemplificar um e outro caso; o consumidor que, despertada a confiança do fornecedor, depois a frustra, não indo buscar o produto, pode causar prejuízo; o

fornecedor, por sua vez, se promete a reserva e, depois, não a faz, também pode causar dano ao consumidor.

Ainda sobre a ruptura, é ponto pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que as negociações devem ser interrompidas assim que um dos candidatos a contratante tenha certeza da inutilidade do prosseguimento. Isto poderia ocorrer nas relações de consumo, todas as vezes, por exemplo, que um incorporador, ou um possível adquirente de imóvel, tem certeza de que o financiamento, com que contava, não será dado. Segundo o CC italiano (art. 1.338), pode-se dizer que, conforme o caso, as negociações nem sequer deveriam começar. *“A parte que, conhecendo ou devendo conhecer a existência de uma causa de invalidade do contrato, dela não deu notícia à outra, é obrigada a ressarcir o dano que esta sofreu, por ter, sem culpa, confiado na validade do contrato”*

Dito isso sobre as omissões, passemos aos dois deveres previstos no CDC, o de informar e o de proteção. O dever de informar tem graus; conforme a situação, há simples dever de esclarecer ou, mais fortemente, o de aconselhar ou, até mesmo, se houver riscos, o de advertir. Se o fornecedor é um profissional, é provável que deva cumprir os três graus (basta pensar numa venda de material sofisticado ou no fornecimento de serviços de médico ou advogado). Além disso, conforme a fase das negociações, se inicial ou final, o dever de informar, ainda que limitado somente ao esclarecer, pode ter conteúdo menor ou maior (= esclarecer mais, ou menos).

A omissão de informação essencial constitui dolo; o art. 94, do CC, que trata do dolo por omissão, interpretado *a contrario sensu*, já previa o dever de informar e o CDC tornou esse dever ainda mais explícito, ao incluí-lo entre os “direitos básicos” do consumidor. Art. 6º: *“São direitos básicos do consumidor: III - a informação, adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam”*

Todavia, especialmente na fase pré-contratual dos contratos de aquisição de bens, o dever de informar se limita, a nosso ver, ao conteúdo do contrato, especialmente às qualidades essenciais do objeto, e não, à oportunidade ou vantagem do contrato (isto é, se a mercadoria, dentro em pouco, vai ficar mais barata ou se há, no mercado, outra superior pelo mesmo preço); quanto a esses dois pontos, vale a velha máxima *“caveat emptor”* “cuide-se o comprador” Admitir dever de informar também sobre a oportunidade ou a vantagem desses contratos é querer transformar o fornecedor em assistente social.

O dolo nos negócios jurídicos, como meio ou artifício de indução em erro, sempre foi ato ilícito, porque, ainda quando acidental, acarreta a responsabilidade por perdas e danos (art. 93, do CC). Agora, esse ato ilícito pode constituir até mesmo crime (art. 7º, VII, da Lei n. 8.137, de 1990): *“Constitui crime contra as relações de consumo: VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária”*

A publicidade, no CDC, é o novo, neste tema do dever de informar; tratada na Seção III do Capítulo V (*“Das Práticas Comerciais”*), embora seja direito do fornecedor, tem ela regras estritas: deve ter dados fáticos, técnicos e científicos que dêem sustentação à mensagem (§ único do mesmo artigo) e, principalmente, não pode ser enganosa (art. 37): *“É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”* Vê-se bem que a publicidade até mesmo verdadeira, tal seja o contexto, pode ser enganosa.

Além disso, a publicidade não pode ser abusiva (cf. § 2º do mesmo art. 37) e, com isso, já se passa ao dever de proteção: *“É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”* Também sobre produtos, o art. 12, em sua parte final, tem em vista o dever de proteção, *verbis “informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”*, por ex., bulas de remédio pouco esclarecedoras. O mesmo se diga, sobre serviços, no art. 14.

Ao tratar das práticas abusivas, percebe-se claramente que o CDC, consagra o dever de proteção. Art. 39 - *“É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços: IV - prevalecer-se da franqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”* É a lesão qualificada, com nova roupagem, isto é, os dois pressupostos

da lesão qualificada, exigidos cumulativamente em alguns ordenamentos e no Projeto de Código Civil (Projeto n. 634 - B), estão, no CDC, previstos isoladamente.

IV - A Fase da Oferta. A Informação e a Publicidade “Suficientemente Precisa”

Entre nós, desde o advento do CC, e ao contrário do que ocorre em inúmeros países da família romano-germânica, nunca houve dificuldade à aceitação de que os atos unilaterais criam obrigações (v. Título VI, “*Das Obrigações por Declaração Unilateral de Vontade*” do Livro “*Do Direito das Obrigações*”). Em matéria de oferta, a disposição do art. 1.080 também nunca deixou margem à dúvida sobre seu caráter vinculante: “*A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso*” Portanto, no Direito brasileiro, ainda que a oferta esteja na fase pré-contratual, as questões que dela surgem são, inegavelmente, de responsabilidade contratual (por motivos óbvios, seria melhor dizer, de responsabilidade negocial).

O CDC foi ainda mais longe que o CC na atribuição de efeitos jurídicos à oferta. Em primeiro lugar, não há previsão de exceções sobre seu caráter vinculante; no sistema do CDC, toda oferta obriga. Em segundo lugar, o CDC equiparou, à oferta, a informação ou a publicidade “*suficientemente precisa*” (art. 30), *verbis*: “*Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado*”

A consequência jurídica dessas disposições é que, dada a informação, ou feita a publicidade, desde que “*suficientemente precisa*”, ou apresentada a oferta, o fornecedor cria um direito potestativo para o consumidor; este pode aceitar, ou não, o negócio a que se propõe; o fornecedor está em pura situação de sujeição. Se houver aceitação pelo oblato, o contrato está concluído e o consumidor pode “*exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade*” (art. 35, I). Não há sequer possibilidade de retratação do proponente; sob esse aspecto, a solução do CDC é a mesma que o CC, no art. 1.514, prevê para a promessa de recompensa com prazo determinado: “*Se, porém, houver assinado prazo à execução da tarefa, entender-se-á que (o promitente) renuncia o arbítrio de retirar, durante ele, a oferta*”

É interessante observar que, do ponto de vista teórico, o suporte fático da oferta é declaração negocial e, portanto, ela é negócio jurídico. Já a informação ou a publicidade suficientemente precisa não contém declaração negocial, mas são somente atos legalmente equiparados à oferta; logo, não são negócios jurídicos, e sim, atos a que a lei atribui efeitos negociais (à semelhança das chamadas “relações contratuais de fato”). Dessas diferenças, pode surgir uma série de conseqüências práticas, especialmente em matéria de vícios do consentimento (erro, dolo, coação).

Quanto ao descumprimento da oferta, deve-se entender, no sistema do CC, que há uma diferença entre *obligatoriedade* e *revogabilidade*, isto é, a oferta, ressalvadas as exceções, obriga (art. 1.080), mas, antes de aceitação, pode ser revogada, - quando, então, o contrato não se fará e o inadimplemento da oferta se converterá em perdas e danos. Essas perdas e danos não são, evidentemente, as do contrato, e sim, as do *interesse negativo*, ou seja, as perdas e danos consistirão, então, na diferença entre o patrimônio com que o candidato a contratante está e o com que estaria, se não tivesse havido a oferta. Somente nos casos de oferta a prazo ou da oferta com cláusula de irrevogabilidade é que se pode dizer que, se se admitir a retratação de oferta antes da aceitação e, portanto, se não for obedecido o vínculo da oferta pelo proponente (não é a melhor solução; a retratação não deveria ser admitida), o oblato terá direito às perdas e danos do interesse positivo, isto é, as do contrato não-concluído. No caso do CDC, diferentemente, as perdas e danos são sempre as do interesse positivo, porque o próprio contrato é que, no caso, é considerado não-cumprido; a bem-dizer, portanto, no CDC, não há sequer a possibilidade de descumprimento da oferta, eis que, o contrato, se houver aceitação, é *sempre reputado como concluído* (art. 35, I, II e III).

Conclusão

A responsabilidade pré-contratual, resultante de prejuízos causados na primeira fase do *processo contratual* fase pré-contratual . embora resulte de *ato ilícito*, provém de descumprimento de *dever específico* imposto pela norma da boa-fé; por isso, obedece às regras da responsabilidade contratual, antes que da responsabilidade extracontratual.

No CDC, a responsabilidade pré-contratual não foi sistematizada; considerando, porém, seus dois momentos fundamentais, o das negociações e o da oferta, temos que, quanto ao primeiro, os deveres de informar o candidato a

contratante e o de proteção estão previstos em suas conexões com os direitos básicos do consumidor e com a publicidade. Quanto ao segundo, tendo em vista que, no CDC, a oferta sempre vincula, e de forma cabal, não há possibilidade de seu descumprimento; o contrato, se o consumidor o desejar, é sempre considerado concluído, seguindo-se, então, as regras da responsabilidade contratual.

EMPRESA AGRÁRIA E ESTABELECIMENTO AGRÁRIO

Fábio Maria De-Mattia

Professor Titular do Departamento de Direito Civil da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Empresa e estabelecimento constituem dois institutos importantes no desenvolvimento da atividade agrária.

A primeira consubstancia o elemento subjetivo - sujeito de direito e a segunda o elemento objetivo. Este se constitui dos bens, direitos, créditos, garantias, etc.

Os dois institutos são examinados em seus vários aspectos com os subsídios da teoria dominante.

Abstract:

Enterprise and establishment are two important concepts to the development of agrarian activity.

The former is the subjective element - subject of rights and the latter is the objective element, consisting of goods, rights, credits, warranties, etc.

Both of the concepts are analyzed here in several aspects with the support of the predominant theory.

Capítulo I

A EMPRESA AGRÁRIA

Sumário

- 1 A empresa agrária empresário agrário.
- 2 Diferença entre empresa agrária e sociedade comercial, tendo por escopo atividade agrária.
- 3 Obrigações do empresário agrário.
- 4 As empresas coletivas agrárias.
- 5 As associações de empresas agrárias.
- 6 O pequeno empresário agrário.
- 7 - Contrato agrário e empresa agrária.
- 8 - A noção de unidade produtiva.
- 9 - Empresa agrária no Direito brasileiro.

1 - A Empresa agrária - empresário agrário

Ettore Casadei inicia sua exposição sobre a matéria com uma reflexão válida para o Direito Agrário brasileiro, assevera que a disciplina da empresa agrária adequa-se ao paradigma da empresa, mas é deficiente, escassa de conteúdo, pobre de normas particulares de onde se iniciam os desvios dos princípios comuns que proporcionam relevo ou vida à autonomia do instituto.

A consequência da configuração do instituto empresa agrária encontra-se no entendimento de que as obrigações estatuidas pela norma legal recaem sobre o empresário e não sobre o proprietário da terra. Este é um princípio basilar da disciplina da empresa, a qual se dirige aos seus titulares e não aos proprietários dos bens agregados na empresa.¹

Admitida a noção de empresário centrada na atividade econômica exercida, profissionalmente, com o escopo de produção ou troca de bens ou de serviços, considerado o interesse da empresa revelado através de dois tipos a empresa agrária e a empresa comercial em sentido lato o aparecimento de outros esquemas não-qualificáveis como integrando os dois tipos referidos, mas, caracterizadas mais propriamente como pessoas jurídicas denominadas civis, a empresa agrária destas se distinguiria tão-somente pelo objeto e não pela estrutura, o que lhe negaria qualquer autonomia, classificando-a como uma subespécie de uma categoria mais ampla de empresa civil.

Ettore Casadei, numa lição aplicável à empresa agrária como regulada no Direito brasileiro, encontrou como justificação mais verdadeira para a disciplina das empresas agrárias, como reguladas no Código Civil italiano, a tarefa de conter o impulso expansionista da comercialidade. Referido ordenamento não se inspirou num esquema simétrico, mas seguiu nas consequências o método realístico da economia, quando subtraiu a atividade agrária da aplicação de regras que constituem a textura dos institutos característicos do Direito Comercial e quando atribuiu uma relevância, ainda que negativa, à empresa agrária.

O estudo comparativo da disciplina dos dois tipos de empresa conclui que o empresário agrário não está sujeito, em regra, à luz do Código Civil italiano: 1. à inscrição no registro das empresas; 2. não são previstas formas de publicidade para a procuração do representante, do preposto no exercício da empresa; 3. o empresário

¹ Casadei, Ettore, *Diritto Agrario*, 1975, apostila utilizada pelos alunos da Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Bologna e Modena, p. 27.

agrícola não é obrigado a manter e conservar livros contábeis; 4. não se lhes aplicam as regras pertinentes aos institutos da falência e concordata preventiva; 5. não estão previstas limitações particulares quanto à sua capacidade.

Estes aspectos constituem traços diferenciadores das empresas comerciais e industriais em comparação com a empresa agrária.

A publicidade, a manutenção de livros contábeis, a falência ou o *favor legis* da concordata preventiva, são garantias destinadas a facilitar o fluxo de crédito, a estabelecer rapidamente relações negociais, a simplificar as contratações, como ocorre nas empresas comerciais, que têm por objeto de atividades bens e serviços, e nas empresas industriais, que adquirem matérias-primas para pô-las à disposição do público depois de havê-las transformado.²

Giuseppe Ragusa Maggiore sustenta que o Direito Agrário e o Direito Comercial não se encontram em dois planos distintos e não-comunicantes, mas constituem ambos o Direito da Empresa em uma particular manifestação da atividade econômica. Pode-se recorrer, portanto, a um dos ramos do Direito para interpretar espécies que pareçam obscuras, isto porque, os dois ramos constituem um sistema unitário disponível para regular a atividade produtiva do homem.³

A distinção entre empresa agrária e empresa comercial se depara com a diferença de atividade.

O agricultor não é um intermediário na troca dos bens, mas é o produtor que coloca em circulação o bem novo produzido pela terra ou não: o ato de alienação do agricultor está em uma das extremidades daquela cadeia de passagens, através das quais os bens vão de quem os produz a quem os consoma. Em verdade a atividade negocial do agricultor desenvolve-se na prevalência da alienação. O agricultor, normalmente, adquire no mercado somente em parte os bens auxiliares, sendo certo que o próprio fundo, herdado, produz muitos deles: sementes, estrume, palha, feno e até animais de trabalho.⁴

Um argumento que poderia ser contraposto ao acima asseverado fundamenta-se no fato de o agricultor necessitar de uma aquisição inicial, e porque inicial, enquadra-se na atividade preparatória e organizadora do estabelecimento. A

2 *Id.*, *ibid.* p. 28.

3 Maggiore, Giuseppe Ragusa, *L'impresa agricola e suoi aspetti di Diritto commerciale e falimentare*, Napoli: Morano Editore, , p. 31. 1964

4 Casadei, Ettore, *ob. cit.* p. 29.

agricultura necessita do apoio de meios químicos e mecânicos, de produtos de indústrias especializadas e de outras empresas agrárias, daí o recurso a atos de aquisição ser uma necessidade também para o empresário agrário.

O agricultor não se abastece no mercado livre, por um complexo de motivos, segue caminhos já predispostos: os instrumentos, as máquinas, os adubos químicos, os produtos anticritogâmicos, as sementes, etc. lhes são fornecidos a crédito ou através de pagamento à vista, pelas associações de agricultores, constituídas com o fim de abastecer nas melhores condições os sócios ou associados com os bens necessários aos seus estabelecimentos.⁵

O empresário agrário apresenta-se isolado das atividades mercantis, daí se justificar a exigência de menos formalidades, tais como as já acenadas de publicidade da empresa, existência de procuração, conservação e manutenção de livros habituais no Direito Comercial. Com efeito, a atividade agrária se desenvolve, prevalentemente, no campo técnico e não no negocial, enquanto a empresa agrária, por causa de sua consistência fundiária, oferece garantias mais sólidas e infalíveis.⁶

Quando o objeto da empresa é a atividade de cultivo, de criação de animais ou de silvicultura, a existência ou a falta da personalidade jurídica não tem relevo.

Igualmente, pouco importa para a natureza da atividade que a empresa de cultivo, por exemplo, com mão-de-obra assalariada, seja gerida por uma pessoa física, por uma coletividade de pessoas físicas ou por uma pessoa jurídica.⁷

O exercício da empresa agrária não requer, necessariamente, que o empresário seja o proprietário do fundo, basta um poder de fato, cujo conteúdo é uma relação de senhoria material que enseja os atos de fruição e de apropriação econômica no interesse próprio; empresário, assim se qualificando, assume a álea da empresa e, por conseguinte, executa a atividade produtora em nome próprio.⁸

A categoria empresário agrícola é assim variada, pois engloba o proprietário, o possuidor, o usufrutuário, o arrendatário, o parceiro - outorgado, o concedente.

5 *Id.*, *ibid.*, p. 29.

6 *Id.*, *ibid.*, p. 30.

7 *Id.*, *ibid.*, p. 34.

8 *Id.*, *ibid.*, p. 44.

Ao contrário, não são empresários agrários os proprietários de bens concedidos em usufruto, nem os proprietários ou usufrutuários de bens arrendados, dados em parceria, nem os arrendatários de bens subarrendados.

A distinção entre empresário-proprietário e empresário não-proprietário, terminologia acolhida pelos chamados economistas da agricultura, não é privada de relevância jurídica.⁹

Ressalte-se que, através do reconhecimento da empresa agrária como instituto central do Direito Agrário, conclui-se que o imóvel rural se enquadra como bem de produção, na medida em que passa a prevalecer a idéia do desdobramento da unidade econômica, representando a propriedade o ângulo estático, reservada a empresa o ângulo dinâmico do mesmo fenômeno, coordenando-se, assim, a idéia do bem, o imóvel rural, com o sentido de produção, representado pela empresa.¹⁰

Daí prevalecer a idéia de constituir a empresa agrária uma universalidade de fato do mesmo modo como o são as empresas comercial e industrial. A empresa agrária, observada a estruturação de sistema destinado à produção de gêneros de origem agropecuária, confirma um todo organizado cuja coordenação, disposta de certa forma, constitui aquilo que se pode entender por universalidade de fato.¹¹

Hoje, ao invés de agropecuária, optamos pela expressão agrobiológica.

A empresa agrária resulta da conjunção de terra, investimento nela realizado e destinado à produção, da organização do trabalho desenvolvido no bem imóvel, dos bens móveis e semoventes nela existentes, os elementos integrados que determinam a destinação à produção. Tais elementos, analisados em conjunto e sistematizados, visam à produção de bens com o intuito de lucro. A idéia de universalidade de fato corresponde ao instituto que reúne o conjunto de bens de que se compõe a empresa agrária.¹²

A noção de empresa agrária se submete a atualizações para integrar formas emergentes de atividade agrária, o que representa, aproximação significativa

9 *Id.*, *ibid.*, p. 44, indica normas legais aplicáveis aos sujeitos de Direito Agrário, arts. 2.137, 2.088 e seguintes e 838 do Código Civil italiano.

10 Scaff, Fernando Campos, A Empresa e o Direito Agrário, em *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 57, ,pp. 61-2, julho-setembro de 1991.

11 *Id.*, *ibid.*, p. 62.

12 *Id.*, *ibid.*, p. 62.

e importante àquele que é o sistema comunitário europeu de disciplina da agricultura. Relevante assinalar é a consciência da necessidade de se adotar um critério objetivo e merceológico, como o fez o sistema comunitário referido, o que consente a superação de controvérsias em torno da agrariedade desta ou daquela atividade.¹³

2 - Diferença entre empresa agrária e sociedade comercial tendo por escopo atividade agrária.

A empresa agrária pode servir-se de qualquer forma prevista para as empresas comerciais ou não-comerciais; entre as não-comerciais há o modelo da sociedade simples.

As formas de sociedades comerciais serão, sobretudo, preferidas para as atividades de alienação e de transformação, as quais devem estabelecer, necessariamente, relações mais intensas externamente.¹⁴

Os empresários rurais estão livres para escolher as formas societárias mais idôneas aos fins perseguidos; contudo na disciplina dos vários tipos não está prevista nenhuma adaptação para as exigências particulares da agricultura.

A qualificação de empresário agrário não se aplica quando dois ou mais empresários fundam uma sociedade para a transformação ou a venda dos produtos de seu fundo ou a criam para operar na aquisição de bens necessários aos seus estabelecimentos ou, em geral, para o exercício de uma atividade não essencialmente agrária. Mas este tipo pela norma do art. 2.135 do Código Civil italiano seria qualificável como agrária, porque conexas ou consideradas conexas da agricultura, criação de animais, silvicultura. Acrescente-se as atividades agrárias inseridas na noção de agricultura biológica e as atividades agrárias atuantes sem terra.¹⁵

Quando se caracterizar o acima descrito, a atividade social não pode ser considerada agrária, porque a empresa, o empresário, não estão operando nem na área da agricultura, nem na silvicultura, nem na criação ou seja em nenhuma das

13 Di Pepe, Giorgio Schiano, *Impresa agricola e agrarietà*, in *L'impresa agricola*, Milano: Giuffrè Editore, p. 159, 1978,.

14 *Id.*, *ibid.*, p. 160.

15 Casadei, Ettore, *ob. cit.*, p. 34.

atividades idôneas a qualificar a empresa como agrária, nem mesmo se trata de existência da atividade conexas.¹⁶

3 - Obrigações do empresário agrário.

As obrigações, como se apontou, são as mesmas quer se trate de empresário-proprietário, quer empresário não-proprietário.

A ambos cabe a obrigação pela conservação do solo, preservação das reservas naturais, manter o fundo agrário produtivo, constituindo tais deveres verdadeiras tarefas a executar.

O cumprimento de referidas obrigações pressupõe que o bem produtivo - a terra - integre o estabelecimento e daí decorre existir a empresa.

A autonomia do titular do domínio ou do direito de usar fundo agrário para exercer ou cessar uma atividade econômica não é ilimitada, porém, não pode descuidar da destinação do bem agrário.

Há, contudo, respeito à vontade individual quanto à criação e cessação de empresas agrárias, quanto à plena iniciativa de escolha da destinação econômica e sua transformação ou até de mudar sua destinação.¹⁷

O proprietário de um fundo idôneo ao cultivo, mas inculto, não está obrigado a exercitar uma empresa de cultivo ou o proprietário de um fundo cultivado proibido de transformá-lo em um parque, jardim, reserva de árvores, plantas, etc.

O que ao proprietário é vedado é o abandono da conservação ou do cultivo, pois tal comportamento negativo causa a depreciação progressiva do bem, o que deve ser obstado quando repercute danosamente na economia.

Dáí a sanção: a expropriação. Esta atinge o proprietário e não o empresário, porque se a gestão do bem produtivo cabe à personalidade econômica do empresário, a atividade de conservação diz respeito ao proprietário.¹⁸

O que acaba de ser asseverado vale, também, quando não coincidam as duas pessoas econômicas em uma única pessoa (física ou jurídica), quando a conservação seja confiada pelo proprietário ao empresário, usufrutuário, arrendatário, parceiro - outorgado, mas, nesse caso o proprietário, desejando retomar

16 *Id.*, *ibid.*, p. 45.

17 *Id.*, *ibid.*, p. 45.

18 *Id.*, *ibid.*, p. 45.

o fundo agrário, no estado em que o entregou, é legitimado para reclamar do empresário a atividade conservadora a que se obrigou.¹⁹

A inércia do proprietário leva-o a sofrer sanção seja quando deixa o exercício da atividade econômica, descuidando de dar ao fundo destinação útil, seja quando negligencia em suprimir o direito do empresário que abandonou o cultivo, a destinação acordada.²⁰

O empresário está obrigado a tutelar as condições de trabalho de seus empregados. É a ligação entre o Direito do Trabalho e o Direito Agrário. Esta obrigação é prevista na legislação agrária brasileira.

O empresário está obrigado a assegurar as condições objetivas necessárias ou úteis para a proteção da saúde dos trabalhadores. Fala-se, atualmente, em Direito Agrário sanitário.

4 - As empresas coletivas agrárias.

Empresa coletiva agrária é aquela onde a titularidade pertence contemporaneamente a vários sujeitos.

Existem vários tipos de empresas coletivas agrárias.

1 - Vários proprietários ou usufrutuários ou arrendatários ou parceiros-outorgados utilizam, conjuntamente, suas terras com os fins de uma gestão comum, objetivando dividir as rendas em proporções às quotas respectivas.

2 - Várias pessoas se unem com o escopo de obter capital para adquirir terra, para constituir a empresa que, após, gerem unitariamente; o exemplo mais importante reside nas cooperativas de trabalho, mediante as quais trabalhadores (comumente braçais) se associam para adquirir uma herdade ou obtê-la em arrendamento ou parceria.

3 - A empresa coletiva soluciona o problema da organização do trabalho, por exemplo, como quando o titular do direito de fruição do fundo rústico diligencia fixação de forças laborativas, não através de contrato de trabalho, mas,

19 *Id.*, *ibid.*, p. 45.

20 O Direito italiano prevê que a inobservância, pelo empresário, das obrigações pode levá-lo à suspensão do exercício da empresa ou a se nomear um administrador que assuma a gestão ou se pessoa jurídica que haja a substituição dos administradores, como dispõe o art. 2.091 do Código Civil italiano.

mediante associação com um grupo de trabalhadores, os quais, conjuntamente com o empresário, dirigem a empresa e dividem os riscos e proveitos.

4 - Tendo presente a combinação descrita no item anterior, as empresas de parceria agrária oferecem exemplos. Serão empresas coletivas de cultivo, nas quais o estabelecimento se organiza através de associação de capital e trabalho.

5 - A empresa de parceria pecuária apresenta, às vezes, o exemplo de uma empresa coletiva para criação de animais, resultante da associação com um capitalista ao mesmo tempo trabalhador rural; a parceria rural simples corresponde, provavelmente, a uma associação com participação sendo o parceiro outorgante o titular da empresa.

6 - Particular forma de pequena empresa coletiva de cultivo configura-se cada vez que a empresa é exercida por uma família.

7 Empresas coletivas dirigidas a satisfazer fins determinados ou exigências especiais de gerência.²¹

8 - Há, também, empresas constituídas por agricultores com o escopo de aquisição de produtos, mercadorias, instrumentos rurais e máquinas; existem, outrossim, empresas geridas por uma coletividade de produtores agrícolas, cujo escopo é a transformação e venda de produtos pelas várias empresas de cultivo. Exemplos são fábricas de queijo e cantinas, dirigidas por produtores de queijo e uva. Tais empresas serão agrícolas apenas quando a atuação da cantina e fábrica de queijo se enquadrem no exercício normal da agricultura da região.

Para que uma empresa coletiva exista é necessário que sua atividade seja exercida, profissionalmente, em nome e por conta de todos os empresários agrários, que cada um colabore mediante concessões para a constituição do organismo produtivo e assuma a álea concorrendo nos ganhos e nas perdas.²²

Ressalte-se, contudo, quando a coletividade dos empresários se constitui em pessoa jurídica é inexacto falar-se em empresa coletiva. Aí, o ente, o novo sujeito, será o titular da empresa, em seu nome e por sua conta a gestão é conduzida e apenas o novo sujeito assume as obrigações e se beneficia com os direitos.²³

21 Casadei, Ettore, *ibid.*, p. 31.

22 *Id.*, *ibid.*, p. 31.

23 *Id.*, *ibid.*, p. 31.

Neste tipo de empresa coletiva típica da atividade agrária, originada em suas várias formas, no *exercício* dos contratos de parceria, parceria pecuária e contrato de trabalho agrário, a disciplina que a rege está toda polarizada na relação interna entre coempresários, sendo certo que a atividade negocial se apresenta, quase sempre, como um aspecto marginal da empresa.²⁴

Estas empresas coletivas agrárias constituem a mais típica expressão da empresa agrária; em sua essência é, principalmente, uma forma de *utilização do fundo*, enquanto a empresa comercial é sempre atividade desenvolvida *per negociationes*.

5 - As associações de empresas agrárias.

Para alcançar escopos lucrativos às respectivas empresas, os empresários agrários se associam e constituem novas empresas.

Tais associações, normalmente reconhecidas como pessoas jurídicas, alcançaram um desenvolvimento importante a ponto de se terem transformado numa das maiores expressões da tutela e da defesa da atividade agrária nos mercados.

A maior parte da atividade negocial que tem por objeto os reabastecimentos para o agricultor e a alienação de seus produtos agrícolas se desenvolve através de associações com esta conformação.

Tais associações, geralmente, não são qualificáveis como empresas agrárias.

Podem ser reagrupadas, conforme seu escopo, segundo Ettore Casadei, do seguinte modo:²⁵

- a. associações destinadas a alienar produtos agrícolas (consórcios agrários e cooperativas);
- b. associações que exercem atividade dirigida à transformação dos produtos agrícolas e a alienação de produtos transformados (sociedades cooperativas para a gestão de fábricas de queijo, cantinas, fabricação de óleo, dessecadores de gordilhão de lã, casulos ou de tabaco);

24 *Id.*, *ibid.*, pp. 31-2.

25 *Id.*, *ibid.*, p. 34.

c. associações fornecedoras aos agricultores de máquinas, instrumentos, sementes, adubos, anticritogâmicos, mercadorias e materiais úteis ao exercício da agricultura (consórcios, cooperativas, etc.);

d. associações que objetivam a concessão de crédito em favor dos agricultores (sociedades cooperativas que gerem caixas sociais, consórcios agrários);

e. associações com atividade securitária em favor dos agricultores (sociedades de seguro contra os riscos do granizo e doenças de animais);

f. associações prestadoras de serviços diversos de caráter assistencial em favor de agricultores associados (associação nacional de cultivadores de plantas herbáceas, plantas oleaginosas, associação nacional de tabacocultivadores, ente assistencial de usuários de motores agrícolas, etc);

g. associações que desenvolvem atividades dirigidas à transformação fundiária (consórcios de melhoria fundiária).

Quanto às entidades sob a letra *c*, assinale-se, que quando aperfeiçoam aquisições em nome próprio para revenda de mercadorias aos sócios, configuram indubitavelmente uma atividade de intermediação na circulação dos bens, e, pois, são consideradas empresas comerciais.

As entidades sob as letras *d*, *e* e *f* desenvolvem em favor dos sócios, empresários, uma série de atividades diversas, nenhuma das quais possa ser considerada agrária; as atividades creditícia e securitária são irrefragavelmente comerciais.²⁶

A classificação de entidades sob a letra *g* exige análise mais detida.

A obra de adaptação do solo ao cultivo parece desde logo não se diferenciar do cultivo, mas, quase sempre nessa compreendida como uma das atividades de que o ato de cultivar se compõe, de modo a não se considerar utilmente distinta.

As obras de regulação das águas, de viabilidade de alqueive, as construções edilícias, são obras que o próprio agricultor executa, a medida que cultiva o fundo, tornando-o mais apto ao cultivo; são pequenas e grandes melhorias.²⁷

Há, porém, casos, a propósito infreqüentes, em que a atividade de adequação do solo apresenta-se com caracteres particulares, seja porque é executada,

²⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 35.

²⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 35.

separadamente na época do cultivo, quando a época deste se finalizou, ou quando se refere a áreas nunca antes submetidas a plantio, ou porque fora explorada por outra empresa.²⁸

A natureza da atividade pode ser modificada quando há cisão dos sujeitos da atividade agrária (pessoa jurídica do consórcio e as pessoas físicas dos consorciados).

A execução das obras de adequação fundiária, quando é efetuada pelo próprio titular da empresa que cultiva (isto ocorre, particularmente, nas pequenas transformações fundiárias, limitadas a um único estabelecimento e que se configuram em melhoria do sistema agrário existente) constitui atividade dirigida à atuação do estabelecimento e, pois, incindivelmente coligada ao da organização e do exercício da empresa agrária.

As relações jurídicas encetadas pelo titular da empresa de cultivo com quem dispõe do fundo são agrárias, do mesmo modo o são as atividades direcionadas a melhorar as condições de aproveitamento da herdade.

Quando as melhorias são assumidas e executadas por um consórcio, por sujeito de direito diferente do empresário titular das empresas agrárias investidas na exploração do fundo, esta atividade de transformação fundiária está despojada de qualquer caráter agrário.

A atividade de beneficiamento do solo é objeto de incumbência atribuída a uma empresa industrial, as atuações das duas empresas a que executa a benfeitoria e a que explora o fundo - são nitidamente distintas, como distintos são os seus produtos; uma visa beneficiar o terreno e a outra a exploração agrícola racional do solo.²⁹

6 - O pequeno empresário agrário.

O trabalho como fator de produção nunca falta numa empresa agrária e não é irrelevante a circunstância de que o trabalho seja fornecido pessoalmente pelo empresário e pelos seus familiares ou que o obtenha junto a terceiros.³⁰

28 *Id.*, *ibid.*, p. 36.

29 *Id.*, *ibid.*, p. 36.

30 *Id.*, *ibid.*, p. 39.

Na primeira eventualidade, estamos perante o tipo econômico do cultivador direto, objeto de muitas normas legais, mas não é o único exemplo de empresário agrário que forneça, pessoalmente, o trabalho necessário para o exercício da empresa ou o obtenha na família, vez que tal fenômeno se verifica não-só nas empresas dedicadas ao cultivo, mas, também, nas empresas zootécnicas e naquelas cujo objeto é a silvicultura. Mas a presença do trabalho como fator de produção está mais presente no primeiro tipo econômico a despeito da presença cada vez mais atuante da mecanização.

A análise deve-se concentrar na figura do cultivador direto, mas as considerações, a seguir desenvolvidas, concernem a outras figuras de agricultor, apesar das adaptações que se impõem, mas, num sentido mais amplo, que são suscetíveis de serem enquadradas na primeira mencionada.³¹

A empresa de cultivador direto se caracteriza por dois interesses fundamentais: o primeiro é empregar o trabalho familiar no estabelecimento, dentro dos limites os mais extensos possíveis; o segundo é de prover, diretamente, ao que é necessário sob o aspecto doméstico, com a consequência de uma limitação nas trocas com o exterior e a presença de atrofia na atividade negocial da empresa, acentuada pelas escassas possibilidades financeiras.

Para traçar um paralelo entre a empresa de cultivador direto, que emprega o trabalho familiar e a que se vale de trabalhador alheio, esta com caracteres extrínsecos, às vezes semelhantes aos existentes nas empresas industriais, temos: neste tipo que se vale do trabalhador alheio trata-se de empresas de grande arrendatário ou proprietário que se vale de mão-de-obra assalariada e mais numerosa, onde o recurso ao crédito é maior e mais freqüente, onde o escopo de especulação é mais evidente, a produção sendo destinada quase exclusivamente ao mercado.³²

Ettore Casadei ensina que a configuração do cultivador direto enquadra-se perfeitamente na definição de pequeno proprietário.

Na empresa do cultivador, o trabalho é, em regra, fornecido pela família, mas, também, por uma comunidade de trabalhadores dirigida e que obteve eficácia, através da orientação do empregador apesar de o emprego da mão-de-obra estranha manter, sempre, uma função complementar, por sua natureza excepcional e

31 *Id.*, *ibid.*, p. 39.

32 *Id.*, *ibid.*, p. 39.

transitória, recorrendo-se a ela nos momentos em que a família cultivadora não baste às necessidades do estabelecimento.³³

A unidade laborativa permanece de caráter familiar, enquanto o trabalho oferecido pela família continue sempre predominante sobre o proveniente do exterior, mesmo quando o trabalho fornecido pelos estranhos seja permanente na empresa do cultivador direto, isto é, não tenha caráter irregular, em relação às irregularidades das estações do ano e do diagrama anual do trabalho. Trata-se, sempre, de forças acrescidas à família que não se alteram.³⁴

Esta noção de cultivador direto abrange o arrendatário ou parceiro outorgado, cultivador direto do fundo com trabalho prevalecentemente, próprio e de pessoas de sua família.

Na pequena empresa em geral e, portanto, na pequena empresa agrária, o trabalho executado pelo sujeito da relação agrária, por conta própria e no próprio interesse, não é alçado na avaliação jurídica à natureza de bem e mesmo concorrendo sob o ponto de vista econômico, com todos os outros elementos da produção, parece não figurar como bem sob o ponto de vista jurídico.³⁵

A consideração permanece verdadeira, também, quanto às prestações executadas pelos familiares e exigidas pelo empresário familiar, para que tenham o direito de utilizar o estabelecimento e em vantagem da família. As energias laborativas e a prestação de trabalho da mulher e dos filhos menores não é considerada um bem objeto de particular relação jurídica.

A estrutura familiar não muda ao se recorrer ao trabalho alheio por exigências marginais e excepcionais ou mesmo constantemente, desde que em quantidades tais a não configurar forças predominantes da empresa.³⁶

A relação entre capacidade de trabalho dos cultivadores e a necessidade de trabalho do fundo, face às conseqüências do desenvolvimento da técnica, pode ser modificada.

33 *Id.*, *ibid.*, p. 40.

34 *Id.*, *ibid.*, p. 40.

35 *Id.*, *ibid.*, p. 40.

36 *Id.*, *ibid.*, p. 40.

7 Contrato agrário e empresa agrária.

O contrato agrário permite que o futuro empresário não-proprietário utilize o solo que é o núcleo central ao redor do qual se dispõem organicamente todos os outros bens destinados ao exercício da empresa agrícola.

O contrato agrário, às vezes, serve para alcançar não apenas a fruição do fundo, mas pode se constituir no embrião do estabelecimento que seria o fim mais freqüentemente perseguido. A constituição do estabelecimento pode não ser o fim almejado por ele já existir e ser operante como ocorre com o arrendamento de um fundo equipado e pronto para desenvolver a sua função produtiva, neste caso o estabelecimento já existe e através do contrato agrário se possibilita a fruição por parte do concessionário.³⁷

8 - A noção de unidade produtiva.

Unidade produtiva é o objeto do contrato de arrendamento e não mais o fundo tradicional, reavaliada economicamente e gerida em sintonia com as exigências da assim denominada nova agricultura, em medida tal que justifique a redução dos contratos agrários (instituto pelo qual um negócio jurídico que objetiva atividade agrária se transforma em arrendamento).

Unidade produtiva se caracteriza pelas condições objetivas de rentabilidade ou produtividade que permitam a formação de uma empresa agrária válida sob o perfil técnico e econômico.

A sanção quando o fundo objeto de contrato associativo não constitua, nas suas condições atuais ou em seguida à execução de um plano de desenvolvimento empresarial, uma unidade produtiva será a conversão do contrato de parceria em arrendamento, conforme o modelo adotado na moderna legislação agrária italiana, em cumprimento às disposições comunitárias que motivaram mudanças legislativas em outros países da Comunidade.³⁸

³⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 3.

³⁸ Salaris, Fernando, "*La riduzione al" tipo unico dei contratti agrari*" Torino, G Giappichelli, 1989, p. 85. O art. 31 da lei italiana n. 203/82 regula os parâmetros para a configuração de unidade produtiva. Esta lei reduziu os contratos agrários ao arrendamento. Adaptando a noção de unidade produtiva ao Direito brasileiro diremos que a unidade produtiva tem por objeto os contratos agrários como regulados na legislação especial.

A unidade produtiva é um ponto de referência que concerne à renda do trabalho na agricultura, sempre comparável com a renda do trabalho em alguns setores produtivos. A unidade produtiva se revela, sem dúvida, adequada aos objetivos de uma agricultura moderna.³⁹

A reavaliação da unidade produtiva em agricultura - objeto do arrendamento - encontra sua fonte, também, nos programas de política no âmbito da Comunidade Econômica Européia.

A quantidade de terreno de que o empresário dispõe, para alcançar o nível de unidade produtiva, deve consentir na obtenção de uma renda comparável com aquela de uma unidade extra-agrícola.⁴⁰

É necessário que o empresário agrícola disponha não-somente de uma extensão de terra capaz de lhe consentir a obtenção de uma renda mínima mas, também, disponha de uma unidade idônea a produzir validamente. No mesmo sentido as diretrizes da política agrícola da Comunidade Econômica Européia, com referência à melhoria das estruturas agrárias produtivas, cuja funcionalidade prevalece sobre a tutela da propriedade do fundo.⁴¹

O instituto da unidade produtiva equivale no Direito brasileiro ao instituto do módulo rural ou aos índices GUT para avaliar o grau de produtividade da terra como previsto no Estatuto da Terra ou nas decisões normativas dos órgãos federais competentes.

Os institutos da unidade produtiva, mínima unidade cultural, módulo rural, propriedade familiar, exigem uma nova concepção das dimensões do estabelecimento agrário por causa da mecanização e especialização das culturas.

No passado havia uma economia de consumo, conexas à família campesina, a qual produzia bens mais para si do que para o mercado. A produtividade competitiva no mercado interno e internacional constitui um novo parâmetro de quem dirige uma empresa agrária.

O trabalho não mais tem o escopo de obtenção de bens de consumo essenciais, mas é um fato produtivo e deve ser avaliado com base no seu custo e sua renda. Não apenas a renda da unidade produtiva prevaleceu sobre a familiar, mas a mecanização do processo produtivo que multiplica a potencialidade laborativa da

39 *Id.*, *ibid.*, p. 86.

40 *Id.*, *ibid.*, p. 86.

41 *Id.*, *ibid.*, pp. 92-3.

unidade empresarial. Esta se transforma não apenas sob o perfil econômico, mas particularmente sob o técnico.⁴²

O instituto da unidade produtiva desloca a importância da função social da terra para a função social da empresa agrária com a ampliação e ausência de formalidades objetivadas na regulação desta última.

A eficiência da unidade produtiva está estreitamente conexas à tutela do meio ambiente. As novas técnicas produtivas, com efeito, se não forem racionalmente controladas, podem conduzir a exploração intensiva da unidade fundiária com critérios irracionais, pois, anti-sociais e antieconômicos. Subsiste então uma correlação entre a eficiência produtiva e a conservação e melhora do meio ambiente, onde a empresa agrária opera.⁴³

A unidade produtiva se revela instrumento eficaz contra a degradação da terra.⁴⁴

9 - Empresa Agrária no Direito Brasileiro.

No Direito brasileiro Emilio Alberto Maya Gischkow se ocupou com o tema empresa agrária.⁴⁵

Aceita a orientação de que a empresa rural passou para uma posição de preeminência, deslocando-se a propriedade rural para um segundo plano. Fundamenta a modificação porque: *"as relações jurídicas no Direito Agrário são impositivas, cogentes, evidenciando a prevalência de um critério publicístico, submetendo o sujeito de direito à precedência do interesse social e a transcendência dos fatores econômicos de progresso e desenvolvimento."*⁴⁶

O legislador pátrio, a partir de 1964 e com a reforma das normas agrárias, optou por entender que a *"utilização do solo para fins produtivos foi colocada, no plano positivo, como conceitualmente distinta do exercício dos poderes e direitos de propriedade da terra."*⁴⁷

42 *Id.*, *ibid.*, pp. 102-3.

43 *Id.*, *ibid.*, p. 122.

44 *Id.*, *ibid.*, p. 136.

45 Gischkow, Emilio Alberto Maya, *Princípios de Direito Agrário-Desapropriação e Reforma Agrária*, São Paulo: Saraiva, 1988.

46 *Id.*, *ibid.*, p. 143.

47 *Id.*, *ibid.*, p. 143.

Ressalta que "a empresa", no campo do Direito Agrário, "é uma instituição que deve servir principalmente ao trabalhador", daí concluir que "o trabalho seria valorizado hierarquicamente a ponto de ser considerado como elemento principal da organização empresarial. A empresa seria contemplada como autêntica comunidade de trabalho e produção. O trabalho humano seria o título mais legítimo para caracterizar o direito de propriedade."⁴⁸

O conceito de empresa rural para o Direito brasileiro consta do art. 4º, inciso VI do Estatuto da Terra, Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964: "VI "Empresa Rural" é o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro de condição de rendimento econômico ... de região em que se situa e que explore área mínima agricultável do imóvel segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo. Para esse fim, equiparam-se às áreas cultivadas as pastagens, as matas naturais e artificiais e as áreas ocupadas com benfeitorias".

O enunciado da concepção do legislador brasileiro de empresa rural demonstra tratar-se de noção vinculada à propriedade fundiária, à submissão aos parâmetros da sua função social.

Basta ler o parâmetro determinado no art. 44 do Decreto n. 72.106, de 18 de abril de 1973: "art. 44. O imóvel rural será classificado como empresa rural, na forma do disposto no art. 4º, item VI, e art. 50, § 7º, da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, desde que sua exploração satisfaça às seguintes exigências: I - que a área utilizada nas várias explorações represente porcentagem superior a 70% (setenta por cento) de sua área agricultável, equiparando-se, para esse fim, às áreas cultivadas as pastagens, as matas naturais e artificiais e as áreas ocupadas com benfeitorias: II - que obtenha coeficiente de condições sociais e de produtividade igual ou inferior a I (hum)."

Já o art. 22, inciso III do Decreto n. 84.685, de 6 de maio de 1980, estatui: "Empresa Rural, o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore economicamente e racionalmente imóvel rural, dentro das condições de cumprimento da função social da terra e atendidos simultaneamente os requisitos seguintes: a) tenha grau de utilização da terra igual ou superior a 80% (oitenta por cento), calculado na forma da alínea a do artigo 8º; b) tenha grau de eficiência na exploração, calculado na forma do art. 10, igual ou superior a

48 *Id.*, *ibid.*, p. 144.

100% (cem por cento); c) *cumpra integralmente a legislação que rege as relações de trabalho e os contratos de uso temporário da terra.*"

A empresa rural, como regulada entre nós, se diferencia do que desenvolvemos neste capítulo ao analisarmos o instituto como concebido na legislação e doutrina italianas, onde nasceu e se desenvolveu a estruturação da empresa agrária, influenciando de modo acentuado o entendimento da matéria.

A insuficiência do conceito legal que trata de empresa rural e não de empresa agrária foi detectada por Emilio Alberto Maya Gischkow ao apontar: *"Para encontrar fórmula capaz de propiciar o conceito de empresa rural, sustenta-se que seria a caracterizada como forma associativa de produção, na qual as participações de capital e trabalho se realizariam em igualdade de condições, assegurando aos associados a co-propriedade dos rendimentos e as responsabilidades de gestão, administração e trabalho."*⁴⁹

A concepção de empresa rural no direito positivo brasileiro engloba a chamada propriedade familiar, instituto previsto no art. 4º, II do Estatuto da Terra: *"Propriedade Familiar" o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente, trabalho com a ajuda de terceiros;"*

Emilio Alberto Maya Gischkow inclui a propriedade familiar como definida acima como tipo de empresa rural pois: *"Não existe dúvida em que o Estatuto da Terra, no plano legal, admite a propriedade familiar como empresa rural, desde que o imóvel rural garanta a subsistência e o progresso social e econômico do agricultor e sua família"*, calçado na lição do pioneiro e saudoso mestre Fernando Pereira Sodero.⁵⁰

Sodero aponta que o instituto da propriedade familiar é organizado em empresa rural e invoca a lição de Antonio Ballarin Marcial referindo-se, ao Estatuto da Terra, que implantará um sistema de agricultura empresarial, de base familiar e associativa.⁵¹

49 *Id.*, *ibid.*, p. 146.

50 *Id.*, *ibid.*, p. 147.

51 Sodero, Fernando Pereira, *Direito Agrário e Reforma Agrária*, 1ª, ed., São Paulo, Livraria Legislação Brasileira, p. 92, 1968.

Paulo Torminn Borges não insere a propriedade familiar no quadro da empresa rural, definindo-a como a unidade de produção para conjunto familiar enquanto define a empresa agrária como *"unidade de produção para uma comunidade mais ampla, onde se associam terra, trabalho, capital e técnica, tudo dirigida organicamente a um fim econômico."*⁵²

Paulo Torminn Borges, ao abordar a natureza da empresa rural, indica ser de natureza civil e depender de registro. E ressalva: *"salvo, evidentemente, quanto à natureza, que será comercial se a empresa girar sob a forma de sociedade anônima."*⁵³

No mesmo sentido Luís de Lima Stefanini.⁵⁴

Luís de Lima Stefanini nota que a lei agrária brasileira *"não expendeu um conceito jurídico de empresa, mas um conceito econômico, que, a parte isso, congrega, também, falhas lamentáveis."*⁵⁵

Entre nós, o professor Waldírio Bulgarelli ensina que a empresa agrária atinge certo grau de desenvolvimento e passa naturalmente para o âmbito empresarial comum, geralmente através da adoção da forma de sociedade anônima, tipo societário que a comercializa obrigatoriamente.

Fala numa *visão quantitativa* que está *"continuamente presente, como se pode verificar desde logo pela noção de empresa rural do Estatuto da Terra em que procurou conceituá-la através dos critérios de rentabilidade e de dimensão, ficando inserida entre o minifúndio e o latifúndio."*⁵⁶

O eminente jurista ressalta que o Direito Fiscal não ficou imune às considerações quantitativas, tanto que o Dec. 66.095, de 20.1.70 sobre o Imposto de Renda das propriedades rurais, estabeleceu três faixas de receita para efeito de contabilidade: até 600 vezes o maior salário mínimo, basta a declaração por

52 Borges, Paulo Torminn, *Institutos Básicos do Direito Agrário*, 4ª ed. rev. e at., São Paulo, Saraiva, p. 62, 1983.

53 *Id.*, *ibid.*, p. 65.

54 Stefanini, Luís de Lima, *A Propriedade no Direito Agrário*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 287.

55 *Id.*, *ibid.*, p. 278.

56 Bulgarelli, Waldírio, *A Teoria Jurídica da Empresa (análise jurídica da empresariedade)*, São Paulo, tese, p. 431, 1984.

estimativa; de 600 até 6.000, exige escrituração rudimentar ou simplificada e de mais de 6.000 exige a contabilidade regular.⁵⁷

O ilustre comercialista caracteriza a especialidade da empresa agrária baseada na visão quantitativa, a qual se revela nos dois aspectos: rentabilidade e dimensão.

Pela redação final do Projeto de Código Civil brasileiro, aprovado pela Câmara dos Deputados, no art. 969: "*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*", o que levou Waldírio Bulgarelli a asseverar que "*ligada à agrariedade, demonstrando a dualidade de perspectiva do exercício dessa atividade, ora, pelo aspecto da produção ora, pelo aspecto geral ou da distribuição.*"⁵⁸

O referido Projeto de Lei n. 634-B. de 1975, em sua redação final, define no art. 973, I: "*o empresário rural, assim considerado o que exerce atividade destinada à produção agrícola, silvícola, pecuária e outras conexas, como a que tenha por finalidade transformar ou alienar os respectivos produtos, quando pertinentes aos serviços rurais*", o que levou o Professor Waldírio Bulgarelli a concluir pela exclusão da atividade extrativa.⁵⁹

Comenta o regime do Projeto concluindo que "*embora reconhecendo o exercício da atividade rural como empresária, dispensou o empresário rural*" de inscrição e das restrições e deveres impostos aos empresários inscritos (art. 1.007, *caput*), admitindo entretanto, que aquele "*cuja atividade rural constitua sua principal profissão*" requeira sua inscrição no Registro de Empresa, ficando após a inscrição, "*equiparado para todos os efeitos ao empresário sujeito a Registro*" (art. 1.008). Certamente, que não passara incólume, sem interpretações contraditórias, a expressão "*principal profissão*" que bem poderia ter sido dispensada. O art. 1.007, *caput*, corresponde ao art. 973, *caput* e o art. 1.008 ao art. 974 da redação final do Projeto de Lei n. 634-B de 1975, publicado D.O.U. em 17 de maio de 1984.

Apontamos o caráter especial da empresa agrária como regulada no Código Civil italiano, o que se repete quatro décadas após no Projeto de Código

⁵⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 431, nota 194. Na mesma perspectiva consultar Luís de Lima Stefanini, *ob. cit.*, pp. 279, 280, 282 e 283.

⁵⁸ Bulgarelli, Waldírio, *ibid.*, p. 433.

⁵⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 433.

Civil brasileiro, daí a conclusão do professor Waldírio Bulgarelli: *"Tem-se pois um regime facultativo instituído pelo Projeto que irá atuar cumulativamente com o regime implantado pela legislação que integra o chamado Direito Agrário. Não vemos nessa orientação nenhum desacerto, apresentando-se coerente a posição do Projeto, levando-se em conta, de um lado, a realidade complexa da agrariedade brasileira e, de outro, a existência de um sistema legal voltado para o exercício da atividade produtiva, passando, inclusive, pelo âmbito das obrigações, através dos contratos agrários e dos títulos de crédito rural. Enquanto o setor rural não alcançar um harmônico desenvolvimento, adquirindo condições às suas empresas de ingressarem plenamente no regime da empresarialidade, parece que a fórmula adotada pelo Projeto não merece reparos."*⁶⁰

⁶⁰ *Id.*, *ibid.*, pp. 433-4.

Capítulo II

ESTABELECIMENTO AGRÁRIO

A seqüência lógica é examinar o estabelecimento, a *azienda*, após a análise da empresa agrária.

Giuseppe Ragusa Maggiore ensina que no âmbito da teoria da empresa, para se apreender a essência da categoria, é necessário proceder ao estudo dos elementos subjetivo e objetivo sendo certo que ao elemento objetivo corresponde o *estabelecimento*.⁶¹

Rosalba Alessi esclarece que os elementos do estabelecimento variam igualmente como ocorre com a noção de agrariedade da empresa que não pode ser contraposta à noção de comercialidade da empresa em geral, isto porque a distinção entre agrariedade e comercialidade tende a perder fundamento, mormente quando os processos de integração que cruzam a agricultura acarretam a dificuldade em se identificar, no interior desta, modos de produção típicos e ou peculiares; igualmente, sob o aspecto externo à agricultura visualiza-se que vão desaparecendo os limites que deveriam separar do corpo uno do sistema econômico, notadamente, quando temos presente a relação entre as categorias jurídicas e os fatos econômicos.⁶²

O estabelecimento é um complexo de bens heterogêneos e entre si interdependentes, destinados ao exercício da empresa. Esses bens podem ser de natureza assaz diversa: bens móveis, dinheiro, mercadorias; bens imóveis, terrenos, casas, oficinas; bens imateriais, tais como direitos, razão social, insígnias, marcas, patentes, segredos industriais, patentes de novas espécies vegetais, etc.

O elemento organização é primordial no estabelecimento. Este é um complexo de bens, reunidos pelo empresário para o exercício da empresa, resultante do ato de destinação material levado a efeito pelo empreendedor, pelo qual cada bem

⁶¹ Maggiore, Giuseppe Ragusa, op. cit. p.34.

⁶² Alessi, Rosalba, *L'impresa agricola*, em *Il Codice Civile Commentario*, coordenação de Piero Schlesinger, Milano, Giufre Editore, , p.61, 1990.

é posto em combinação com outros com o escopo de permitir o exercício da atividade de produção e troca.⁶³

Para Carlos Fuenzalida Vattier trata-se de uma organização patrimonial, estática e objetiva, instrumentalmente ligada ao exercício da empresa agrária, de uma complexidade técnica e dogmática maior que o simples fundo, ou seja, um meio com o qual a atividade econômica do empresário se leva a cabo.⁶⁴

O estabelecimento constitui a projeção patrimonial da empresa: ele é o conjunto de bens, o instrumento de exercício da atividade empreendedora. O estabelecimento é um objeto e a empresa é uma atividade.

A natureza unitária do estabelecimento, tal como um complexo orgânico de bens, considerado sob o ponto de vista econômico, é pacífica; o mesmo não ocorre quando se a examina sob o perfil jurídico.⁶⁵

O estabelecimento é disciplinado como objeto de circulação jurídica, como objeto de usufruto, de locação, de tutela contra atos de concorrência desleal. Também são tutelados os direitos de individuação, tais como os sinais distintivos da firma, a insígnia, a marca.

A empresa agrária, no campo da disciplina da empresa, assume posição de pequena relevância, o estabelecimento agrário, por outro lado, nunca concretiza o modelo ao qual se aplique, em sua plenitude, a regulamentação prevista para o estabelecimento em geral.⁶⁶

Para o estudo da matéria recorre-se àqueles aspectos característicos da empresa, da atividade agrária e às diferenças entre empresas agrárias e comerciais. A necessidade de uma tutela dos produtos de mercado apresenta-se com menos intensidade porque a atividade agrária não se desenvolve, essencialmente, através de uma atividade de troca.

O conceito de estabelecimento não é estranho à atividade agrária, mas pelo que se acaba de indicar, essa não se apresenta essencialmente como uma

63 Casadei, Ettore, op. cit. p.74.

64 Fuenzalida, Carlos Vattier, *Concepto y tipos de empresa agraria en el derecho español*, 1ª ed., Leon, Editora do Colégio Universitário de Leon, p.93, 1978.

65 Casadei, Ettore, op. cit. p.74.

66 *Id.*, *Ibid.*, p. 4.

atividade de troca. Encontra-se aí a verificação do motivo que impede a aplicação integral da disciplina do estabelecimento em geral ao estabelecimento agrário.⁶⁷

Luigi Costato conclui que a tese que ressalta tão-somente o elemento terra não é convincente. Daí afirmar que sobretudo em relação aos contratos agrários com concessão de terreno, não se poderá ressaltar a terra sem falar no estabelecimento, que, também como complexo de bens, pode ser objeto de arrendamento; ao contrário nas empresas sem-terra, o estabelecimento se impõe e pode ser concedido a terceiros sem que a legislação especial se aplique.⁶⁸

O fundo equipado não coincide com o estabelecimento. Às vezes foi o empresário e não propriamente o proprietário do fundo quem criou o estabelecimento.⁶⁹

O fundo é um trecho de solo cultivável destinado à produção agrícola. A terra como fator essencial e característico do processo produtivo agrário recebe a denominação de fundo.

A qualificação agrária do fundo não deduzirá da existência da empresa agrária. Assim também será definido o fundo, cultivado por quem não tenha o requisito de empresário, como quando o fundo é cultivado por puras exigências familiares.⁷⁰

O *fundus instructus* corresponde a um conceito mais extenso de fundo. A atenuação da autonomia da disciplina jurídica a que estão submetidas as pertenças faz com que animais e instrumentos de trabalho sejam integrados ao fundo. Dessa forma, o fundo será guarnecido, provido de um complexo de pertenças.⁷¹

A tutela do vínculo de pertença não chega, contudo, ao ponto de criar uma unidade substancial, porque a pertença conserva, ainda que atenuadamente, a

67 *Id.*, *Ibid.*, *op. cit.* p.75.

68 Costato, Luigi, *Estabelecimento Comunitario*, Padova, CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989, p.183.

69 Casadei, Ettore, *op. cit.* p.75.

70 *Id.*, *Ibid.*, p.49.

71 *Id.*, *Ibid.*, p.63.

própria autonomia individual e pode ser objeto de atos e negócios jurídicos separados.⁷²

Pode-se definir fundo pressupondo necessariamente a existência de uma organização de bens (estabelecimento agrário), enquanto não é de se excluir a hipótese da existência de um fundo que não integra o estabelecimento.

O terreno cultivável não é terra nua, mas terra e capital nela investido. Pode-se até afirmar ser uma criação do capital como testemunham as culturas irrigadas da planície, as culturas dispostas em degraus na colina.

Há um complexo de relações surgidas com o exercício da empresa, negócios, direitos, garantias, que juntamente com o fundo e outros bens, constituem os elementos do estabelecimento agrário.

O fundo, por sua vez, não se constitui, necessariamente, por um único trecho de terra, mas podem compô-lo vários lotes de terra distintos e separados e mesmo situados longe uns dos outros como, por exemplo, propriedades com áreas cultivadas sitas num vale e outras para pastos e bosques localizados em sítios montanhosos integrando-se, revezadamente, na gestão unitária.

O fundo não coincide com o conjunto de terras de propriedade do empresário, porque pode ocorrer fundos em condomínio de várias pessoas, cada uma das quais é proprietária de outros fundos, elementos de outros estabelecimentos, como também pode ocorrer empresários que sejam proprietários de vários fundos, elementos de estabelecimentos diversos.

A existência de estabelecimentos distintos, geridos por uma mesma pessoa física, origina-se na autonomia da gestão. O outro exemplo é o do empresário que dirige um estabelecimento em sua propriedade e, contemporaneamente, adentra em imóvel alheio, arrendado.⁷³

A autonomia de gestão será mais evidente quando se tratar de imóveis distantes entre si, onde as trocas entre herdades tornam-se raras e inteiramente excepcionais. Poder-se-ia, porém, observar que, também nesses casos, ligações entre os fundos não faltam porque as administrações, ainda que separadas, têm bases

72 *Id.*, *Ibid.*, p.64. O capítulo sobre pertenças se encontra a p.63 a 71

73 *Id.*, *Ibid.*, p.76.

comuns e os locais produtivos são dirigidos por diretrizes unitárias que determinam sempre certa coordenação entre cada herdade.⁷⁴

Poder-se-ia responder que, na realidade, são coligações redutíveis a meros reflexos da coincidência dos diversos empresários em uma única pessoa física, não sendo suficientes para negar a independência entre os vários estabelecimentos, por causa da existência de cálculos e balanços econômicos distintos.⁷⁵

A herdade pode não ser propriedade do empresário, pois, para constituir a relação entre empresário e imóvel, basta uma relação possessória que possibilite atos de fruição e de apropriação econômica no interesse próprio. Basta citar o direito pessoal decorrente da existência de contratos agrários, negócios jurídicos que convergem para a organização do estabelecimento.⁷⁶

Eis o caráter peculiar do estabelecimento agrário que, salvo a exceção acima referida, consiste na necessária presença do fundo que representa uma nota diferencial em relação à empresa comercial um pouco atenuada no estabelecimento zootécnico.

Há, porém, a possibilidade de estabelecimentos que exercem, alternativamente, suas atividades em locais diversos, por exemplo, em pastos longínquos onde se admite que o fundo também esteja presente.⁷⁷

Há como característica neste tipo acima descrito de estabelecimento a mutabilidade do fundo em relação à mobilidade da empresa, o que exsurge como causa de enfraquecimento da relação entre empresa e retira deste a preeminência que lhe cabe em outras empresas agrárias. O liame ainda mais se atenua⁷⁸ quando, em certos períodos do ano, a empresa de pastoreio não mais desfrute o pasto de modo direto, mas passa a se valer de produtos adquiridos. É difícil afirmar se o fundo, nesses períodos, deixa de integrar o estabelecimento, resultado das relações

⁷⁴ *Id.*, *Ibid.*, p.76.

⁷⁵ *Id.*, *Ibid.*, p.77.

⁷⁶ *Id.*, *Ibid.*, p.77.

⁷⁷ *Id.*, *Ibid.*, p.77.

⁷⁸ *Id.*, *Ibid.*, p.77.

contratuais complexas que se estabelecem entre o pastor de animais e o agricultor, junto o qual o rebanho ou manada passa o inverno.⁷⁹

A título de conclusão sobre as considerações a respeito da empresa de pastoreio, note-se o fato de, às vezes, várias empresas atuarem sobre o mesmo fundo e, pois, um mesmo fundo pode abrigar vários estabelecimentos, cada um provido de sua própria regulação e combinação autônoma dos meios produtivos. O exemplo concreto que se pode apresentar é o da empresa de pastoreio, cujo exercício ocorre em pastos em descanso: enquanto o empresário agrícola conduz a empresa de cultivo, o pastor cuida da criação de animais em terreno para pasto, o qual integra outro estabelecimento que, por sua vez, mantém culturas produtivas.⁸⁰

Há uma exceção sobre a presença necessária do fundo rústico: este falta nas empresas zootécnicas, cujas atividades se desenvolvem em sede fixa, independentemente da atividade de cultivo ou quando os alimentos para os animais são trazidos de fora.

Aqui falta a terra, sem que se possa referir ao cultivador, aquele de quem o criador de animais adquire as forragens necessárias, ao mesmo tempo que não exsurgem como elementos do fundo rústico os bens imóveis utilizados pelo empresário (estábulo, depósito de feno, etc). Trata-se de bens de natureza diversa.⁸¹

Ao retomar o exame dos elementos do estabelecimento, acenemos aos instrumentos fixos: o gado de trabalho, de leite, animais para a obtenção de lã, máquinas e utensílios.

Há, também, os chamados instrumentos circulantes: forragens, leiteiras, estrume, sementes. Entre esses, parte considerável é comumente produzida pelo fundo, enquanto outra é adquirida (especialmente as sementes).

Trata-se de produtos que são, sempre, utilizados no estabelecimento e, portanto, estão constantemente presentes, ou como instrumentos de produção, ou como produtos.⁸²

79 *Id.*, *Ibid.*, p.78.

80 *Id.*, *Ibid.*, p.78.

81 *Id.*, *Ibid.*, p.78.

82 *Id.*, *Ibid.*, p.78.

A vicissitude cíclica, através da qual se opera a mudança da forma, fornece-lhes a denominação *instrumentos circulantes*. Sejam instrumentos fixos ou circulantes, inserem-se na categoria das pertenças e, então, sua relação com o fundo adquire precisa relevância jurídica.

Os economistas reúnem outros elementos heterogêneos, concorrentes à formação do estabelecimento em uma classe única, denominada capital por antecipação.

O capital por antecipação, sob o ponto de vista econômico, é o capital representado por um poder de aquisição (em moeda, em créditos, em produtos disponíveis para alienação), de que o empreendedor lança mão para o emprego de outros meios de produção necessários, matérias-primas e auxiliares, serviços exigidos pelo mercado, prestação de trabalho, etc., durante o ciclo de produção em momento precedente à finalização dos produtos.⁸³

O capital por antecipação, para o jurista, integra o estabelecimento sob espécies diversas: como bens materiais (normalmente são bens enquadrados como instrumentos), como contratos (de execução contínua ou periódica) ou créditos inerentes ao exercício da empresa. Este capital nunca falta na empresa, não importando a forma mutável que possa assumir e o tipo de pessoa jurídica escolhida.⁸⁴

Ressalte-se que não se pode falar em empresa e estabelecimento no regime de economia fechada e na organização de atividade econômica fechada com fins meramente familiares em que todos os meios de produção sejam adquiridos no mercado. Esses dois tipos de atividade econômica representam os limites para qualquer empresa que se localize num grau intermediário, para o qual correspondem relações jurídicas encetadas com o estabelecimento, onde o capital por antecipação exerce um papel diferente sem o qual haverá apenas fundo equipado e não estabelecimento e, pois, inexistirá empresa se os liames vitais entre o agricultor e o mercado tiverem sido cortados.⁸⁵

83 *Id., Ibid.* p.78.

84 *Id., Ibid.*, p.78.

85 *Id., Ibid.*, p.79.

Outros elementos comuns a todo tipo de estabelecimento a razão social, a marca e o fundo de comércio no estabelecimento agrário têm importância reduzida por razões diversas, se comparados com seu relevo no estabelecimento comercial.

À firma, a razão social tem valor dispensável, por causa das características particulares do crédito na agricultura.

Quanto ao fundo de comércio, ele adquire uma característica importante na disciplina do estabelecimento agrário.

O fundo de comércio pode ser encarado como a atuação do estabelecimento, enquanto organização, para alcançar o escopo de lucro. Este tem por causa a eficiência da organização e em estreita relação com a combinação produtiva dos diversos fatores.⁸⁶

Esta combinação (ordenação do estabelecimento) é determinada na agricultura por uma série de escolhas que têm por objeto o fundo; tais são as escolhas concernentes às combinações de culturas, às espécies cultivadas, ao revezamento destas, à distribuição da superfície entre as diversas culturas, aos sistemas de transformação dos produtos não-vendidos imediatamente, às atividades manufatureiras ou de transformação, à escolha dos contratos com o proprietário fundiário e mão-de-obra, à escolha dos modos de execução das obras rurais e à escolha dos modos de fertilização do terreno, etc.

A caracterização do estabelecimento agrário resulta do complexo das seguintes escolhas econômicas: da potencialidade da produção, da qualidade do produto e, indiretamente, da facilidade no escoamento da mercadoria. Em resumo, o escopo de lucro.⁸⁷

Sucedo que ao se aplicarem as qualidades pessoais do empresário, estas objetivam certos fatores duradouros do estabelecimento, tais como o nível de produção unitária, a qualidade do produto, a energia dos empregados, etc.

Exemplificando com um estabelecimento voltado para o cultivo, é possível a substituição de um titular por outro sem se configurarem repercussões

86 *Id.*, *Ibid.*, p.83.

87 *Id.*, *Ibid.*, p.83.

apreciáveis. Daí decorrer a transferebilidade sempre mais plena do estabelecimento e de seu fundo de comércio.⁸⁸

Não se deve desprezar um outro aspecto da fisionomia do fundo de comércio. O processo opera principal, embora não exclusivamente, através da valorização das qualidades naturais do fundo, o que contribui para exaltar as peculiaridades da produção. E isto nos interessa sob o aspecto da tutela do fundo de comércio.⁸⁹

Pode ocorrer que a proibição de concorrência por ocasião da transferência de estabelecimentos agrários contraste com o direito comunitário europeu. Isto sucederá quando o pacto contendo proibição de concorrência não tenha sido estipulado com o fim de assegurar o que não se poderia ter realizado de outra forma ao cessionário a exploração comercial dos conhecimentos tecnológicos cedidos.⁹⁰

É manifesto que o setor agrário dificilmente poderia estar interessado em uma tal decisão, todavia, a hipótese não seria completamente impossível (pensemos na cessão de estabelecimento agrícola que vende fruta em invólucros idealizados pelo cedente, que precisou construir maquinária especial). A incompletude e atraso do enfoque em matéria de concorrência na agricultura: pensemos no caso de um empresário agrário que tenha criado uma nova variedade de uvas que fornecem vinho de sabor particularíssimo e apreciado ou produto de mesa especial; no caso a concorrência do cedente poder-se-ia realizar não tanto ao desviar clientela, produzindo vinho ou cachos de uva iguais, mas vendendo videiras ou transferindo - por formas diversas, mas substancialmente equivalente a técnica do enxerto, operando, pois, numa fase diferente das tipificadas como atividades conexas.⁹¹

Em festejada monografia Luís de Lima Stefanini, após indicar o art. 4º, n. VI do Estatuto da Terra e o art. 6º, n. III, e 25 do Decreto n. 55.891, de 31 de março de 1965, conclui que: “*este mesmo decreto regulamentador, mais abaixo, em*

88 *Id., Ibid.*, p.83.

89 *Id., Ibid.*, p.83.

90 Costato, Luigi, op. cit. p.181.

91 *Id., Ibid.*, p.182.

seu art. 25, confunde ainda mais a noção de empresa rural aproximando a aceção de empresa da noção de estabelecimento agrário... Ora, uma classificação tem que ser afeta ao primado conceituativo da coisa - no caso, a empresa rural. Através dessa classificação, compreende-se filiada a idéia de empresa rural à estabelecimento agrário... Afinal, poder-se-ia perguntar: o que é empresa rural? O empreendimento explorativo (noção da Lei n. 4.504, de 1964), ou imóvel rural, objeto desta exploração? Certo é que a empresa rural não pode ser as duas coisas ao mesmo tempo; tampouco ser a unificação destas duas idéias, pois cada uma é integrante de noções heterogêneas."⁹²

A matéria não é versada entre nós. Justifica-se porque o estudo da empresa agrária não tem sido desenvolvido na bibliografia nacional e quanto ao estabelecimento, por consequência, permanece esquecido de análise. Daí permanecer a confusão acima detectada na legislação.

92 Stefaninni, Luís de Lima, op. cit., pp.278 e 279.

A REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Antonio Carlos de Campos Pedroso

Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito
da Faculdade de Direito da USP

Resumo:

O dano moral é uma lesão aos valores da pessoa humana. Atinge os componentes de sua personalidade e de seu prestígio social. Assim sendo, a reparação desse ilícito decorre de preceitos do *jus naturae*. O presente estudo pretende demonstrar que o nosso sistema legal não deve cuidar apenas da proteção dos valores econômicos, mas, resguardar, acima de tudo, o patrimônio moral. O dano moral deve ser objeto de ampla reparação mediante a previsão de pena privada e satisfação compensatória, aplicadas com equidade.

Abstract:

The moral damage is a harm to the values of the human being. It affects one's personality and social prestige. Therefore, the reparation of such illicit derives from the principles of the *jus naturae* (Natural Law). This current essay intends to demonstrate that our legal system should care not only about the protection of the economic values, but also the defense of the moral wealth. The moral damage must be fully remedied by prevision of private seclusion and compensatory satisfaction, both applied with equity.

Sumário:

1. Introdução. O problema da reparação do dano moral.
2. Conceito de dano moral. Delimitação. Dano moral, dano patrimonial, reflexos patrimoniais do dano moral.
3. Fundamento da reparação: auto-realização da pessoa humana.
4. Principais objeções doutrinárias à teoria da reparação.
5. O princípio da reparação no Direito Comparado.
6. Análise normativa do preceito: as transgressões, as sanções, os obrigados e os pretendores.
7. Tipologia das transgressões.
8. A equidade na mensuração da *sanctio juris*.

1. Introdução. O problema da reparação do dano moral.

Não contém o Código Civil brasileiro um princípio expresso relativo à reparação do dano moral. Tal situação tem suscitado interessante debate sobre a admissibilidade desse direito em face do nosso sistema legal.

Alguns juristas se pronunciaram pela tese do ressarcimento, argumentando que a sistemática do Código dá margem a essa possibilidade. Dentre eles podem ser destacados, pela importância das considerações expendidas, Clóvis Beviláqua e Pedro Lessa, o primeiro apresentando argumentos de ordem doutrinária e o segundo, traduzindo na jurisprudência, uma linha de orientação prudente e equitativa, para a análise do caso concreto. Com efeito, Clóvis, ao comentar o art. 76 do Código Civil, assevera que se o interesse moral justifica ação para defendê-lo, é inquestionável que o mesmo deve ser objeto de indenização.¹ Nosso Código admite que interesses morais venham a fundamentar ações judiciais. Por sua vez, Pedro Lessa, em memorável julgado, acolheu a tese, inaugurando nova linha jurisprudencial.² Ponderou o magistrado que a impossibilidade de integral compensação do dano moral não impede sua reparação parcial, através de uma indenização que represente uma sanção de caráter aproximativo, isto é, nos limites das possibilidades humanas. Assim, Clóvis Beviláqua, buscando o sentido e o alcance da lei e Pedro Lessa, realizando aplicação prudencial do sistema normativo, já chamavam nossa atenção para a correta interpretação do sistema legal que não podia alcançar, apenas, a ofensa a interesses puramente patrimoniais.

Entretanto, outros juristas reconhecem existir, no sistema normativo, lacuna, isto é, falta de previsão do que deveria ser previsto para evitar o comprometimento da harmonia do ordenamento. No entendimento de Orlando Gomes, o nosso Código é omissivo, não apresentando resultado satisfatório à pesquisa hermenêutica que visa encontrar o princípio capaz de englobar toda a casuística.³ Logo, só possibilita reparação em casos expressos nas normas particulares.

Ao contrário do que ocorre com o Código Civil brasileiro, legislações há em que o princípio da reparação do dano moral vem expressamente consagrado. Como exemplo, pode ser citado o Código suíço. De acordo com o art. 28, I, desse

1. Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, 4ª ed., v. 1, p. 313.

2. Pedro Lessa, *Rev. Forense*, v. XXIV, p. 475.

3. Orlando Gomes, *Direito das Obrigações*, 1ª ed., p. 366, 1961.

estatuto e 49 do Código das Obrigações, o ressarcimento, a título de reparação moral, é devido a quem for lesado nas suas “relações de interesses pessoais” por ato revestido de culpabilidade por parte do infrator. A obrigação alcança os danos imateriais. O sistema suíço que se vale de “cláusulas gerais”, deixou a cargo da jurisprudência decidir a respeito dos casos a serem inseridos no contexto do princípio. Mas este é amplamente acolhido.⁴

A diversidade de orientação provém do debate doutrinário que a questão tem provocado, sendo uns defensores da reparação, como Alfredo Minozzi e Hans Albrecht Fischer, e outros, opositores, como Gabba e Chironi.⁵ Por sua vez, os que aceitam o ressarcimento, divergem sobre a aplicabilidade do princípio, sustentando o primeiro grupo, que ele deve ser considerado em toda a sua extensão, como hábil a envolver todas as hipóteses de danos morais, e reconvindo o segundo grupo, que referido princípio deve abranger, tão-somente, os casos de danos morais taxativamente previstos. Seria inadequada, nesta hipótese, a previsão pela técnica dos *standards*, isto é, diretrizes mais ou menos precisas, cuja apreciação ficaria a cargo dos magistrados, como é a situação já citada do Código Civil suíço.

O tema suscita interessante pesquisa, ou seja, a de se saber como os diferentes sistemas jurídicos vêm disciplinando a reparação do dano moral. Suscita, ainda, a análise de sua inegável vinculação aos princípios do Direito Natural, os quais reclamam reconhecimento da responsabilidade dos que atentam aos valores da pessoa humana. Com efeito, estes provêm da própria natureza humana e se irradiam no campo do Direito Positivo. A proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana é imprescindível.⁶

Nosso trabalho tem por objetivo a apreciação do conceito, do fundamento e da sistemática do nosso sistema normativo. Abrangerá ainda o estudo da tipologia das transgressões e a cominação das respectivas sanções. O estudo procura também analisar o princípio da reparação à luz do Direito Comparado, na medida em que esta pesquisa, confrontando as soluções dos diferentes sistemas contribui para eventual melhoria do nosso. Por fim, não deixa de se referir aos parâmetros de mensuração das medidas compensatórias.

4. Konrad Zweigert e Hein Kötz, *Introduzione al Diritto Comparato, Principi Fondamentali*, Giuffrè, Milão, p. 213, 1992.

5. Alfredo Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale*, Società Editrice Libreria, p. 54 e ss., 1917.

6. Heinrich A. Rommen, *Le Droit Naturel. Histoire-Doctrine*, Eglöff, Paris, 945, p.263-7; Helmut Coing, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, trad. Juan Manuel Mauri, Ariel, p.180 e ss., 1976.

2. Conceito de dano moral. Delimitação. Dano moral, dano patrimonial, reflexos patrimoniais do dano moral.

A matéria desta pesquisa exige que algumas noções sejam lembradas. Preliminarmente, cumpre saber o que se entende por dano moral, isto é, sua noção e seus elementos constitutivos. Depois, releva distingui-lo do dano patrimonial e dos reflexos patrimoniais do dano moral. São três situações jurídicas diferentes.

Bem jurídico é tudo o que pode ser objeto de uma relação jurídica. A expressão se refere a todos os valores que formam o constitutivo real do direito. Nesse sentido, os valores podem ser de ordem material ou moral. É o que esclarece Pierre Pescatore ao enunciar os valores relativos à vida jurídica: valores humanos, inerentes à própria pessoa, coisas corpóreas, valores imateriais, prestações de outrém, pecuniárias ou não, ofícios e funções da vida, comercial ou pública.⁷

Assim sendo, o objeto de toda a relação jurídica pode se integrar de bens materiais ou imateriais. Os bens materiais vêm a constituir o patrimônio. Este é conjunto de direitos e obrigações economicamente apreciáveis de que são titulares as pessoas. Os bens imateriais, ou seja, o conjunto de direitos de caráter pessoal, insuscetíveis de apreciação econômica, não integram o patrimônio. Este diz respeito apenas aos bens que têm expressão pecuniária. Os bens imateriais compõem, com mais propriedade, o estatuto da pessoa. O estatuto, diz Pierre Pescatore, “é o conjunto de direitos e obrigações não-pecuniárias, de valor antes de tudo moral”⁸ O conjunto dos direitos patrimoniais de uma pessoa forma o seu patrimônio. O conjunto de seus direitos extrapatrimoniais determina o seu estatuto. É também a lição de Caio Mário da Silva Pereira. Aliás, tais considerações justificam a classificação dos direitos subjetivos em patrimoniais, abrangendo os reais e creditórios e direitos extrapatrimoniais, que incluem os direitos de personalidade, os intelectuais e os potestativos.

Assim sendo, podemos aferir o inegável alcance da noção pesquisada: a que se refere ao dano moral. Dano é o desvalor do injusto. É toda a lesão a

7. Pierre Pescatore, *Introduction a la Science du Droit*, Luxembourg, p. 238, 1960.

8. *Idem*, ob. cit., p. 270 e ss., Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil Forense*, v. 1, 1ª ed., p. 339.

componentes dos valores de convivência social visados pela teleologia do sistema normativo. Dano, no entender de Hans Albrecht Fischer, é *“todo o prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer através de violação de bem jurídico. Quando os bens jurídicos atingidos e violados são de natureza imaterial, verifica-se o dano moral”*⁹ Por exclusão, é toda a lesão a direitos estranhos ao patrimônio material, isto é, ao complexo de relações jurídicas que comportam aferição econômica. O dano moral se manifesta na esfera valorativa da pessoa, atingindo bens que constituem o apanágio do seu estatuto ontológico. É o que salienta Karl Larenz: *“dano moral é o dano direto que alguém sofre em um bem da vida (como a saúde, o bem-estar corporal, a liberdade, a honra), que não pode ser apreciado em bens materiais”*¹⁰ Constitui atentado à esfera afetiva e à esfera social da personalidade. Atinge os componentes da personalidade e os componentes do prestígio social inerentes ao ser humano. Atinge o psiquismo, a consideração social, em suma, a auto-realização e o autodesenvolvimento da pessoa humana.

Nesta ordem de considerações, é insuscetível de ser economicamente apreciável. O valor que ele atinge é, por natureza, imensurável.

O dano patrimonial é exatamente o oposto: atinge somente objeto de relações jurídicas que tenham expressão pecuniária. O titular de um bem jurídico patrimonial aufere, dele, indiscutivelmente, vantagem econômica.

Contudo, é possível que a ofensa a um bem jurídico extrapatrimonial venha a gerar para o seu titular reflexos de natureza econômica. A mesma lesão que afeta a esfera valorativa da pessoa pode atingir também sua esfera econômica. Um mesmo fato ilícito pode acarretar, como comumente ocorre, danos morais e danos patrimoniais, conjugadamente. O lesado vem a sofrer, ao lado do abalo moral e, em consequência deste, redução do patrimônio natural. Podem ocorrer, realmente, estas hipóteses: a. prejuízo patrimonial; b. prejuízo moral; c. prejuízo moral com repercussão patrimonial. Neste último caso, costuma-se falar em reflexos patrimoniais do dano moral. Tais reflexos não passam de danos materiais, sendo, como tais, indenizáveis. Há, na hipótese, danos morais e patrimoniais. São os reflexos patrimoniais do dano moral. O dano é moral, mas, por reflexo, repercute na

9. Hans Albrecht Fischer, *A reparação dos danos morais no Direito Civil*, trad. Antonio Arruda Ferrer Correia, Armenio Amado Ed., Coimbra, p. 61 e ss., 1938.

10. Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, trad. J. Santos Briz, Ed. Rev. de Derecho Privado, p. 193 e ss.

esfera patrimonial. Tais reflexos devem ser indenizados, como os danos materiais propriamente ditos.

Do exposto, segue-se que a expressão dano moral tem conteúdo específico: abrange somente o agravo a bens jurídicos materiais que, considerados em si mesmos, não afetam a esfera econômica do lesado. O dano moral não é de natureza econômica. Por isso, discute-se a respeito da possibilidade e eficácia das medidas de ordem reparatória.

O dano moral exige, no entanto, satisfação compensatória e pena privada; o dano material e os reflexos patrimoniais do dano moral constituem objeto de indenização. No primeiro caso, face à impossibilidade de reparação do dano, a sanção é compensatória. Representa medida de reação da ordem social, que deseja a integridade dos valores individuais e sociais da pessoa humana (integridade psicossomática) e medida de desestímulo à prática de ofensas que agridam a dignidade da pessoa. Representa, ainda, uma satisfação compensatória à vítima. Trata-se mesmo de sanção imperfeita. Cumpre, aliás, relembrar o caráter aproximativo de toda e qualquer sanção. No segundo caso (hipótese de danos materiais e dos reflexos patrimoniais do dano moral), a reparação implica em indenização dos prejuízos causados, medida de ressarcimento dos direitos transgredidos.

A concepção exposta possibilita distinguir o dano moral do dano patrimonial, permitindo, por outro lado, extermá-lo dos reflexos patrimoniais do dano moral.

3. Fundamento: auto-realização da pessoa humana.

O dano moral decorre de ações realizadoras de responsabilidade *ex contractu* e *ex delicto*. Mas o fundamento da responsabilidade advém da injustiça de condutas que afetam os valores da esfera moral do ser humano. Realmente, o dano moral é lesão a componentes do complexo valorativo da pessoa.

Entendemos que o Direito não pode descurar da defesa dos valores implicados na idéia de dignidade da pessoa humana. Não cabe ao Direito apenas a defesa do acervo dotado de economicidade. Cabe-lhe, principalmente, resguardar o patrimônio moral.

Por isso, a fundamentação do dano moral reside, em última análise, nos preceitos do *jus naturae*. É exigência dos princípios do Direito Natural que as ofensas à personalidade e à consideração social do lesado sejam reprimidas.

Isto posto, cabe a pergunta: quais são as dimensões da pessoa? O dinamismo psíquico, segundo ensina Joseph Nuttin, se desenvolve em três níveis: no nível psicobiológico; no nível psicossocial; e no nível psicoespiritual. No nível psicobiológico, encontram-se o impulso de autoconservação e o impulso sexual; no nível psicossocial, temos o impulso de sociabilidade e de auto-afirmação; no nível psicoespiritual, podem ser mencionados o impulso de cogitação do sentido da vida e o de autotranscendência.¹¹ Estes níveis constituem as tendências e inclinações que impulsionam o ser humano à sua perfeição pessoal.¹² O injusto impedimento ao normal desenvolvimento desses impulsos vem a afetar o ser humano na sua personalidade individual e na personalidade social. No primeiro caso, atinge o ser humano como pessoa, isto é, como ente dotado de autonomia quanto ao ser, de autoconsciência, de comunicação e de autotranscendência, consoante esclarecimentos de Battista Mondin.¹³ No segundo, atinge o ser humano, na sua convivência social, como *socius*, no seu modo de atuar como pessoa envolvida no complexo dos papéis sociais. Atinge o ser humano como pessoa social. É o que ensina Joseph H. Fichter.¹⁴ Tais inclinações, constituindo a base para a determinação do justo natural, fundamentam a devida proteção a ser conferida ao ser humano pelo sistema normativo. Assim sendo, o fundamento da reparação dos danos morais encontra-se no estatuto ontológico da pessoa, cujos valores devem ser necessariamente resguardados.

Nesta ordem de considerações, para melhor fixar os contornos dos danos morais convém salientar que os mesmos atingem as esferas do psiquismo individual e do prestígio social. Não cabe defini-lo por exclusão relativamente aos danos materiais. Cumpre indicar seus componentes reais. Nesse sentido, pode-se adotar, como ponto de apoio para o desenvolvimento do trabalho, a conceituação dos irmãos Henri, Leon e Jean Mazeaud, segundo a qual constituem danos morais os

11. Joseph Nuttin, *Psicanálise e Personalidade*, trad. Geraldo Servo, Agir, p. 313 e ss.

12. Jacques Maritain, *L'Homme et l'État*, Presses Univ. de France, p. 69-95.

13. Battista Mondin, *O homem, quem é ele?*. Elementos de Antropologia Filosófica, Paulinas, p. 295-8.

14. Idem, *Sociologia*, Herder, p. 45, 1967.

que atingem o indivíduo na sua honra, reputação e consideração e os que o atingem na parte afetiva do patrimônio moral, causando-lhe lesões na esfera íntima do psiquismo.¹⁵

4. Principais objeções doutrinárias à teoria da reparação.

Do exposto, segue-se que compete ao sistema normativo a proteção dos valores indispensáveis à convivência humana. Trata-se de exigência do *jus naturae*. Não se pode compreender, nesta linha de raciocínio, a limitação da tutela jurídica, aos atentados a bens materiais. A proteção deve ser ampla, abrangendo, também, reparo às injustas lesões que venham a afetar bens imateriais, consubstanciados no conceito acima exposto.

O art. 159 do Código Civil brasileiro, conceitua o ato ilícito como segue: “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imperícia, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*” No nosso entender, a expressão direito tanto se refere aos direitos patrimoniais quanto aos extrapatrimoniais. E a expressão dano também abrange danos materiais, decorrentes de lesões que afetam o patrimônio, e danos morais, decorrentes de lesões que afetam o estatuto da pessoa. Pensamos que o sentido da lei alcança o mundo do ser e o do ter.

O conceito de dano é indivisível. A distinção entre dano material e dano moral diz respeito exclusivamente aos efeitos do dano. É o entendimento de Alfredo Minozzi.¹⁶ No mesmo sentido, a lição de Hans Albrecht Fischer, segundo a qual a lei, ao se referir a *danos* cogita de ambas as modalidades conhecidas, não se podendo relegar a segundo plano as lesões de ordem extrapatrimonial.¹⁷

A norma em questão protege os valores materiais e os valores morais. Realmente, ambos compõem, em última análise, a teleologia do sistema.

Por isso, o nosso Código, ao usar a expressão dano, sem qualquer qualificativo, acolheu a tese da reparação do dano moral. Não cabe ao intérprete

15. Mazeaud, Henri e Leon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, delictuelle et contractuelle*, Paris, p. 317, 1948.

16. Idem, ob. cit., p. 276.

17. Idem, ob. cit., p. 276.

distinguir onde a lei não distingue. Simples interpretação semântica autoriza semelhante conclusão.

Surgiram, no entanto, algumas objeções, de ordem doutrinária, à tese da reparação do dano moral. As oposições clássicas são as de Gabba e Chironi. Para Gabba, os danos morais, embora considerados separadamente dos danos patrimoniais, têm origem na mesma causa. Além disso, não podem ser estimados pecuniariamente.¹⁸ Segundo Chironi, a indenização deve ser atribuída apenas aos danos patrimoniais, acrescentando que a sentença condenatória criminal é suficiente para reparar a ofensa moral sofrida pelo lesado.¹⁹

Contudo, tais objeções não procedem porque, embora as obrigações sejam desprovidas de natureza patrimonial, pode a *sanctio juris* correspondente à lesão ser prudencialmente fixada, em valores econômicos, como medida de caráter punitivo e satisfatório. Os argumentos dos que negam a possibilidade de reparação têm sido assim enumerados: a. inadequação da reparação pecuniária; b. dificuldade de configuração do direito violado; c. ausência de critério de medida para avaliar a equivalência exigida pela justiça comutativa; d. dificuldade de prova das lesões; e. indeterminação do número de sujeitos passivos; f. ilimitado poder conferido ao magistrado na apreciação do ilícito e na fixação da medida compensatória.

Vejam, de per si, cada uma delas. No que se refere à primeira (inadequação da reparação pecuniária), cumpre ressaltar que, na hipótese, não se trata de indenização. Esta é cabível para o ressarcimento dos danos patrimoniais e dos reflexos patrimoniais do dano moral (estes são indenizáveis como danos patrimoniais). No caso em estudo, a *sanctio juris* é simples medida que consubstancia satisfação compensatória e pena privada. Além do mais, a sanção é consequência da violação do preceito, representando, em matéria de personalidade, autorais e familiares, satisfação moral ao lesado e medida de eficácia para o cumprimento da ordem jurídica globalmente considerada. As sanções, em muitos casos, são incompletas e inadequadas, como salienta Pierre Pescatore. Mas, são necessárias para manter a ordem jurídica e garantir os direitos individuais. As sanções têm sempre um caráter aproximativo no que se refere à eficácia dos preceitos referidos.²⁰

18. Idem, ob. cit., p. 54.

19. Idem, ob. cit., p. 257.

20. Idem, ob. cit., p. 404.

Quanto à segunda objeção, referente à incerteza do direito violado, basta considerar que a configuração desse direito é simples problema de subsunção. O dano moral é a violação de um bem jurídico normativamente previsto. O ordenamento jurídico, ao reconhecer aos membros da comunidade, direitos subjetivos extrapatrimoniais, tipifica os elementos necessários à sua configuração. É questão de tipicidade. Logo, o direito violado não é incerto. O desvalor do injusto não pode ser relegado pela ordem jurídica. Sua estrutura desponta do sistema jurídico.

A impossibilidade de reparação pecuniária, a que se refere a terceira objeção, está superada. Com efeito, não se trata, na hipótese, de estabelecer a equivalência para ressarcir o prejuízo. Este é inestimável por se referir a valores da pessoa. A idéia de quantificação é estranha ao mundo dos valores. Com redobrada razão, quando diz respeito aos valores relativos ao ser humano, sua personalidade e prestígios sociais. Mas, no caso de ofensa a direitos extrapatrimoniais, a sanção não é semelhante a que corresponde a direitos patrimoniais, porque, nestes, em tese, a estimativa econômica é possível. A sanção correspondente aos danos morais é de outra ordem; ela consubstancia uma medida de ordem compensatória e pena privada. Seu objetivo é o de atender ao postulado do Direito Natural, segundo o qual, em atenção à defesa dos direitos humanos e à manutenção do bem comum, a ofensa deve ser reparada através de medidas adequadas. A sanção tem outro objetivo, diverso do que se refere à equivalência de ordem econômica entre a ação danosa e o evento lesivo. Sua função é a de assegurar o respeito às prescrições da ordem jurídica, que não pode permanecer inerte às transgressões que atentam à dignidade da pessoa. Cabe também uma satisfação à pessoa do lesado. Aliás, é esta a função dos *exemplary damages* da *Common Law*.

A quarta objeção se refere à dificuldade de prova das lesões. Atualmente, tem-se entendido que a prova do prejuízo é dispensável já que ele advém da ocorrência da própria transgressão. A verificação da relação causal entre a ação e o resultado é suficiente para evidenciar os reflexos na esfera jurídica do lesado. Não há que se cogitar de prova do caráter atentatório à dignidade, inerente ao dano moral. É certo que o ilícito, atingindo a esfera afetiva do lesado deixa marcas indelévels (*danum in re ipsa*). Trata-se de presunção absoluta. Está superada a objeção.

No que se refere à indeterminação do número de pessoas atingidas, cumpre lembrar que a titularidade depende de requisitos atinentes à caracterização

do dano moral, o que deve ser examinado individualmente. O dano pode atingir diretamente a determinadas pessoas e indiretamente a outras. Cada titular é pessoa autônoma, de modo que a verificação da hipótese de danos indiretos fica na dependência da análise relativa ao reflexo na esfera afetiva ou na consideração social de cada pretensor. Inexiste solidariedade entre os sujeitos passivos.

A última objeção é a que diz respeito ao ilimitado poder concedido ao magistrado para a fixação das medidas compensatórias. Entendemos que toda sentença é, em última análise, um ato de construção prudencial: de construção, porque o magistrado converte a norma genérica da lei na norma individualizada da sentença; e prudencial, porque, nesta passagem, intervém a apreciação das circunstâncias contingentes de cada caso, relevantes para o equacionamento da hipótese *sub judice*. Em toda a sentença se manifesta a equidade. Esta é o justo concreto exigido pelos litigantes. *A fortiori*, o critério que deve prevalecer para a composição dos danos morais que, por sua natureza, exige exame especial, sendo o prudente arbítrio judicial a medida mais salutar. Pode o legislador traçar norma de direito estrito, prefixando os valores a serem sopesados. Pode também se valer dos *standards*. Mas o juiz tem sempre poderes normativos, recebidos do ordenamento jurídico, por delegação, para compor a sentença.

5. O princípio da reparação no Direito Comparado.

Como tivemos oportunidade de salientar, são os princípios do *jus naturae*, que fundamentam a reparação do dano moral. No processo de positivação do direito, a matéria tem sido objeto de diferente tratamento, nos diferentes sistemas normativos. Importa, pois, analisar a questão, ainda que sumariamente, no Direito Comparado. Alguns sistemas, mediante critérios taxativos, têm negado reparação a certas hipóteses de dano que se enquadram no conceito acima enunciado. Nosso estudo se limita à análise dos ordenamentos que se filiam ao sistema romanístico, germânico e anglo-norte-americano, os quais apresentam soluções que podem ser confrontadas com as do nosso sistema legal. Alguns possibilitam ampla reparabilidade; outros limitam a compensação a casos expressos.

Cabe salientar que, no sistema de origem germânica, se destaca a solução dada pelo Direito suíço e, no sistema da *Common Law*, a dos Estados Unidos da América, pois, em ambos os ordenamentos, prevalece a tese da ampla

reparabilidade. Neste último, a reparação é objeto de pura construção jurisprudencial.

Realmente, não há motivo para a exclusão do princípio da ampla reparabilidade já que, como demonstramos, caem ambas as lesões (materiais e morais) dentro da competência do Direito. Segundo a doutrina, o objeto do direito é sempre um valor, que pode ser de natureza econômica, como de natureza espiritual, como é o caso dos bens relativos aos predicados humanos. Surgindo o desvalor do injusto a reparação se impõe em ambas as hipóteses. Os direitos extrapatrimoniais merecem idêntico resguardo.

Nesse sentido, cabe proclamar a excelência do princípio firmado no Código Civil suíço. Este sistema possibilita a reparação adequada de todo dano moral devidamente configurado. O princípio vem expresso em lei sem limitações. Revelam-se, por outro lado, insuficientes os sistemas que, em virtude qualquer numa das objeções acima estudadas, restringem os casos de reparação, deixando de lado situações de verdadeiros danos morais.

Vejamos, porém, os diferentes sistemas. Cabe, de início, um estudo dos que se filiam ao sistema legislado e das que integram o direito costumeiro.

A solução decorre do estilo de cada sistema ou da mentalidade jurídica que o inspira. No direito costumeiro, prevalece um modo de pensar indutivo, porque as regras (*rules*) decorrem de elementos advindos da casuística. Para a decisão, o juiz considera os precedentes singulares (*precedents*), procurando reconhecer neles a norma para a solução dos problemas jurídicos concretos. O magistrado descobre o princípio normativo após trabalho artesanal de pesquisa de precedentes.

Considerando os ordenamentos filiados ao sistema legislado, podemos dizer que as legislações apresentam tipificações normativas dissonantes. Assim, algumas legislações consagram, como norma expressa, o princípio da reparação dos danos morais, o qual se projeta, por simples dedução, em diversas áreas. É o caso do Direito suíço e do Direito japonês. Outras, ao contrário, são destituídas de previsão expressa, sendo o princípio da reparação emergente da teleologia imanente ao sistema, obtido através de métodos hermenêuticos adequados, servindo, como exemplo, para o caso, o Direito francês, o belga e o espanhol. Finalmente, uma terceira categoria é a das legislações que só permitem a reparação em casos taxativamente previstos, podendo ser lembrados, na hipótese, os Direitos alemão, polonês e italiano. Estes não permitem a latitude de aplicação que proporcionam os sistemas anteriores. Na verdade, os ordenamentos que se filiam ao sistema legislado

podem ser classificados, para os efeitos do sistema reparatório, em ordenamentos que contêm normas flexíveis e ordenamentos que contêm normas rígidas. Os que contêm normas flexíveis podem, por sua vez, ser subdivididos em ordenamentos que adotam o princípio normativo com ampla aplicabilidade e ordenamentos que não consagram o princípio, mas possibilitam, por indução amplificadora, extraí-lo das normas particulares das instituições. Os que contêm normas rígidas são casuísticos, só permitindo a reparação nos casos expressos, consoante adequada configuração tipológica. Vamos examiná-los.

Sistemas que contêm normas expressas são, como dissemos, o Direito suíço e o Direito japonês. Pode-se afirmar que o princípio da reparação é consagrado com ampla generalidade no Código Civil suíço. Sempre que alguém experimentar lesões a bens materiais tem direito a uma reparação nesse sistema. Como esclarecem Konrad Zweigert e Hein Kötz, o recurso a cláusulas gerais e *standards*, que exigem complementação na esfera judicial, constitui característica do Código Civil suíço. Este sistema normativo, ao se referir a *interesses pessoais* possibilita adequada concretização por parte do juiz. É o que se lê nos artigos 28, I do Código Civil e 49 do Código das Obrigações. Este último diz, *in verbis*: “*Celui qui subit une atteinte dans ses interets personnels peut réclamer en cas de faute des dommages-intérêts et, en outre, une somme d’argent à titre de réparation morale lorsque celle-ci est justifié par la gravité particulière du préjudice subi et de la faute*”²¹ A disciplina dos casos fica a cargo do prudente arbítrio do juiz. Da mesma forma, o Japão adotou o princípio, inscrevendo-o assim em seu Código: “*Celui qui, em vertu des dispositions de l’article précédent, doit des dommages-intérêts est tenu de réparer le dommage même non pécuniaire qu’il a causé, sans distinguer si le lésion a eu pour objet le corps, la liberté ou l’honneur d’une personne, ou si elle est portée a ses droits patrimoniaux*” É a lição de Wilson Mello da Silva.²² O preceito normativo é, como no sistema suíço, apto a alcançar todas as hipóteses possíveis de lesões à esfera moral resultantes de direitos subjetivos normativamente consagrados. Além desses sistemas, consagram idêntico princípio os Códigos português (art. 496), mexicano (art. 1.916) e argentino (arts. 522 e 1.078).

Mas, ao lado de sistemas que contam com preceitos normativos expressos, coexistem aqueles que não se referem à reparação específica do dano

21. Konrad Zweigert e Hein Kötz, *ob. cit.*, p. 212-3.

22. Wilson Mello da Silva, *O Dano Moral e Sua Reparação*, Forense, p. 229-31, 1983.

moral, possibilitando, porém, a solução compensatória, através da interpretação do conjunto normativo. Neste caso, a indenização resultaria de processo de interpretação semântica, sistemática e teleológica do ordenamento. Tais sistemas se referem ao dano *in genere*. É o que ocorre, *verbi gratia*, com os sistemas francês, belga e espanhol.

Segundo o Direito francês, a indenização por dano moral decorre da interpretação doutrinária e jurisprudencial das normas referentes a contratos e delitos ou quase-delitos. Os preceitos que dizem respeito à responsabilidade extracontratual assim se expressam: “*Tout fait quiconque de l’homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui pour la faute duquel il est arrivé, a la réparer*” (art. 1.382); e “*chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par un fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*” (art. 1.383). A responsabilidade contratual decorre, por sua vez, de outro preceito. É o seguinte: “*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-interêts en cas de inexécution de la part du débiteur*” (art. 1.142).

Os citados dispositivos não se referem à satisfação dos danos morais. Não há um princípio que a consagre. Mas a indenização repousa na interpretação que a doutrina e a jurisprudência apresentam relativamente à inexecução das obrigações (art. 1.142) e aos atos ilícitos (arts. 1.382 e 1.383). A indenização, em ambas as hipóteses, alcança os danos morais, já que os esquemas normativos se referem a *dommages* sem outros qualificativos ou restrições. O princípio da reparação, decorrente da análise semântica, bem como de considerações sistemáticas e teleológicas, foi acolhido na jurisprudência, como nos informa Georges Ripert.²³

Na Bélgica, a doutrina e a jurisprudência têm adotado idêntica possibilidade de reparação, graças à interpretação semântica do termo *dommage* a que se refere o Código. É o que esclarece José de Aguiar Dias.²⁴ No que se refere ao Direito espanhol a indenização decorre do entendimento que se tem dado ao art. 1.092 do seu Código Civil, que diz: “*El que por acción causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar o daño causado*” Inexiste referência expressa ao dano moral. Mas a expressão é interpretada sem restrição de modo a abranger o dano moral. É o entendimento da jurisprudência que, à semelhança dos sistemas francês e belga, tem acolhido a tese da reparação.

23. Georges Ripert, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, Paris, Lib. Générale, 4^o ed., p. 181, 1949.

24. José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, 9^o ed., v. II, p. 750.

Não se justifica, mais, o apego à noção de caráter restrito, que procura ligar a noção de dano à ofensa ao conjunto de direitos e obrigações economicamente apreciáveis. Dano é a lesão a um bem-jurídico. É o resultado da antijuridicidade. Abrange toda e qualquer lesão a direitos, de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

É toda a lesão decorrente de injusto típico.

Assim, estudamos dois sistemas: os que contêm preceito expresso e os que, não contendo tais preceitos, possibilitam a reparação em virtude de princípios gerais, extraídos por via de análise indutiva, dos preceitos disciplinadores das instituições.

No terceiro grupo de sistemas, a reparação dos danos morais está vinculada à descrição normativa dos tipos de lesão a bens espirituais. A reparação depende de subsunção a modelos legais, devidamente tipificados. É o que ocorre com os sistemas alemão, polonês e italiano.

O sistema alemão, como esclarecem Konrad Zweigert e Hein Kötz, adota, como técnica normativa, a descrição acurada de toda a infração, reduzindo, assim, o poder discricionário do magistrado.²⁵ O Código Civil alemão enumera, taxativamente, os casos de indenização. Diz o art. 253: *“Pour un dommage qui n'est pas un dommage patrimonial, le dédommagement en argent ne peut être poursuivi que dans les cas fixés par la loi”* As hipóteses normativas, como ensina Hans Albrecht Fischer, são as que se encontram previstas nos arts. 847 e 1.300 do Código, abrangendo três grupos de situações, a saber: lesões que afetam a integridade corporal ou a saúde; privação da liberdade; e, finalmente, violação da honra sexual da mulher.²⁶ A reparação dos danos morais se encontra restrita às hipóteses do BGB.

No sistema italiano, a matéria está prevista nos arts. 2.059 e 2.043 do Código. Diz o primeiro texto legal: *“Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”* O segundo assim se enuncia: *“Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”* O dispositivo inicial tem caráter restritivo já que limita a indenização aos casos taxativamente previstos, enquanto que o segundo, aludindo à indenização do dano, permite abranger as hipóteses de danos morais, além dos que constituem objeto de tutela expressa. Como esclarece Andrea Torrente, o dano moral comporta ressarcimento quando o fato que

25. Idem, ob cit., p. 212.

26. Idem, ob cit., p. 259 e ss.

lhe deu causa, de natureza contratual ou extracontratual, é o previsto na lei, como crime.²⁷ No mesmo sentido é o entendimento de Alberto Trabucchi. O ressarcimento do dano moral, esclarece o mencionado jurista, não tende à restituição *in integrum*, mas a uma sanção satisfatória apenas nas hipóteses previstas na lei como crimes.²⁸

Nestas condições, no Direito italiano, o ressarcimento do dano moral apenas existe na hipótese de o ilícito civil, que dá ensejo ao dano extrapatrimonial, ser conexo com o ilícito penal. Semelhante previsão normativa foi criticada por Giuseppe Bettiol, *in verbis*: “*Una tale disciplina del risarcimento del danno non patrimoniale è quanto mai irrazionale, perché fa dipendere il risarcimento del danno stesso dalla circostanza della connessione di un illecito con l’altro, nella falsa supposizione che sia il reato a determinare l’obbligo di subire le sanzioni civili. Così è risarcibile solo in danno non patrimoniale derivante da illecito civile, quando tale illecito si sostanzi in un fatto materiale che è contemporaneamente anche lesione di un interesse penalmente tutelato*”.²⁹

O sistema polonês segue idêntico critério: o da previsão expressa dos casos de indenização por dano moral. O art. 157 do Código das Obrigações diz expressamente que a satisfação por danos morais só pode ser obtida nos casos previstos em lei. Por sua vez, os arts. 165 e 166 limitam a indenização às seguintes hipóteses: lesão corporal, perturbação da saúde, privação da liberdade, atentado à honra e morte.

Estudados os sistemas de direito legislado cabe especial referência ao sistema costumeiro. No sistema da *Common Law*, a indenização dos danos morais decorre dos precedentes. Estes constituem as fontes formais do direito. Contudo, as declarações contidas nos precedentes constituem atos de criação normativa, quando revelam a *ratio decidendi* do caso examinado. Só nessa hipótese, a decisão vale como princípio jurídico obrigatório. Além disso o juiz pode extrair a decisão de princípios mais amplos de uma série de precedentes dispersos. É a metódica da *Case Law*. É o que esclarece Gustav Radbruch na sua obra *El Espíritu del Derecho Inglés*.³⁰ Os precedentes vêm a ser, portanto, obrigatórios (*rules of precedents*). A *statute law* (direito escrito) é excepcional. Pois bem, dos referidos precedentes se

27. Andrea Torrente, *Manuale di Diritto Privato*, Giuffrè Ed., p. 572-3, 1965.

28. Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, Cedam, 27ª ed., p. 217, 1983.

29. Giuseppe Bettiol, *Diritto Penale*, Cedam, 7ª ed., p. 765-6, 1969.

30. Gustav Radbruch, *El Espíritu del Derecho Inglés*, p. 38-9.

extrai, no caso em estudo, a norma que deve ser amplamente acolhida a indenização por dano moral.

A construção jurisprudencial da *Common Law* tem acolhido o ressarcimento das lesões que afetam valores morais, dimensionando, em cada caso concreto, as compensações integrantes dos *punitives* ou *exemplary damages*.

6. Análise normativa: as transgressões, as sanções, os obrigados e os pretensores.

Vamos partir, para o exame dos danos morais, dos elementos indicados pelo esquema de toda e qualquer norma prescritiva. A estrutura da norma jurídica é a seguinte: dado o fato jurídico deve ser a prestação jurídica; dada a transgressão jurídica deve ser a sanção jurídica. A primeira parte (norma primária) revela a conduta lícita; a segunda (norma secundária) diz respeito à conduta ilícita. Adotando esse esquema como critério de apreciação do tema em estudo, cabe-nos, agora, fixar nossa atenção no momento secundário, isto é, no que se refere às transgressões que afetam os valores morais da pessoa e as sanções correspondentes a esses injustos típicos. Ao mesmo tempo, veremos os personagens ou sujeitos envolvidos na relação convivencial: os obrigados e os pretensores. A primeira parte do esquema normativo já decorreu do estudo precedente.

6.1. As transgressões.

Como demonstramos anteriormente, danos morais são aqueles que, afetando a esfera do psiquismo e a da reputação social (ser humano como pessoa individual e como pessoa social) obstaculizam seu normal desenvolvimento (auto-realização). Atingem bens que integram a estrutura ontológica da pessoa. Bem é o que contribui para o normal desenvolvimento da personalidade. Dano moral é o ilícito que ocasiona lesão a bens para os quais tendem as inclinações e tendências naturais da pessoa humana.

Assim posta a questão, cabe melhor especificação. Cumpre indicar os modelos legais de transgressões que agridem referidos bens, isto é, os elementos objetivos e subjetivos que caracterizam o ilícito.

Releva indicar as condutas antijurídicas que podem ser atribuídas a uma pessoa, a título de dolo ou culpa, ou mesmo decorrente de simples risco, que tipificam o ilícito e acarretam responsabilidade *ex contractu* ou *ex delicto*.

O nosso Código não contém previsão normativa das condutas antijurídicas que tipificam a infração. Mas, delineou a forma de ressarcimento de algumas espécies de danos morais. Assim, parece que seriam apenas estas as espécies legais. A casuística dos danos depende de análise dos preceitos que falam sobre a liquidação dos mesmos. As hipóteses seriam as que se referem ao homicídio, às lesões corporais (ferimento, ofensa à saúde, perda temporária parcial ou total e perda permanente da capacidade laborativa decorrentes dessas lesões); defeito hábil a comprometer de forma temporária (parcial ou total) ou permanente do exercício de ofício ou profissão; dano estético; calúnia, injúria ou difamação; ofensa à liberdade pessoal; violência sexual; ultraje ao pudor; e, finalmente, esbulho ou usurpação do alheio. É a lição de Caio Mário da Silva Pereira.³¹

O Código tipifica danos morais provenientes de ofensas a bens jurídicos que, por se referirem a valores fundamentais da vida social (bens vitais de convivência humana), configuram, também, ilícitos penais. Mas não há que estabelecer conexão entre ambos, porque os pressupostos da responsabilidade civil e penal são diferentes. Além disso, cumpre lembrar que a responsabilidade civil abrange não-só o dano originário de ilícito extracontratual (*ex delicto*), como o decorrente de inadimplemento de obrigação contratual (*ex contractu*).

Entendemos que a tipificação dos casos acima referidos (tipificação, aliás, indireta, porque implícita na forma de liquidação) não significa exclusão de outros casos não-contemplados. Razões de ordem doutrinária justificam semelhante assertiva. Com efeito, a ordem jurídica envolve, sob sua proteção, bens inestimáveis. É a lição de Jean Dabin que, incluindo os valores extra-econômicos na linha de proteção jurídica, salienta a necessidade de sua disciplina, apesar das dificuldades inerentes ao conceitualismo jurídico.³² Idêntico o pronunciamento de Caio Mário da Silva Pereira.³³ Em segundo lugar, parece-nos que, além do amparo doutrinário, a interpretação de ordem semântica, sistemática e teleológica do Código possibilita afirmar que a proteção legal alcança, além dos casos previstos, toda e qualquer violação de bens jurídicos legalmente protegidos. É o que a seguir pretendemos demonstrar.

31. Caio Mário da Silva Pereira, *Da Responsabilidade Civil*, p. 337-46; *Instituições de Direito Civil*, v. I, p. 343; v. II, p. 285-9; e v. III, p. 512-3.

32. Jean Dabin, *Théorie Générale du Droit*, Nouvelle Ed., Dalloz, Paris, p. 148-9, 1969.

33. Idem, *Instituições de Direito Civil*, v. I, p. 343.

Com efeito, os substantivos usados pelo legislador são portadores de um *significado jurídico*. Revelam conceitos jurídicos. O legislador; no processo de tipificação normativa, desprezou as notas contingentes e as espécies de dano, para ficar só com a essência deste. Em conseqüência, a expressão dano está carregada de especial significação. Dano é toda a ofensa a um bem-jurídico. Quando o bem-jurídico atingido diz respeito à esfera valorativa da pessoa, o dano resultante é de ordem moral. Quando o bem-jurídico atingido diz respeito à esfera patrimonial, o dano resultante é de ordem material. Logo, há dois danos: o material e o moral. O nosso Código Civil abraçou a ambos, porque se utilizou da expressão dano sem outros qualificativos, de modo que este é o significado jurídico do substantivo. Nem cabe restringir onde a lei não restringe.

Esta é a conclusão da análise semântica. Sob o ponto de vista da análise sistemática, idêntica conclusão se impõe. O nosso Código, ao disciplinar o problema da liquidação dos danos (arts. 1.537 a 1.553) contemplou alguns casos de danos morais. Mas, não excluiu outros. Ressaltou, no art. 1.553 que a liquidação de outros casos deve ser feita por arbitramento. Isto significa o seguinte: para os casos previstos, o ressarcimento deve ser feito segundo critérios preestabelecidos; para os outros, a indenização depende de arbitramento. Logo, existem outros casos de ofensa a direitos subjetivos devidamente consagrados na ordenação sistemática.

Nesta ordem de idéias, forçoso é convir que a tese da reparabilidade do dano moral resulta do enunciado do art. 159 do Código Civil. Ampara esse ponto de vista Aguiar Dias, ao asseverar que não há razão alguma para se inferir que esse artigo tenha restringido a indenização ao dano material.³⁴

O método sistemático também possibilita semelhante entendimento. Mencionando o Código algumas hipóteses não podiam excluir outras, porque a regra geral é a dos arts. 159 e 1.518. Além do mais, como preleciona Clóvis Beviláqua, o art. 76 do Código confirma a tese da reparabilidade. Diz o jurista: “*Se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo ou restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral não se exprima em dinheiro*”³⁵ Em conclusão: toda a lesão ao direito é indenizável, já que o ordenamento jurídico consagra os direitos subjetivos integrantes da personalidade moral ao lado dos direitos subjetivos de ordem exclusivamente patrimonial. O Código protege o patrimônio e o estatuto

34. José de Aguiar Dias, ob. cit., v. II, p. 755.

35. Clovis Beviláqua, ob. cit., p. 313.

da pessoa. Mesmo porque, consoante o art. 75 do Código, a todo direito corresponde uma ação que o assegura. Logo, também existe ação para assegurar a reparação do ilícito que venha a atingir valores morais juridicamente consagrados.

Pode ser que o legislador não tenha pretendido chegar a estas conclusões. Mas, como pondera Silva Pereira, a interpretação teleológica não permite, no presente momento, conclusão diversa. Não pode ficar sem reparo transgressões que venham a atingir bens indisponíveis.³⁶

O Código, estudado à luz dos valores sociais do presente, consagra o princípio da reparação dos danos morais. O enunciado normativo é o mesmo, mas as conotações valorativas que o sustêm são diferentes. Esta é a interpretação que decorre da regra do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que preconiza a atenção aos *valores sociais* do momento de aplicação do preceito. Por outras palavras: as normas particulares devem ser entendidas de conformidade com a teleologia imanente ao sistema normativo a que pertencem.

Assim sendo, o casuismo do Código não esgota as hipóteses de transgressões que ocasionam danos morais.

A descrição típica de todas as formas de ilícito é impossível. Inúmeras são as situações convivenciais tidas como antijurídicas e capazes de atingir valores morais e invadir a esfera do psiquismo individual e do prestígio social do ser humano. Inúmeras são as ações que podem obstaculizar o normal desenvolvimento da auto-realização da pessoa. As mais graves estão, de certo modo, contempladas na legislação civil.

No entanto, torna-se necessário precisar os contornos das situações que originam danos morais, através de fórmula hábil a abarcar os diversos tipos de ilícito que a vida convivencial venha a apresentar. Propomos a seguinte conceituação: constituem transgressões todas as condutas geradoras de descumprimento de deveres jurídicos de respeito às prerrogativas da pessoa, as quais acarretam lesões a direitos subjetivos não-patrimoniais referentes à esfera do psiquismo individual e reputação social, normativamente consagrados.

36. Idem, *Da Responsabilidade Civil*, cit., p. 64.

6.2. As sanções.

A análise normativa que vimos empreendendo deve enfrentar, agora, a segunda questão: a que diz respeito às sanções. Quais as sanções que correspondem às transgressões acima delineadas?

Na hipótese do dano moral, o prejuízo sofrido pela vítima é de ordem espiritual, insuscetível de medida econômica. Os valores espirituais, por sua própria natureza, são imensuráveis. É o que demonstra Johannes Hessen em seu *Tratado de Filosofia*. A nota característica desses valores é a impossibilidade de quantificação. A atribuição de um valor econômico a uma obra-de-arte representa, apenas, critério pragmático de troca. Ninguém pode apreciar, em dinheiro, o *quantum* de um valor estético. O mesmo ocorre com o dano moral. Deve haver um critério pragmático, para a estimativa compensatória da sanção. Por isso, a satisfação do dano moral, necessária à proteção dos valores da pessoa, é uma sanção aproximativa, isto é, se limita a compensar, dentro das contingências humanas e de modo pragmático, a lesão sofrida pela vítima. Tal solução já fora vislumbrada por Pedro Lessa que, em memorável voto, diz ser o meio imperfeito, mas o único realizável.³⁷

Além do efeito satisfatório para o lesado, cumpre desestimular condutas antijurídicas. A ordem jurídica precisa reagir aos atentados aos bens-jurídicos indispensáveis à convivência humana. A sanção é desagravo à ofensa, tendo caráter satisfatório e punitivo. É o que preconiza o *jus naturae*.

Nesta ordem de idéias, a sanção não tem por finalidade a reposição do patrimônio do lesado, mas a compensação do dano causado e desestímulo à prática do ilícito. Repousa no binômio: mera compensação pela ofensa do bem e punição do infrator.

A dificuldade de mensuração das sanções não pode servir de pretexto para afastar as medidas de proteção aos bens-jurídicos indisponíveis, que compõem o estatuto ontológico da pessoa humana.

Em virtude da relevância da questão relativa à fixação de parâmetros para a equitativa aplicação das sanções, a ele dedicaremos algumas considerações em capítulo especial.

37. Pedro Lessa. *Rev. Forense*, v. XXIV, p. 475.

6.3. Os obrigados.

Obrigados e pretenses são os membros de toda e qualquer relação jurídica. Obrigados são aqueles que, tendo participado de fato jurídico normativamente previsto, receberam, do preceito normativo, deveres a serem cumpridos em benefício dos pretenses. Estão no polo passivo da relação jurídica. Pretenses, por sua vez, são aqueles que, tendo participado de fato jurídico normativamente previsto, receberam do ordenamento jurídico direitos que devem ser usufruídos sem impedimento por parte dos obrigados. Estão no polo ativo da relação jurídica.

Seguindo o esquema da norma jurídica, acima referido, trataremos, agora, dos obrigados à reparação do dano moral, indicando as pessoas física e jurídica que, descumprindo deveres a que estavam sujeitas, lesaram em seus bens os pretenses. À indicação destes últimos dedicaremos o capítulo seguinte.

Tais pessoas respondem, evidentemente, por fato próprio, por fato de outrem e por fato das coisas.

Na primeira hipótese (responsabilidade por fato próprio), respondem os agentes tanto por ocorrência de ilícito decorrente de violação contratual (responsabilidade contratual) quanto por ocorrência de ilícito proveniente da obrigação genérica de não-lesar a outrem (responsabilidade extracontratual).

A segunda hipótese, de responsabilidade pelo fato de outrem, é responsabilidade indireta, de caráter excepcional. Trata-se da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores; dos tutores e curadores pelos atos de seus tutelados e curatelados; dos empregadores pelos atos de seus empregados; dos donos de hotéis e similares, relativamente aos hóspedes, por atos de seus empregados; dos que, gratuitamente, tiram proveito do crime.

A terceira hipótese, chamada responsabilidade pelo fato das coisas (denominação tida como imprópria) abrange, segundo Silva Pereira, "*aquelas situações em que a ocorrência do prejuízo origina-se de circunstâncias em que não é a ação direta do homem que determina o desfecho prejudicial, porém o acontecimento ou fato decorre de modo material*"³⁸

38. Idem, *Da Responsabilidade Civil*, p. 112.

Além das pessoas físicas, podem ser responsabilizadas as pessoas jurídicas. À responsabilidade podem ser chamadas as pessoas de Direito Privado e as pessoas de Direito Público.

Vejamos, em primeiro lugar, as de Direito Privado. Ensina Silva Pereira que *“as pessoas de Direito Privado, qualquer que seja a sua natureza e os seus fins, respondem pelos atos de seus dirigentes ou administradores, bem como de seus empregados e prepostos, que, nessa qualidade, causem prejuízo a outrem”*³⁹ Todas as pessoas jurídicas de Direito Privado são, assim, responsáveis, não havendo distinção alguma a se fazer relativamente à finalidade de cada uma delas. Nesta ordem de considerações podem ser alinhados como responsáveis por danos morais as sociedades civis, as associações, as fundações, bem como as sociedades comerciais, em todas as suas modalidades.

No que se refere às pessoas jurídicas de Direito Público, a responsabilidade está consagrada no art. 15 do Código Civil, cujo princípio foi confirmado pelo art. 37, n. XXI da Constituição Federal. Mas, como ensina Silva Pereira, a questão deve ser examinada sob tríplice aspecto: o da responsabilidade por atos da administração pública; o da responsabilidade por atos praticados no exercício da função jurisdicional; e o da responsabilidade por atos legislativos. Todos esses atos, quando revestidos de ilicitude, podem ocasionar danos morais. Desta forma, há responsabilidade civil do Estado, decorrente da atuação dos órgãos que integram seus poderes. O ato administrativo, praticado sem observância dos princípios que condicionam sua existência (capacidade, motivo, finalidade, causa e formalidades), gera responsabilidade do Estado. Pode esse ato provir da Administração direta ou da Administração indireta (autarquias; empresas públicas; sociedades de economia mista, fundações públicas). O ato judicial pode decorrer do exercício da jurisdição ou ser de natureza administrativa. Quando o Judiciário pratica ato de natureza administrativa, a responsabilidade deve ser apreciada segundo os cânones já referidos, que regem os atos administrativos propriamente ditos. Quando a responsabilidade provém de ato jurisdicional, é preciso que o magistrado tenha agido com dolo ou culpa, como, aliás, está previsto no art. 133 do Código de Processo Civil. Só ato jurisdicional irregular é que dá origem à responsabilidade do Estado. Por fim, a responsabilidade dos órgãos legislativos decorre da inobservância, pelo Legislativo, dos cânones que informam o processo legislativo. Como ensina Silva

39. Idem, ob. cit., p.131.

Pereira, o Legislativo não pode transcender os limites da outorga constitucional. Se o Legislativo elabora provimento interno transgredindo direitos ou se vota lei, cuja inconstitucionalidade é declarada formalmente pelo Judiciário, a responsabilidade por lesões a direitos individuais pode ser reconhecida.⁴⁰

Obrigados são as pessoas físicas ou jurídicas acima mencionada, quando transgridem a ordem jurídica, ocasionando lesões a direitos subjetivos atinentes à personalidade e integrantes dos componentes do psiquismo individual e do prestígio social.

6.4. Os pretensores.

Pretensores são os que, tendo participado de fato jurídico normativamente previsto, receberam do preceito normativo, prerrogativas ou faculdades, que devem ser usufruídas, sem injusto impedimento por parte dos obrigados. Ocorrendo, por parte destes últimos, invasão na esfera de ação dos primeiros, dá-se o ilícito. Os pretensores tornam-se, então, portadores de direitos subjetivos de segundo grau, podendo exigir, através da ação, a aplicação da *sanctio juris*. No caso em estudo são os titulares da ação cabível para exigir a satisfação decorrente dos danos morais. São os lesados que podem ser pessoas físicas ou jurídicas.

A tutela jurisdicional, nos casos acima referidos, provém de ação, de caráter privado a ser movida, individualmente, por quem se julgar ofendido.

Contudo, a doutrina passou a caracterizar, a partir dos estudos de Mauro Cappelletti, outro tipo de interesses, situados entre as categorias tradicionais, de interesses público ou privado. É a categoria dos interesses metaindividuais. São interesses comuns a certas categorias de pessoas, componentes de conjuntos indeterminados ou determináveis de titulares. Esses interesses não comportavam defesa única, concentrada, global. Só podiam ser objeto de ação em que, cada um, individualmente, defendia seu próprio direito. Inexistia defesa eficaz. Interesses metaindividuais são os que promanam de valores de convivência social considerados relevantes por atingirem grupos, classes ou agregados vinculados entre si por relação de fato ou de direito. Tais interesses podem ser coletivos, quando se referem a uma categoria determinada ou determinável de pessoas e difusos quando se referem a um

40. Idem, *ob. cit.*, p. 146.

grupo indeterminado de indivíduos, que não podem ser indicados, por serem dispersos no meio social. Valores protegidos, na espécie, são os que se referem à defesa do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio cultural.

Tendo a doutrina delineado essa nova categoria de interesses, que não se enquadra na divisão tradicional de interesses em públicos e privados, estando, porém, a exigir proteção eficaz, adquiriram certos entes, a titularidade do direito de ação civil pública. Tem legitimidade *ad causam* o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, bem como associações privadas que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção de interesses considerados coletivos ou difusos.

7. Tipologia das transgressões.

Consiste o dano moral, como já assinalamos, no evento lesivo decorrente da prática de ilícito que, atingindo valores jurídicos relativos a componentes do psiquismo individual e do prestígio social, reflete negativamente, no dinamismo da auto-realização da pessoa humana. Trata-se, na hipótese, de impedimento à plena realização dos valores sensíveis (vitais, hedonísticos e de utilidade) e espirituais (lógicos, estéticos, éticos e religiosos) na classificação de Johannes Hessen.⁴¹ Tais valores não possibilitam avaliação econômica, mas a conduta ilícita (desvalor) que impede sua normal expansão pode acarretar compensação satisfatória ou pena de ordem privada. Foi o que, ao longo do presente trabalho, procuramos demonstrar.

Importa, agora, descrever as ações que podem produzir os eventos lesivos que atingem os valores já mencionados. O nosso sistema legal não as descreve. Pode-se dizer que, de um modo geral, tipificam esses injustos todas as ações capazes de subtrair valores referentes à personalidade do ser humano ou impedir o seu normal desenvolvimento. Tais ações emergem da negação de direitos subjetivos consagrados na ordenação sistemática, condicionando a responsabilidade *ex contractu ou ex delicto*.

Duas correntes doutrinárias procuram esclarecer o conteúdo desses ilícitos. Uma corrente restritiva, que não vislumbra danos morais em todos os atentados a direitos subjetivos que garantem a personalidade e a consideração social

41. Johannes Hessen, *Tratado de Filosofia*, Ed. Sudamericana, trad. Juan A. Vazques, p. 440-4.

da pessoa, mas, apenas, em alguns deles, taxativamente enumerados. A outra, de caráter abrangente, que entende serem indenizáveis todos os danos morais devidamente caracterizados. Desnecessária seria a descrição dos elementos integrantes da conduta, porque esta resultaria da própria natureza do injusto impedimento aos direitos subjetivos já consagrados no sistema normativo.

Na verdade, a corrente denominada abrangente é a que no momento atual prevalece, já que inúmeras são as hipóteses de danos morais que vêm sendo reconhecidas pelos nossos Tribunais. Os danos morais atingem o complexo valorativo da pessoa. Decorrem do Direito Natural, recebendo, por acréscimo, o reconhecimento do Direito Positivo. Adquirem a característica de normas cogentes, sem perder a natureza do *jus naturae*. Não há como restringi-los às hipóteses capituladas no Código Civil, até porque a pretensão do Código, como dissemos, foi a de disciplinar apenas os fatores intervenientes na liquidação de alguns casos considerados de maior gravidade.

O nosso Código, no art. 159, se refere à violação do direito. E acrescenta que a esta violação deve se seguir a reparação do dano. Os direitos a que a norma se refere são os direitos subjetivos consagrados pela ordenação sistemática. Abrange, por via de consequência, os direitos subjetivos que protegem os valores espirituais da pessoa. À interpretação semântica, sistemática e teleológica, cabe revelar o conteúdo desses direitos e, em consequência, apontar as ações injustas que impedem seu normal desenvolvimento.

Isto posto, pode-se dizer que configuram transgressões todas as ações finalisticamente encaminhadas a lesar os componentes do estatuto ontológico da pessoa, definidos pelo *jus naturae* e consagrados no Direito Positivo.

Voltemos, porém, nossa atenção às principais categorias de lesões. Na impossibilidade de uma enumeração completa, vamos enunciar, por via exemplificativa, as principais.

Cumpre, porém, seguir uma ordem: a da classificação das disciplinas jurídicas. Realmente, as lesões constituem violação de direitos subjetivos previstos em esquemas normativos integrantes de diferentes áreas do sistema. Adotando o critério preconizado por Pierre Pescatore (o que se refere à atividade humana regulada), o sistema jurídico divide-se em Direito Público, relativo à vida da comunidade política, Direito Privado ou Civil, relativo à vida pessoal e familiar e Direito Econômico e Social, relativo à vida profissional organizada. No Direito Público, temos o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito

Tributário e o Direito Penal. O Direito Privado abarca todo o Direito Civil. No Direito Econômico e Social, temos o Direito Econômico, o Direito Comercial, o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário. Esses ramos constituem o Direito Substantivo. A cada um deles corresponde um Direito Adjetivo. Destes, os principais são o Direito Processual Civil, o Direito Processual Penal e o Direito Processual do Trabalho.

Vejamos, de forma exemplificativa, os danos morais que podem ocorrer em virtude da violação de direitos subjetivos correspondentes às áreas acima referidas. A matéria está amplamente estudada na obra do juiz Rui Stocco, intitulada *Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial*, de onde retiramos os casos que se seguem.

Na esfera do Direito Constitucional, podem ser apontados danos que se referem às restrições indevidas de direitos políticos e eleitorais ou decorrentes de ofensas aos direitos e garantias individuais. No Direito Administrativo, podem servir de exemplo, impedimentos eventualmente oferecidos ao acesso por concurso a cargo público, lesões ocorridas no atendimento em hospitais da rede pública, descumprimento de obrigações contratuais, no dano resultante de tortura, no dano resultante de atos ilícitos praticados por servidores públicos. No Direito Tributário, temos os danos decorrentes de normas ilegais. No Direito Penal, podem servir de exemplos, os danos decorrentes de homicídio, danos à saúde, danos decorrentes de atos que atingem a liberdade pessoal e sexual.

Na esfera do Direito Civil, podem ser apontados ilícitos que atingem o direito de personalidade (direito à imagem, autoral, intelectual), ilícitos que afrontam aos direitos conjugais (injúrias graves, relação concubinária, agressões entre cônjuges), ilícitos que atingem a vida negocial (descumprimento de obrigações contratuais) e toda e qualquer lesão decorrente de ofensa ao princípio do *alterum non laedere* (responsabilidade por ato próprio, por ato de outrem ou pelo fato da coisa).

Na esfera do Direito Comercial, podem ser lembradas lesões que atingem direitos decorrentes dos atos e contratos comerciais, como, por exemplo, os que se referem a protesto indevido de título de crédito, à inclusão indevida de cliente de estabelecimento bancário em central de restrições a crédito, à devolução indevida de cheque por instituição financeira. No Direito do Trabalho, lesões que venham a afetar os direitos do trabalhador, na divulgação de segredo profissional. No Direito Previdenciário, as lesões decorrentes de acidentes do trabalho.

Finalmente, na esfera do Direito Processual Civil, lesões decorrentes de erro judiciário, de litígio de má-fé. No Direito Processual Penal, podem servir de exemplo atos que consubstanciam prisões indevidas, execução de réu tido e havido como inocente, reparáveis por *habeas corpus*, mas que repercutem negativamente na esfera dos direitos de personalidade.

Em suma: o ser humano sofre danos morais quando é atingido nas diversas esferas de atividades acima enumeradas, a saber, a da vida política, a da vida pessoal e familiar e a da vida profissional.

8. Equidade na mensuração da *sanctio juris*.

O Código Civil não delineou um sistema para a mensuração das sanções relativas à compensação satisfatória e pena privada. O equacionamento dessas medidas passa a ser tarefa relevante atribuída ao prudente arbítrio do juiz. Não há diretrizes ou *standards* oriundos do sistema legal.

Tem o juiz amplos poderes para fixar a forma e o *quantum* da reparação em cada caso concreto. Na verdade, o juiz completa a tarefa do legislador. É claro que muitos fatores hão de intervir na fixação das sanções.

Deve o juiz, com base no ordenamento jurídico, arquitetar e compor a solução concreta e justa para a hipótese de lesões aos valores de convivência social que fundamentam o sistema.

Entendemos que a prudência, como virtude do intelecto prático, permite unir o conhecimento especulativo ao prático, o abstrato da norma ao concreto da decisão. Por isso, a sentença é sempre um ato de construção prudencial.

Esta tarefa assume particular relevância na questão em estudo, porque o legislador não indicou os fatores que devem ser sopesados.

O juiz deve compor a norma individualizada da reparação dos danos morais. Seu critério é sempre o da equidade.

Pierre Pescatore assim se expressa: "*para os práticos (do Direito) é necessário, antes de tudo, discernir a realidade dos fatos e das circunstâncias concretas, manejar as regras de direito com inteligência e fazer um emprego judicioso do poder discricionário que lhe é deixado. Sua arte é a da prudência jurídica, a juris prudencia, no sentido etimológico do termo*"⁴²

42. Idem, ob cit., p. 47-48.

Alguns autores dizem que esta situação implica na concessão de excessivo poder ao magistrado, devendo, por isso, a atuação judicial se limitar à aplicação da *sanctio juris* a casos especiais. Não pode haver, segundo entendem, ampla reparabilidade, decorrente da proclamada análise sistemática. Dizem mais que o critério da equidade deve ser aplicado somente quando há previsão expressa. No nosso sistema a aplicação da equidade estaria condicionada à regra do art. 127 do Código de Processo Civil.

Entendemos, *data venia*, que toda e qualquer decisão judicial é fruto da equidade. Desnecessária é a previsão normativa para sua aplicação e logicamente impossível sua limitação. O juiz complementa a obra do legislador, contribuindo para o progresso e desenvolvimento do sistema normativo. Isto ocorre em todas as decisões. Com mais razão, há de ocorrer nas decisões que, em virtude de ausência de orientação legal, foram deixadas ao prudente arbítrio do juiz. Quando o legislador se utiliza de *standards* e quando, sem traçar diretrizes, deixa a questão ao arbítrio do juiz, a equidade se manifesta de forma mais expressiva. Mas, em todas as hipóteses, a atividade judicial contribui para a correta aplicação do direito aos casos concretos. É o que os romanos denominavam de atuação *adjuvandi causa* do juiz. Só assim é possível a concretização dos valores sociais que constituem o *substractum* dos preceitos normativos. Se a equidade só pode ser utilizada nos casos previstos em lei, como, então, compor a solução reparatória dos danos morais?

Realmente, o objeto da ciência jurídica é o Direito no sentido normativo, isto é, como regra ordenadora da convivência social. Como ciência de caráter ético-normativo, tem por objeto a atividade humana dirigida ao justo (bem devido a outrem). A norma jurídica não é dada pela natureza, mas resulta de um ato de construção da inteligência e da vontade humana. Logo, é obra da cultura. Mas, não é só. Referida construção apresenta-se aos membros da comunidade como um conjunto de normas diretivas, de regras do dever ser, de imperativos. A ciência do Direito pertence, assim, ao grupo das ciências normativas. Como a Moral, ela diz o que deve ser feito. O Direito não visa explicar a vida social, mas conduzi-la, a fim de que a meta do bem comum seja atingida.

Nesta ordem de considerações, a ciência do Direito é uma ciência ético-operativa. Como ciência operativa, participa das características da ciência prática.

Assim sendo, adquire significativa importância o papel do magistrado. Cabe-lhe participar do desenvolvimento do Direito. A norma jurídica é a tipificação

axiológica de uma situação de fato a ser aplicável a comportamentos futuros. A sentença que dela decorre resulta da individualização do preceito, da conversão da norma genérica na norma concreta, mediante o processo do conhecimento prático da prudência judicial. Como ensina Roscoe Pound, o juiz prolonga a obra do legislador. A sentença possui essência ética, regulando mais de perto a situação convivencial. Contribui o juiz para a realização efetiva do ideal de justiça imanente aos esquemas normativos.

Tais noções merecem ser lembradas para afastar a alegação de que há excesso de poder na composição dos danos morais, quando estes ficam a critério do magistrado. Este poder é da própria natureza do ato de julgar. O juiz recebe, por delegação normativa, o poder de converter a norma genérica da lei na norma concreta da sentença. Se o legislador não traça diretrizes, cabe ao juiz procurar a solução justa, equacionando, prudentemente, os dados que devem compor a decisão. É o que vem ocorrendo na fixação das sanções correspondentes aos ilícitos que redundam em danos morais.

Não é a equidade em recurso extraordinário e, sim, a solução normal, correta e necessária de toda interpretação judicial. Não há jurisprudência sem atuação da equidade. *Jus est ars boni et aequi*, diziam romanos. O “direito de normas” deve ser complementado pela “jurisprudência da equidade” (as expressões são de Heinrich Henkel). É a equidade o núcleo permanente do Direito, como preleciona Giuseppe Maggiore.⁴³

Portanto, avaliando a conduta lesiva, o grau de culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do evento lesivo e ponderando, ainda, a respeito das possibilidades do obrigado, o juiz compõe, com prudência, a norma individualizada a ser aplicada ao caso concreto. São esses os fatores que possibilitam a solução justa. É o que, em excelente tese, ensina o Professor Carlos Alberto Bittar, *in verbis*: “Inserem-se, nesse contexto (da reparação) fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas que, na prática, acabam influenciando no espírito do julgador, a saber, de um lado, a análise do grau de culpa do lesante e a eventual participação do lesado na produção do efeito danoso; e de outro, a situação patrimonial e pessoal das partes e a proporcionalidade do preceito obtido com o ilícito”⁴⁴ Em suma: a mensuração das medidas reparatórias deve levar em

43. Idem, L'equità e il suo valore nel Diritto, *Rev. Internazionale di Filosofia del Diritto*, p. 256-87, 1923.

44. Carlos Alberto Bittar, *Responsabilidade Civil por Danos Morais*, tese, p. 209-14.

consideração a gravidade objetiva do evento lesivo, a intensidade do elemento subjetivo da culpabilidade, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do dano. Tais critérios guardam certa analogia com os que o magistrado leva em consideração para a aplicação da lei penal. Mas, no caso dos danos morais, o objetivo da sanção é compensatório e punitivo, motivo pelo qual, além daqueles critérios, deve ser sopesado o referente à situação patrimonial das partes envolvidas.

ASPECTOS JURÍDICOS DO TRANSEXUALISMO

Aracy Augusta Leme Klabin

Professora aposentada do Departamento de Direito Civil da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

A maior parte desta pesquisa para a elaboração da tese em questão fundou-se em leis, jurisprudência e trabalhos esparsos de doutores em Medicina Legal; juízes e peritos americanos em psicologia, psiquiatria, urologia e endocrinologia. Eles estão unânimes em enfatizar a complexidade da matéria, tendo em vista o insuficiente conhecimento dela e a inexistência de soluções adequadas. Numa sociedade, na qual vivemos e onde todos clamam por direitos e desrespeitam o direito do outro, onde a irresponsabilidade é a regra, onde a procura da satisfação pessoal, do prazer imediato e a celebração do “ego” “sex” é a palavra de ordem. Oh! Deus! Que “pesueria intellectus!”

Confrontando-se com toda a espécie de problemas sociais, a sociedade é continuamente desafiada a apresentar soluções para problemas emergentes e estabelecer seus limites. De fato, a sociedade através de seus órgãos judiciais está sendo convocada a apresentar solução ao problema dos transexuais. Esta sociedade egocêntrica aderente ao princípio da absoluta liberdade, está agindo, em alguns países, como os pais que para resistir aos contínuos pedidos e desejos de seus filhos, fazem concessões desarrazoadas com o único propósito de escapar às outras pressões. Assim, fazem concessões a este grupo “aborrecedor” sob forma de lei, a qual lhes permitirá mudar o nome e o sexo nos Registros Públicos; fecham os olhos à cirurgia e como consequência criam um exército de eunucos, cujos problemas moral e mental continuam sem solução. É nossa opinião que os indivíduos sob exame sofrem de desordem mental e de personalidade, o que os colocam em uma área limítrofe entre a neurose e a psicose. Os psicanalistas reconhecem sua incapacidade para curar tais desordens e não reconhecem que esses indivíduos sejam vítimas de doenças mentais. Mas, pode-se argüir, qual é a extensão de tal conhecimento psicológico? Não poderia ser deficiente? É nossa opinião que deve ser dado a esses indivíduos todo o tratamento médico possível, contudo não deve ser dada autorização para a cirurgia de alteração, a qual seria o ponto fatal de não-retorno.

Portanto, deveria ser promulgada lei, considerando como crime qualquer ato de mutilação praticado pelo próprio indivíduo ou por terceiros - o médico -, os quais deverão ser devidamente processados. Ademais, proibidas alterações nos Registros Públicos.

Abstract:

The greater part of the research for the elaboration of this thesis found its sources in the laws, jurisprudence, authorities and scattered studies

of forensic doctors, judges and United States experts in psychology, psychiatry, urology and endocrinology.

They are all unanimous in emphasizing the complexity of the matter in view of the insufficient knowledge to face it, the repetition of the cases and the almost inexistence of adequate solutions therefor.

In a society such as the one in which we presently live, where everybody claims for his rights, rather than claiming for the respect for the rights of others, where the irresponsibility is the governing rule, where the escape to the purely personal pleasures is a common place, which has no perspectives for the future and thus, is not concerned with anything that exceeds its immediate needs, men turn to the only thing that really matters, which is their mental development, in the belief that the mental health means the destruction of "inhibitions" and the never ending celebration of the "ego" They attribute to sex values that are not inherent thereto and all claim now for solutions to their problems which, in this incessant pendular movement, become confusing and certainty thereon.

But, while facing this present social disorders, the society is imperatively called upon to present solutions to the emergent problems and to establish their limits.

In fact, the society, through its judicial organs, is called upon to present a solution for the problems of the transsexuals.

This egocentric society, adherent to the principle of absolute freedom, is in some countries acting like some parents who, in order to obviate their children's continuous demands and wishes, make unreasonable concessions with the sole purpose of escaping from further pressure put upon them. Thus, there are granted to an "annoying" group some concessions under the form of law which allow them to change their name and sex in the Public Records, close the eyes for the reassignment surgery and, as a consequence, create an army of eunuchs, whose mental and moral problems continue unresolved.

Because the individuals under examination, in our opinion, suffer from mental and personality disorders which are in the border line between the neurosis and the psychosis. The psychoanalysts acknowledge their inability to cure such disorders and do not consider such individuals as victims of mental illnesses. But, it may be argued, what is the extension of such psychological knowledge? Couldn't it be deficient?

It is our opinion that every possible medical treatment should be made available to such individuals, but without ever accepting the reassignment surgery, which would be the fatal point of no return. Therefore, laws should be enacted, defining as a crime any act of mutilation, practiced either by the individual himself or by a third party - the doctor -, both of them being liable therefore. And, furthermore, prohibiting the alterations of Public Records.

Sumário:

Prefácio-Razões

I - O problema do transexual

1. Caracterização do sexo
2. Os transexuais

II Histórico

III - A cirurgia de conversão como tentativa de solução do problema dos transexuais

1. Preliminares médico-legais e éticas
2. Conseqüências

IV - Direito Comparado

1. A solução do problema na esfera civil
 - a. Considerações sobre o casamento de transexuais
 - b. Fundamentos para o divórcio de transexuais
 - c. Dificuldades para contrair matrimônio
 - d. Relacionamento entre pais transexuais e filhos
 - e. Direitos da mulher e filhos do castrado na Dinamarca
 - f. Herança
 - g. Identidade legal e registro civil
 - h. Decisões prolatadas por tribunais alemão e suíço
 - i. Casos de alteração de sexo - decisões prolatadas por juízes e tribunais brasileiros
 - j. Outros registros ou documentos

V - O Direito Social

1. Pagamento de auxílios médicos e sociais
2. Discriminação no trabalho

VI O Direito Público

1. A Lei Penal
2. A Lei Magna

VII - Conclusões

Bibliografia

Prefácio Razões

Duas foram, essencialmente, as razões que nos levaram a escolher *Aspectos Jurídicos do Transexualismo* como tema deste trabalho: sua atualidade e a falta de disposições legais que regulam as pretensões dos transexuais (antes e depois da cirurgia de conversão).

Não há dúvida quanto à atualidade da matéria. Este trabalho foi efetuado para dar uma breve avaliação sobre o transexualismo à luz do conhecimento atual. Particular consideração foi dada às causas, sintomas, implicações culturais e legais e ao papel desempenhado pelo cirurgião na terapia dessa entidade.

Processos judiciais foram e estão sendo instaurados em vários países do mundo.

No Brasil, encontra-se em curso, ainda sem solução, processo criminal contra médico, autor de cirurgia de conversão. Deste, e de outros processos, trataremos mais adiante, *pormenorizadamente*.

Por outro lado, a falta de dispositivos legais suscita a perplexidade e a curiosidade em torno do assunto, que aguarda soluções que precisarão ser encontradas, estudadas e aplicadas, como demonstraremos ao longo deste trabalho. Consideramos o problema, pois, de enorme interesse para o Direito, talvez não tanto pela sua ocorrência, que não é tão freqüente, quanto pelo seu conteúdo humano.

I O Problema do Transexual

1. Caracterização do sexo

No estudo e desenvolvimento do tema, uma primeira indagação que se põe é a relativa à definição do sexo.

Pode-se, desde logo, afirmar que não existe uma definição jurídica de sexo. Ponto de relevante importância é o fato de que os códigos legais jamais se detiveram em demonstrar a diferença entre homem e mulher. A constatação sobre o sexo da criança, ao nascer, é feita pelo médico ou parteira, ou ainda por qualquer pessoa que auxilie a parturiente, com base num exame superficial da genitália externa da criança; será o sexo assim determinado o que constará do registro de

nascimento. Este sexo será o masculino ou o feminino, que é a classificação fundamental encontrada em todos os sistemas legais conhecidos.

Recentemente, porém, começou a ciência médica a verificar que, em muitos casos, essa classificação não é satisfatória, pois determinados indivíduos não se enquadram perfeitamente nem num sexo, nem no outro. Embora seja praticamente impossível ou, em outras palavras, altamente improvável que a tradicional divisão dos indivíduos em dois sexos seja abandonada, pode-se dizer, por outro lado, que, tendo em vista as importantes implicações legais e sociais na determinação do sexo, deve essa determinação ser feita com base não apenas nas aparências.

Ao contrário, análise cuidadosa deve ser feita dos parâmetros da sexualidade humana. O objetivo de tal análise será o encontro de um padrão pelo qual se identifique o verdadeiro sexo do indivíduo, preservando, embora, a tradicional dicotomia sexual.

Os seguintes elementos são considerados relevantes pela Medicina:

- a) Constituição cromossômica sexual;
- b) Sexo gonadal;
- c) Padrão do sexo hormonal;
- d) Órgãos sexuais internos: útero ou *vas deferens*;
- e) Genitália externa;
- f) Características secundárias do sexo;
- g) Sexo de criação (geralmente o sexo fixado no nascimento);
- h) Sexo assumido ou sexo psicológico.¹

Assim, para o Instituto Médico Legal de São Paulo, o sexo é diagnosticado sob o aspecto pluridimensional, isto é, há um sexo genético, um cromatínico, um endócrino, um gonádico, um morfológico, um psíquico e, finalmente, um jurídico.

Qualquer um desses critérios poderia ser utilizado na determinação do sexo da média das pessoas. Qualquer critério, por outro lado, tomado isoladamente, pode falhar com determinados indivíduos.

1. *The Family Law Reporter, The Bureau of National Affairs*. Inc. v. 1, n. 17, march 11, 1975.

O teste cromossômico é falho se aplicado aos portadores de Síndrome de Klinefelter.²

O padrão gonadal, isoladamente, é inadequado perante o verdadeiro hermafrodita, que possui as gônadas de ambos os sexos. Aqui encontramos uma *vexata quaestio*, ou seja, existe ou não o hermafrodita verdadeiro?

Para certos autores, como Flaminio Fávero,³ Almeida Jr.⁴ e Klebs, para mencionar apenas alguns, não existe o hermafroditismo verdadeiro, existindo apenas o pseudo-hermafroditismo. No entanto, para Claus Overzier,⁵ existe o hermafroditismo verdadeiro, dando-nos ele conhecimento autêntico de 146 casos, desde o ano de 1900. Concluindo, estes casos ocorreram na Alemanha, pois esse autor é professor de Medicina Interna na Universidade de Mainz.

O equilíbrio do hormônio sexual não é indicador seguro do sexo, pois pode variar em razão da administração de drogas e pode ser drasticamente afetado pela castração, com mudanças gradativas nas características sexuais secundárias.

O padrão genial é igualmente inadequado, tomado isoladamente, pois anormalidades nos órgãos genitais são relativamente frequentes.

O sexo de criação, geralmente determinado pelo sexo fixado no nascimento, fundado no exame da genitália, é relevante na determinação do sexo do hermafrodita, pois a ambigüidade sexual deste pode ser resolvida pelo desenvolvimento e ajustamento sexual em determinado sexo. Falha completamente, todavia, com referência aos transexuais.

Do sexo psicológico é dito, pela Medicina, que deveria ter relevante importância na fixação do sexo do indivíduo.⁶

2. Síndrome de Klinefelter compreende os indivíduos fenotipicamente masculinos, cromatinopositivos, nos quais se encontra sempre elevada taxa de gonadotropinas. Com frequência mostram discreta ou completa debilidade mental, mostrando quase sempre micro ou macroginecomastia permanente ou temporária. Apresentam 47 cromossomos em vez de 46, sendo geneticamente XXY, podendo ainda apresentar a forma XXXY, etc. Heller e Nelson falam ainda de três tipos de pacientes na Síndrome de Klinefelter: pacientes de aspecto normal, eunucóides e moderadamente eunucóides. Estes autores consideram como sintomas obrigatórios para se diagnosticar a síndrome: testículos pequenos, azoospermia e elevada taxa de gonadotropinas.

Sadi, Afiz - *Urologia*, notas bibliográficas, 1975.

3. Fávero, Flaminio, *Medicina Legal*, v. 2, Livraria Martins.

4. Almeida Jr., *Medicina Legal*, p. 267, 6ª ed., Cia. Nacional.

5. Overzier, Claus, *La Intersexualidad*, Editorial Científico-Médica, Madrid, 1963.

6. Transsexualism, *Cornell Law Review*, v. 56:963, 1971.

Transsexualism, *Medico Legal Journal*, 36:174, 1968.

Procuramos dar acima uma idéia, embora pálida, da complexidade da questão referente à determinação do sexo do indivíduo que, parece-nos, não vem sendo tratada com o cuidado que seria de se esperar em virtude dessa mesma complexidade.⁷ Ao contrário, a determinação do sexo, repita-se, continua a ser feita através de exame superficial dos órgãos genitais externos, exclusivamente.

2. - Os transexuais

Os primeiros registros impressos do comportamento humano indicam que o transexualismo existiu bem antes de ter recebido uma denominação. Mas, até que a Medicina moderna reconhecesse, definisse e desenvolvesse terapias para essa entidade, o transexual enfrentou sozinho suas dificuldades por meios não-satisfatórios e freqüentemente trágicos.⁸

Foi o médico americano, dr. H. Benjamin, o pioneiro no uso da palavra transexual, e, também, no tratamento desses indivíduos, considerando-os como “hermafrodita-psíquico”.⁹

O transexual é um indivíduo anatomicamente de um sexo, que acredita firmemente pertencer ao outro sexo. Esta crença é tão forte que o faz obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado, a fim de ajustar-se ao “verdadeiro” sexo, isto é, ao seu sexo psicológico.

A Associação Paulista de Medicina nos dá a seguinte conceituação: “*transexual é o indivíduo com identificação psicosssexual oposta aos seus órgãos genitais externos com o desejo compulsivo de mudança dos mesmos*”¹⁰

O transexualismo tem sido chamado de “*cisão entre o sexo morfológico e psicológico*”, “*uma personalidade feminina em um corpo masculino*” *anima mulieris in corpore virile inclusa*.¹¹

7. Paiva, Luiz Miller de, *Medicina Psicossomática*, p. 69, 1966.

Tovel, Harold M. M., *Clínicas Obstétricas y Ginecológicas*, Nueva Editorial Interamericana, 1973.

Revista de Terapêutica Médica, “Ars Curandi”, n. 2, p. 26, abril de 1968.

8. *Guidelines for Transsexuals*, Erickson Education Foundation Publication.

9. Benjamin, H., *The Transsexual Phenomenon*, New York: The Julian Press, 1966.

10. *O Médico Paulista*, jornal da Ass. Paulista de Medicina, n. 169, ano X.

11. *Ética Médica e Lei Penal*, artigo publicado em *O Estado de S. Paulo*, 12 de março de 1976.

Solomon, Philip e Patch, Vernon D., *Handbook of Psychiatry*, Lang Medical Publications, 1969.

A maior parte dos especialistas em identidade sexual concorda que a condição de transexual se estabelece antes da criança ter capacidade de discernimento, provavelmente nos primeiros dois anos de vida, afirmando alguns que isso pode ocorrer até mais cedo, antes do nascimento, durante o período fetal.¹²

A sua evolução se processaria em três fases distintas:

1º) transexualismo psicógeno, quando se instala tendência de pertencer ao sexo oposto, associada ao narcisismo;

2º) fase ligada à ação terapêutica hormonal, efetivada pelos próprios pacientes, na qual surgem sinais de feminilização como ginecomastia e distribuição de pelos do tipo feminino;

3º) estado onde se processa tipicamente *“profunda e total convicção de pertencer ao sexo oposto, a plena e definitiva configuração da síndrome clínica, que confere ao transexual os caracteres precisos da perversão sexual”*¹³

O transexual (95% dos pacientes são masculinos) tem, repita-se, um intenso e obsessivo desejo de completa transformação sexual: física, mental, legal e social. Tem a impressão de ser, na realidade, uma mulher que a natureza, por um erro cruel, humilhou e gravou com a genitália masculina.¹⁴

Como resultado dessa atitude, os órgãos sexuais visíveis são objeto de nojo, ofensa e desgosto e são considerados uma deformação (anátema).

Existem inúmeras teorias que procuram explicar a origem do transexualismo; entre elas: a teoria da origem divina, a teoria traumática, a teoria genética e endócrina, a teoria cerebral, a teoria psicológica e a teoria psicanalítica.¹⁵

Cada uma dessas teorias procura explicar, de acordo os estudos ou pesquisas de seus autores, qual seria a causa fundamental do transexualismo, até hoje não-determinada.

O dr. Robert T. Rubin, professor de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia, Los Angeles, considera o transexualismo como uma anomalia, como uma forma específica de doença psíquica.¹⁶

12. *Legal Aspects of Transsexualism*, Erickson Education Foundation Publication.

13. Rodrigues, Armando Canger, *Aspectos Éticos do Transexualismo*, trabalho apresentado no XI Congresso Brasileiro de Cirurgia Plástica, Belo Horizonte, 1974.

14. Benjamin, H. e Ihlenfeld, Charles L., *The Nature and Treatment of Transsexualism*, *Reprint Medical Opinion of Review*, v. 6, n. 11, november, 1970.

15. Block, Norman L. e Tessler, Arthur N., *Transsexualism and Surgical Procedures*, *Reprint Medical Aspects of Human Sexuality*, february, 1973.

O dr. John Money, professor de Psicologia Médica da Faculdade de Medicina Johns Hopkins University, afirma que o transexualismo é uma desordem ou disforia de identidade de sexo que ocorre em uma pequena parcela da população, em todos os países do mundo. Concorda que *“a etiologia da condição permanece totalmente desconhecida. Entretanto, acredita-se que possa ser causada, em parte, por mau funcionamento de hormônios antes do parto. A psicoterapia, no caso, não é eficiente e nem o tratamento com drogas”*¹⁷

Por sua vez, Jan Walinder, professor-assistente de Psiquiatria da Universidade de Gotemburgo, Suécia, também insiste em que, se o paciente tiver atingido a idade de pós-puberdade, a entidade não responde a psicoterapia ou a qualquer outra medida.¹⁸

O Instituto Médico Legal de São Paulo confirma esses entendimentos:¹⁹ *“o estudo da literatura médico-legal a respeito do transexualismo mostra que os indivíduos que apresentam essa entidade são doentes que sofrem de distúrbios psíquicos, geralmente graves desajustamentos, angústia, que podem chegar até ao desespero, sendo levados à auto-emasculação e ao suicídio. Nestes termos parece não haver dúvidas de que esses doentes necessitam do estio da Medicina. Ocorre que a experiência já grande, levada a efeito em diversos países, mostra que o tratamento pela psicoterapia-psicanalítica ou pela psiquiatria revela-se inútil, sem resultado benéfico, em nada modificando o estado mental do transexual adulto”*

O dr. Benjamin e o dr. Ihlenfeld asseveram que esses pacientes não demonstram áreas de psicose, mas revelam intensa obsessão pela redeterminação sexual, daí ser o tratamento psicanalítico ineficaz.²⁰

Assim, o tratamento psicoterápico desses indivíduos tem sido um total malogro, dizendo-se, portanto, que o transexual somente vive para o dia em que seus órgãos sexuais odiados sejam removidos.²¹

16. Idem, n. 14.

17. Afirmações feitas em cartas juntadas ao processo criminal n. 20/76 da 17ª Vara Criminal.

18. Idem.

19. Instituto Médico Legal de São Paulo, laudo de exame de corpo de delito juntado ao processo criminal n. 20/76, 17ª Vara Criminal de São Paulo.

20. Benjamin, H., *The Transsexual Phenomenon*, New York: The Julian Press, 1966.

21. Meyers, David William, *Problem of Sex Determination and Alteration*, in *Médico-Legal Journal*, v. 36, p. 174, 1968.

Distinções

Antes de tratarmos da cirurgia, convém que façamos a distinção entre o transexualismo, transvestismo, homossexualismo, fetichismo e hermafroditismo.

a) Transexualismo é a entidade caracterizada por indivíduo biologicamente normal que insiste em transformar, cirúrgica e hormonalmente, o sexo. O transexualismo se subdivide em *primário* e *secundário*.

O *primário* compreende aqueles pacientes cujo problema de transformação do sexo é precoce, impulsivo, insistente e imperativo, sem ter desvio significativo, tanto para o transvestismo quanto para o homossexualismo. É chamado, também, de esquizossexualismo ou metamorfose sexual paranóica.

O *secundário* (homossexuais transexuais) compreende aqueles pacientes que gravitam pelo transexualismo somente para manter períodos de atividades homossexuais ou de transvestismo (são primeiramente homossexuais ou travestis).

O impulso transexual é flutuante e temporário, motivo pelo qual podemos dividir o transexualismo secundário em transexualismo do homossexual e do travesti. Por isso a mulher transexual deve ser classificada como forma secundária (homossexual) de transexualismo.²²

b) Transvestismo ou eonismo é a entidade na qual os indivíduos apresentam, como característica principal, o uso da roupa cruzada, por fetichismo ou por defesa.

O transvestismo pode se traduzir de varias formas, assim:

transvestismo não-masoquista - atividade sexual sem medo ou angústia;

transvestismo sadomasoquista - atividade sexual sadomasoquista (durante a relação, ou masturbação, o indivíduo submete-se ao açoite, escravidão e sofrimento físico, em fantasia ou na realidade);

U. S. Supreme Court Proceedings, em *The Family Law Reporter*, v. 1, n.17, march 11, 1975.
Money, J., e Green, R., *Transsexualism and Sex Reassignment*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1968.

Block, Norman L., e Tessler, Arthur N., *Transsexualism and Surgical Procedures, Reprint Medical Aspects of Human Sexuality*, february, 1973.

22. Rodrigues, Armando Canger, *Transexualismo. Transvestismo, Homossexualismo e Fetichismo*. Trabalho apresentado no X Congresso Brasileiro de Medicina Legal, São Paulo, 08.12.1974.

- transvestismo fetichista o fetiche produz excitação sexual;
 transvestismo não-fetichista o fetiche não produz excitação sexual,
 serve para aliviar a ansiedade acerca da identidade sexual e favorecer a segurança.

c) Homossexualismo: caracteriza-se por indivíduos que têm preferência evidente para a relação sexual com pessoas do mesmo sexo.

Divide-se em várias formas:

homossexualismo ativo - refere-se ao paciente que faz o papel ativo; neste caso, predomina o desejo de vingança ou sadismo;

homossexualismo passivo o paciente identifica-se com a mãe (é a figura do ego combinado, isto é, fantasia de possuir os dois sexos em si);

homossexualismo por trauma na fase anal e fixação materna;

homossexualismo por excessiva fixação à mãe (complexo de Édipo);

homossexualismo por falta de identificação com o pai;

homossexualismo ocasional é o caso dos psicóticos tipo esquizofrênico, toxicômano e por circunstâncias especiais (vida em penitenciária, marítima, etc.);

- homossexualismo inconsciente - o paciente não tomou conhecimento de suas manifestações homossexuais manifestadas pelo donjuanismo, atitude de ciúme, paranóia, etc.

d) Fetichismo: nesta entidade, os indivíduos apresentam desejos sexuais que surgem principalmente à vista ou toque de determinados objetos ou de certas partes do corpo que não as sexuais, sendo os objetos, geralmente, símbolos da pessoa amada.

Assim, o fetiche pode ser:

objeto (roupa íntima, fotografia, imagens, etc.);

- partes do corpo humano e animal.

Como já foi explanado, esses conceitos não são sinônimos. Embora se possa dizer que todo transexual é travesti, poucos dos travestis são transexuais. O travesti não deseja, ao contrário do transexual, a cirurgia de conversão, pois seus órgãos sexuais são fontes de satisfação e não de desgosto ou repulsa. O travesti, também ao contrário do transexual, reconhece-se como homem ou mulher, de acordo com seus órgãos sexuais e as características sexuais secundárias.²³

23. Benjamin, H., *The Transsexual Phenomenon*, New York: The Julian Press, 1966.

*“Fenomenologicamente, a inversão da identidade psicosexual constitui o problema nuclear dos transexuais, que podem assumir o transvestismo, não por fetichismo com objetivo social, mas como meio de reduzir a tensão e ansiedade geradas pelo antagonismo sexual entre o corpo e a mente.”*²⁴

Também não se confunde o transexual com o homossexual. O transexualismo, como entidade clínica autônoma, bem individualizada entre os desvios do comportamento sexual, foi definitivamente separada do homossexualismo, em 1964, por Benjamin e Gutheil.

A homossexualidade, como prática, é freqüentemente rejeitada pelo transexual que, sob o aspecto libidinal (psíquico), se comporta como heterossexual; mas, dependendo da predominância do envolvimento comportamental (sexualidade ou identidade), distinguem-se dois grupos fundamentais: “homossexual” e “obsessivo-compulsivo”²⁵

Este, o transexual, se considera membro do sexo oposto apenas gravado com o aparato sexual errado, o qual deseja ardentemente erradicar.²⁶

Aquele, o homossexual, tem prazer em usar sua genitália como membros de seu sexo anatômico. Não tem desejo compulsivo de mudar de sexo, ao contrário do transexual. Acrescente-se que a síndrome transexual se inicia muito antes de o indivíduo ter consciência do que seja homossexualidade ou sexualidade genital.

No homossexual, os genitais são órgãos de prazer, ao passo que nos transexuais são órgãos de profundo desgosto. Sob o ponto de vista psicanalítico, o homossexual tem ego corporal masculino e ego psíquico feminino, sendo homem somaticamente. Os transexuais têm ambos os egos femininos e, somaticamente, são também homens. Os homossexuais consideram a relação sexual como homossexualidade (sentem-se homens e realizam o ato com outro homem). O

24 Saldanha, P. H. e Olazabal, Luiza Campos, *Valor do Estudo Citogenético no Transexualismo*. Trabalho apresentado ao Simpósio patrocinado pelo Departamento de Urologia da Associação Paulista de Medicina, 1975.

25. Randel, J. B., *Transvestitism and Transsexualism*, Brit. Med. J. 2:1448, notas bibliográficas, 1959.

26. Walton, Terrence, *When is a Woman not a Woman?*, em *New Law Journal* 124/501, january-june, 1974.

Hamilton, William; e Walker, David W., *Gender - Quaeosto Ovid Juris?*, *Medicine, Science and the Law*, v. 15, n. 2, 1975.

Drake, Donald C., *Crossing the Sex Barrier*, em *Science Revue World*, 1974.

transexual vê essa relação no plano heterossexual, pois, considerando-se mulher, tem um homem como parceiro.²⁷

Finalmente, não se confunde o transexual com o hermafrodita. O hermafroditismo, também chamado intersexo, é uma condição congênita de ambigüidade das estruturas reprodutivas, de modo que o sexo do indivíduo não está plenamente definido como exclusivamente masculino ou feminino. Em outras palavras, coexistem, no hermafrodita, as glândulas genitais dos dois sexos: testículos e ovários.²⁸

Existe, por outro lado, o pseudo-hermafroditismo, onde o indivíduo somente apresenta glândulas sexuais de um sexo, consistindo sua anomalia nas vias genitais internas ou nos órgãos genitais externos "*que exibem, no todo ou em parte, conformação semelhante à do sexo oposto ao das glândulas genitais de que são portadores*"²⁹

Segundo alguns estudiosos, o hermafroditismo é um termo genérico que abrange todos os casos de intersexualidade e esta é um gênero do qual o hermafrodita verdadeiro é uma espécie.³⁰

Enquanto o transexual suscita o problema de harmonizar a mente do indivíduo com o seu corpo, o hermafrodita suscita o problema de harmonizar o corpo do indivíduo ao seu verdadeiro sexo, através de alteração cirúrgica. Neste caso, isto é, tratando-se de genitália ambígua, não se discute o emprego da cirurgia reparadora nas más-formações e desvios de diferenciação dos genitais, sendo perfeitamente ético intervir cirurgicamente nestes pacientes, reconduzindo-os a um dos sexos, geralmente ao psicossocial ou ao que, em cada caso, oferecer melhores condições de técnicas operatórias.³¹

27. Rodrigues, Armando Canger, *Aspectos Éticos do Transexualismo*, trabalho apresentado no XI Congresso Brasileiro de Cirurgia Plástica, Belo Horizonte, 1974.

28. Moore Keith L., *Interssexuality*, em *Canadian Medical of Ass. Journal*, 83/756, 1960.

29. Fávero, Flaminio, *Medicina Legal*, v. 2, p. 187.

30. Epps, Dorina Rossetta G., depoimento constante de processo criminal n. 20/76 da 17ª Vara Criminal de São Paulo.

31. Money, J. e Green, R., *Transsexualism and Sex Reassignment*, Johns Hopkins Univ. Press, Baltimore, 1968.

No transexual o que se observa é que, em geral, o seu aparelho genital é normal e corretamente constituído, sendo que o desajuste que se observa é psíquico.³²

São deficientes as estatísticas referentes ao número de transexuais, mas o dr. H. Benjamin estima tal número em aproximadamente 10 mil, nos Estados Unidos.

II Histórico

O transexualismo, anteriormente, era confundido com o transvestismo, tendo sido conhecido, sob várias denominações, em quase todas as civilizações e em todas as partes do mundo.

A ubiqüidade dessas entidades suscita a idéia de que não tenham representado uma corrupta manifestação de cultura, mas, quiçá, o resquício de uma antiga e natural sobrevivência do homem primitivo.³³

Esses fenômenos foram conhecidos na Antigüidade. De fato, Heródoto descreveu-os como "*doenças misteriosas dos citas*", povo que vivia nas praias do norte do Mar Negro. Lá, homens, aparentemente normais, se vestiam com roupas femininas, faziam o trabalho das mulheres e afetavam, em geral, personalidade e comportamento feminino. A presença deles foi notada em uma imagem de Hércules, servindo sua amante Omphale, vestido com roupas femininas.

Demonstrando preocupação com o assunto, Hipócrates atribuiu o transvestismo entre os citas como tendo sido causado por um trauma mecânico, proveniente do excessivo cavalgar. Esse conceito foi revivido no começo do século XIX, quando a impotência e a feminilização encontradas entre os tártaros foram atribuídas a esse fator.

Em Roma antiga, particularmente no declínio, também foram conhecidos os travestis. No começo dos tempos modernos, os mais notórios foram três franceses: o irmão do rei Henrique III, o abade de Choisy e o proverbial *Chevalier de Eon*, cujo nome nos deu o termo eonismo como sinônimo de

32. Idem n. 27.

Pauly, I. B., *Adult Manifestations of Male Transsexualism, Transsexualism and Sex Reassignment*, ed. by Green, Money, Johns Hopkins Press, Baltimore, 1969, p. 56-7.

33. Block, Norman L., e Tessler, Arthur N., *Transsexualism and Surgical Procedures. Reprint Medical Aspects of Human Sexuality*, february, 1973.

transvestismo. Este fenômeno tornou-se conhecido sob várias denominações. Assim Krafft-Ebing³⁴ falava em *metamorfose sexual paranóica*; Ellis, em *inversão sexo-estética*.

Em 1910, Hirschfeld, pela primeira vez, apresentou o termo *transvestismo*. Esse termo foi aceito em geral, embora sem a necessária discriminação entre o transvestismo real e o transexualismo.³⁵

Lukianovicz sugeriu que o termo *transvestismo* fosse usado para o desvio sexual caracterizado pelo desejo de usar roupas do sexo oposto e o termo *transexualismo* aplicado àquelas raras vezes em que o transvestismo se apresente, ainda, com a característica do desejo mórbido de se submeter a uma intervenção cirúrgica de conversão sexual.³⁶

A pletora de nomes dada a esta última entidade foi superada por H. Benjamin,³⁷ que a denominou *transexualismo*, hoje divulgado através dos jornais, das revistas, da literatura médica e de publicações legais.

Assim individualizada e conhecida, foi crescendo a importância médica do transexualismo, mormente em função da terapêutica hormonal e, especialmente, cirúrgica.

III - A Cirurgia de Conversão como Tentativa de Solução do Problema

I. Preliminares médico-legais e éticas

O mais notório caso de cirurgia para a redeterminação sexual foi o de George Jorgensen, americano, que se tornou Christine Jorgensen, em 1952, tendo se submetido à operação na Dinamarca.³⁸

A primeira clínica, nos EUA, para o tratamento de transexuais, foi estabelecida na Escola de Medicina da Universidade Johns Hopkins, em 1966,

34. Krafft-Ebing, R., *Psychopathia Sexualis*, Milano, notas bibliográficas, 1953.

35. Hirschfeld, M., *Sexual Anomalies and Perversions*. London; F. Alder, notas bibliográficas, 1936.

36. Lukianovicz, N., *Survey of Various Aspects of Transvestism in the Light of Our Present Knowledge*, J. New Ment. Dis., notas bibliográficas, 1959.

37. Benjamin, H., *The Transsexual Phenomenon*. New York, The Julian Press, 1966.

38. Wälinder, Jan, *Médico Legal Aspects of Transsexualism in Sweden*, Johns Hopinks Press, Baltimore, p. 461, 1969.

através da *Gender Identity Clinic*, na qual foram avaliados e examinados várias centenas de transexuais, sendo que mais ou menos 100 foram submetidos à cirurgia de redeterminação de sexo.

O transexual apresenta um quase patognomônico desejo obsessivo de “correção” cirúrgica do sexo, o qual, quando não atendido, é fonte de atitudes psicopatológicas reacionais, tais como: automutilação peotônica e tentativas de suicídio, nos casos extremos.³⁹

Do transexualismo, por ser muito raro, pode-se dizer que não é reversível, nem pelo tratamento hormonal, nem por qualquer outro como o psiquiátrico que, como já observamos, é ineficaz. A propósito, o dr. Anke A. Ehrhart, professor de Psiquiatria da Universidade de Buffalo, NY,⁴⁰ afirma que, como não se conhecem ainda as causas dessa entidade, é impossível diagnosticá-la e curá-la efetivamente.

É conveniente esclarecer que o tratamento hormonal consiste em ministrar estrógenos e progesterona nos pacientes anatomicamente masculinos e testosterona, nos anatomicamente femininos. Este tratamento não apresenta qualquer resultado, visto que não age sobre a personalidade do transexual, nem lhe extingue o desejo de assumir totalmente o sexo oposto, ao qual se julga pertencer. Ihlenfeld⁴¹ diz que o número de mulheres transexuais, isto é, que desejam mudar de seu sexo para homem, em comparação com os transexuais masculinos, está na proporção de 8 para 1, ou seja, o número de transexuais masculinos é 8 vezes maior do que o de mulheres. Outras estatísticas demonstram uma proporção de 4 para 1.

Quanto ao tratamento psicanalítico, a maior dificuldade consiste na resistência apresentada pelo paciente. Praticamente, o transexual primário não se sujeita a esse tratamento, porque não quer readaptar sua personalidade.

Outra dificuldade reside no próprio terapeuta, pois se este não acreditar que pode ajudar o transexual, isso redundará em um impasse analítico, com o conseqüente fracasso do tratamento.

39. Pauly, I. B., *Adult Manifestations of Male Transsexualism, Transsexualism and Sex Reassignment*, ed. by Richard Green and John Money, Johns Hopkins Press, 1969.

40. Ehrhart, A. A., *Transsexualism and Cirurgical Procedures*, notas bibliográficas.

41. Ihlenfeld, Charles L., *When a Woman Becomes a Man*, Sexology Magazine, june, 1972.

Por isso, os EUA e alguns países da Europa optaram pela cirurgia.⁴² Mas, antes de qualquer intervenção cirúrgica, durante mais ou menos dois anos, o paciente, seja do sexo feminino ou do masculino, deverá viver o papel do sexo oposto, a fim de sentir-se “socialmente aceito”

Neste tratamento complexo que se estende, às vezes, por mais de dois anos, administram-se hormônios, cujo efeito é a obtenção das desejadas características sexuais secundárias. O tratamento envolve reajustamento físico, social e emocional. Somente, então, poder-se-á pensar em alteração cirúrgica dos genitais.⁴³

Comprovadamente malogrados os tratamentos, dir-se-ia que a única solução, para resolver o conflito em que vive o transexual, seria a cirurgia de conversão.

A cirurgia consiste na ablação dos órgãos sexuais masculinos, abrindo-se no períneo, mediante incisão, uma fenda, ou seca, a neovagina.

Desse ato cirúrgico resulta, para o paciente, a perda irreparável de seus órgãos genitais, com a extinção de suas respectivas funções.

Com isto, o paciente não muda, realmente, de sexo, pois não há possibilidade de implantação de órgãos genitais internos femininos, como o útero, os ovários e anexos, destinados à procriação.

Neste ponto, devemos nos lembrar de conseqüências de extrema importância que podem ocorrer, como, por exemplo, o arrependimento pós-operatório do paciente; ou a neovagina, cirurgicamente implantada, na melhor das hipóteses, não satisfazer à libido do transexual, nem tampouco a do parceiro, como naturalmente aconteceria em condições normais.⁴⁴

42. *Transsexualism, Sex Reassignment Surgery and the Law*, *Cornell Law Review*, v. 56:963, p. 970, 1971.

Cunnam and Shapiro, *Law, Medicine and Forensic Science*, 2ª ed., p. 836, 1970.

Sturup, Georg K., *Legal Problems Related to Transsexualism and Sex Reassignment in Denmark*, Johns Hopkins Press, Baltimore, p. 453, 1969.

43. *Transsexuals in Limbo*, *Maryland Law Review*, v. 31/236, 1971.

44. *Guidelines for Transsexuals*, Erickson Educational Foundation Publication.

Rodrigues, Armando Canger, *Aspectos Éticos do Transexualismo*, trabalho apresentado no XI Congresso Brasileiro de Cirurgia Plástica, Belo Horizonte, 1974.

Por razões médicas, bem como legais, os cirurgiões não farão a operação de redeterminação do sexo num menor, por estar esse tratamento vedado; no entanto, é permitido a eles ministrar, aos menores, tratamento hormonal.⁴⁵

Na Holanda, Suécia, Dinamarca e Inglaterra, a operação de redeterminação sexual e a pertinente terapia são acessíveis, gratuitamente, a cidadãos e residentes de longa permanência.⁴⁶

Acrescente-se, aqui, um problema médico-legal e religioso que reside na situação resultante da esterilidade causada pela operação que estaria, também, contra os cânones da Igreja.

Com respeito ao aspecto ético do transexualismo, visto como um desvio da normalidade, cuja patologia imprime alto grau de sofrimento ao transexual, este se aproximaria mais da normalidade sexual por repudiar o homossexualismo e considerar sua esfera erótica heterossexual.

A problemática ético-jurídica do transexualismo é ampla e não totalmente resolvida, ou, pelo menos, aceita em todos os países. Nem mesmo a validade da correção cirúrgica é acatada com unanimidade. O próprio Gutheil refere-se que “a operação só satisfaz o desejo de castração do indivíduo, sem propiciar benefício à sua situação psicológica” Tolentino, por sua vez, a considera “uma tentativa inútil e superficial”⁴⁷

Diante das constantes e reiteradas solicitações de ajuda promovidas pelos transexuais de todo o mundo, plenamente conscientizados dos seus problemas, os congressos e tribunais de Ética Médica têm-se pronunciado, ora, favoravelmente, ora desfavoravelmente, à cirurgia amputativa dos genitais masculinos, frente aos problemas morais biológicos, clínicos, psicossociais e jurídicos que são suscitados.

No Brasil, os conselhos de Medicina não se pronunciaram oficialmente sobre o problema e seus órgãos supervisores, julgadores e disciplinadores da Ética, que visam ao prestígio e ao bom conceito da Medicina e do

45. *Legal Aspects of Transsexualism*, Erickson Educational Foundation Publication. Kennedy, Jan McColl, *Transsexualism and Single Sex marriage*, *Anglo American Law Review*, 1973.

46. Bekendtgereese on Sterilisation of Kastration, n. 98, 1976, Justits Ministeriets. (Notas bibliográficas).

Sturup, Georg K., *Legal Problems Related to Transsexualism in Denmark*, Johns Hopkins Press, Baltimore, p. 453, 1969.

47. Rodrigues, Armando Canger - *Aspectos Éticos do Transexualismo*. Trabalho apresentado no XI Congresso Brasileiro de Cirurgia Plástica, B. Horizonte, 1974.

médico, não são dotados de poder sobre os doentes. Sua ação se exerce sobre o comportamento do médico, fundada no Código de Ética Médica.⁴⁸

Neste Código, vamos encontrar os seguintes dispositivos, nos quais se enquadram as terapêuticas propostas para o transexualismo:

“Art. 32 - Não é permitido ao médico indicar ou executar terapêutica ou intervenção cirúrgica desnecessária ou proibida pela legislação do País.

Art. 51 - São lícitas as intervenções cirúrgicas com finalidade estética, desde que necessárias ou quando o defeito a ser removido ou atenuado seja o fato de desajuste psíquico.

Art. 52 - A esterilização é condenada, podendo entretanto ser praticada em casos excepcionais, quando houver precisa indicação, referendada por mais de dois médicos ouvidos em conferência.”

Calcado no Código de Ética Médica, pergunta-se: é lícita a operação de conversão sexual? O Conselho Federal de Medicina, através de seus conselheiros, declarou a inadmissibilidade de tal operação. A Associação Paulista de Medicina, por sua diretoria, limitou-se a recomendar o tratamento do transexual, mediante conferência médica, nos termos do Código de Ética Médica.⁴⁹ O Conselho Regional de Medicina de São Paulo desaprova, totalmente, tais cirurgias plásticas, pois que elas ofendem valores éticos, que as sociedades médicas do Brasil devem preservar.

Segundo o relatório do IV Congresso Brasileiro de Medicina Legal, reunido na cidade de São Paulo, de 08 a 12/12/1974, foi apontado o seguinte:

a) que, sob o ponto de vista anatômico, a operação de transexual não é corretiva, mas mutiladora;

b) que, em consequência, constitui “lesão, sob o ponto de vista penal”

Entendem que a operação cogitada é da natureza de cirurgia plástica, mas classificada como mutiladora, o que *ab initio* afasta-a dos termos do art. 51, do Código de Ética Médica.

O Instituto Médico Legal de São Paulo, interpretando o art. 51, do Código de Ética Médica, acredita que, no caso dos transexuais, a intervenção terapêutica necessária não seria uma cura radical, mas atenuadora do desajustamento psíquico.

48. Código de Ética Médica.

49. Associação Paulista de Medicina, *Jornal O Médico Paulista*, publ. da primeira quinzena de dezembro de 1976.

O XI Congresso Brasileiro de Cirurgia Plástica, que teve lugar em Belo Horizonte, em 11/05/1974, em uma de suas conclusões, afirma:

“Quem quiser mudar de sexo no Brasil terá de esperar que o Congresso Nacional aprove uma lei autorizando esse tipo de cirurgia”

O Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina encaminhou ao Conselho Federal de Medicina um caso para que fosse examinando, e este, por manifestação unânime dos seus membros, concluiu que a matéria cuidava exclusivamente de cirurgia mutiladora e jamais restauradora do ponto de vista psicossocial, motivo pelo qual não tinha qualquer finalidade terapêutica. Essa decisão foi devidamente encaminhada aos Conselhos Regionais e às escolas médicas para conhecimento e natural cumprimento de seus termos.⁵⁰

Por inexistência de norma legal expressa, entende-se que seriam aplicadas à questão, por analogia, as normas e princípios recentemente estabelecidos para os transplantes de órgãos.

A Lei n. 5.479, de 10/08/1968, em seu art. 10, permite a disposição de *“órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins humanos e terapêuticos”* E §§ 1º e 2º, do mesmo artigo, determina a necessidade de autorização do disponente e que a extração autorizada não implique em prejuízo ou mutilação grave para o disponente.

Verifica-se, no caso, que a cirurgia *subjudice* produzirá mutilação gravíssima, e o objetivo final do transexual (seja de homem para mulher ou de mulher para homem), que é mudar de sexo, não será atingido fisicamente.

Do ponto de vista da deontologia médica, o Conselho Federal de Medicina, como já mencionamos, condena, por antiética, a operação plástica mutiladora.⁵¹

Um dos aspectos que, inicialmente, ofereceu obstáculos ao tratamento cirúrgico dos transexuais, foi a aceitação tácita de que o desajuste desses pacientes, sendo psíquico, estava no cérebro e a conduta terapêutica mais lógica seria endereçá-los aos psiquiatras e não aos cirurgiões.

Os trabalhos, todavia, têm demonstrado que, no transexual adulto, a terapêutica psiquiátrica é rejeitada pelo próprio paciente, como já referimos anteriormente.

50. *Ética Médica e Lei Penal, O Estado de S. Paulo*, em 12-03-1976.

51. Salgado, Murilo Rezende - *O Transexual e a Cirurgia para a Pretendida Mudança de Sexo*, R.T. 491/241.

Sendo verdadeira essa assertiva, a Medicina contará com a opção de aceitar o tratamento cirúrgico,⁵² levando-se em consideração ainda os motivos apresentados pelos transexuais, entre os quais o sofrimento emocional de ter órgãos masculinos constantemente ultrajando sua psique feminina; o desejo de ter relações íntimas de “forma normal”; o desejo de imunidade legal ao personificarem o sexo oposto e, finalmente, o objetivo maior: o casamento.

Afirma o dr. Charles Ihlenfeld que, de abril de 1969 a julho de 1972, observou, em sua prática privada, mais de 500 pacientes com problemas de disforia sexual. Por sua vez, o dr. Harry Benjamin relacionou 1.200 pacientes, durante 25 anos, até junho de 1975. Dessa série, mais de 300 pacientes submeteram-se a processo cirúrgico para a redeterminação de sexo, após rigorosa diagnose clínico-psicológica. O dr. John Money, professor de Psicologia da Universidade Johns Hopkins, afirma que o número de transexuais operados nos EUA e Canadá ultrapassa 1.000 casos. A *Gender Identity Clinic* observou que, de 11% a 18% dos pacientes que solicitaram a citada cirurgia, obtiveram-na.

Entre essas clínicas, que nos dizeres do dr. R. Granato, médico urologista em Elmhurst, Nova Iorque, são em número de 20, temos a da Stanford University, em Palo Alto, Califórnia e a Johns Hopkins Hospital, em Baltimore, Maryland.

Mas, aqui no Brasil, como essa cirurgia foi, e ainda é, eticamente condenada, afigura-se-nos que outro meio deverá ser encontrado.

Para sintetizar o controvertido tema deste capítulo, aflora-nos ao espírito uma pergunta de relevante importância:

É, de fato, essa cirurgia, a solução ideal para o problema do transexual?

52. Benjamin, Harry; e Ihlenfeld, Charles L., *Transsexualism, American Journal of Nursing*, v. 73, n. 3, march, 1973.

2. Conseqüências

A primeira pergunta (talvez a única) a ser respondida da resposta decorrendo todas as conseqüências da cirurgia de conversão - é esta: *a cirurgia tem o efeito de mudar o sexo do indivíduo, isto é, transforma efetivamente o homem em mulher ou a mulher em homem?*

Se a resposta a esta pergunta fosse afirmativa, seria possível, talvez, defender a cirurgia de conversão e, desde logo, pugnar pela adoção de uma legislação que regulasse todos os fatos que envolvessem o transexual após sua submissão à cirurgia.

Na verdade, porém, não nos parece que a resposta àquela pergunta possa ser outra que não a negativa. Em outras palavras, a cirurgia pode mudar a aparência, mas não o seu sexo, daí decorrendo conseqüências de várias ordens, que procuraremos resumir em seguida.

IV - Direito Comparado

I A solução do problema na esfera civil

a. Considerações sobre o casamento de transexuais

Não existe, presentemente, uma jurisprudência formada, nos EUA, com respeito à validade dos casamentos contraídos com transexuais pós-operados. Contudo, do ponto de vista prático, este problema só surgirá quando pedidos de divórcio ou de anulação forem efetuados.⁵³

A questão sobre se o pós-operatório transexual deve revelar ao seu prospectivo consorte a cirurgia a que se submeteu tem, primordialmente, implicações éticas e legais. Caso não revele esta condição irá suscitar fundamentos para a anulação ou divórcio, pois que tal casamento será considerado como fraudulento. Já houve caso, como adiante citaremos, em que a anulação do casamento foi concedida com fundamento na esterilidade do cônjuge transexual operado. E esta se constitui

53. *Guidelines for Transsexuals*, Erickson Educational Foundation Publication.

Transsexualism, *Cornell Law Review*, v. 59:963, 1971.

Sherwin, Robert Veit, *Legal Aspects of Male Transsexualism* Johns Hopkins Press, Baltimore, 1969.

Brent, Gail, *Some Legal Problems of the Post Operative Transsexual*. *Journal of Family Law*, v. 12, (1972-1973).

em um forte argumento contra a cirurgia que priva o indivíduo de sua capacidade reprodutiva, no caso de disforia sexual não incluir a esterilidade.⁵⁴

A propósito, no caso *Corbett v. Corbett*,⁵⁵ o juiz inglês Ormrod afirmou que a cirurgia da reatribuição de sexo não muda o sexo legal do transexual; portanto, o casamento de transexual (de masculino para feminino) com pessoa de seu sexo de origem torna-se, legalmente, um casamento inexistente. Continuando, afirmou o juiz que a relação sexual, usando um canal criado artificialmente pela plástica genital, não poderia ser descrita como *vera copula*, não sendo possível, pois, consumir o casamento.⁵⁶

No nosso Direito, haverá de ser extremamente difícil que cheguem a se casar pessoas do mesmo sexo, em face das solenidades e publicidades que cercam a realização do ato.

Para Clóvis Bevilacqua, a suposição não merece ser considerada; poder-se-á verificar, apenas, em casos de hermafroditismo ou deformações.⁵⁷

b. Fundamentos para o divórcio de transexuais

O caso acima mencionado, de *Corbett v. Corbett*, é um claro exemplo do problema da validade do casamento do transexual operado, com pessoa de seu

54. *The Weekly Law Reports*. Publ. New York, 1970.

Sherwin, Robert Veit, *Legal Aspects of Male Transsexualism*. Johns Hopkins Press, Baltimore, 1969.

55. O caso *Corbett v. Corbett* foi julgado na Inglaterra em 1970. Um transexual, de masculino para feminino, de nome April Ashley, submeteu-se à cirurgia de conversão em 1960. Em 1963, casou-se com Arthur Corbett; April Ashley e Arthur Corbett estiveram juntos durante 14 dias no espaço de 3 meses, ao fim dos quais Arthur Corbett propôs ação de anulação de casamento, baseando-se nos seguintes fundamentos:

- a) a “mulher” pertencia ao sexo masculino;
- b) o casamento não se consumara.

Em reconvenção, alegou April Ashley a impotência de Arthur Corbett ou sua intenção de não consumir o casamento. Em sua decisão, afirmou o juiz que o sexo é estabelecido no nascimento; que a “mulher” tinha cromossomos XY, isto é, cromossomos masculinos; antes da operação tinha as gônadas masculinas e a genitália externa masculina, pertencendo, pois, ao sexo masculino, sendo psicologicamente um transexual. Conclui que a “mulher” continuava sendo homem e não podia desempenhar o principal papel da mulher no casamento, concedendo, por conseguinte, a anulação requerida.

56. James, Thomas E. PHD, *Legal Issues of Transsexualism in England*.

57. Coelho, Vicente de Faria, *Nulidade e Anulação do Casamento*. Livraria Freitas Bastos S. A., p. 27.

sexo de origem, na Inglaterra. Se o casamento não é legalmente válido, torna-se necessária sua anulação ou sua dissolução pelo divórcio.

Poderá o divórcio basear-se (evidentemente nas legislações que o admitem) no fundamento da *impotência*, visto que os envolvidos são incapazes de qualquer relação sexual normal, especialmente no caso do transexual de feminino para masculino.

Tribunais americanos têm, também, aceitado o fundamento de *crueldade intolerável*, suficientemente amplo e genérico para cobrir a hipótese.⁵⁸

Com respeito ao adultério, a cirurgia torna-o fisicamente impossível, visto que remove os órgãos sexuais necessários para cometê-lo com pessoa do sexo oposto ao próprio sexo cromossômico. As relações extramaritais, portanto, não podem ser adúlteras, mas sim homossexuais.⁵⁹

Outro fundamento tradicional para o divórcio nos EUA seria a *fraude*, pois, como já dissemos, o transexual deve revelar ao seu parceiro sua mudança de sexo e sua conseqüente esterilidade, a exemplo do caso de *Frances B. v. Mark B.*⁶⁰

c. Dificuldades para contrair matrimônio

Internacionalmente, no capítulo dos impedimentos matrimoniais, refere-se a lei àqueles relativos ao parentesco, às pessoas já casadas, aos menores, ao coactos, silenciando, porém, a respeito dos transexuais.

À primeira vista, dir-se-ia que, uma vez que a lei não proíbe, poderiam os interessados obter licença para o casamento.

Não é, todavia, o que ocorre. O Estado retém o direito de decidir quais os casamentos que considera válidos. Como o casamento se submete a normas de ordem pública, havendo, desde logo, todo um processo de habilitação, não poderia o transexual satisfazer às exigências legais sem retificar seu registro civil ou sem burlar oficiais de registro menos avisados (o que tem ocorrido com certa freqüência nos Estados Unidos).⁶¹

58. U.S. Supreme Court Proceedings. *The Family Law Reporter*, march 11, 1975.

59. *Transsexualism*, *Cornell Law Review*, v. 56:963
New York Supplement - 293 N.Y.S., 2d. 834; 293 N.Y.S., 2d. 557; 355 N.Y.S., 2d. 712; 325 N.Y.S., 2d. 499; 347 N.Y.S., 2d. 515; 314 N.Y.S., 2d. 668.

60. No caso *Frances B. v. Mark B.*, porém, decidiu o Supremo Tribunal de Nova Iorque anular o casamento por ofensa à finalidade de procriar, ao invés de levar em consideração a *fraude* de uma das partes e não revelar a sua transexualidade.

61. *Transsexualism*, *Cornel Law Review*, v. 56:963.

Dúvidas persistem, de outra parte, sobre a possibilidade de impugnação do casamento, se os interessados resolverem permanecer casados.

Quer-nos parecer que, se o casamento somente se realizou através de burla ou fraude, deveria o Ministério Público intentar sua anulação.⁶² Esta legitimação, porém, a nosso ver, inexistiria, se o transexual houvesse obtido retificação do seu registro civil, mesmo porque temos notícia do reconhecimento da validade de tais casamentos, como no caso decidido pelo Tribunal de New Jersey.⁶³

d. Relacionamento entre pais transexuais e filhos

Nos EUA, o transexual casado, que decide se submeter à operação para a redeterminação do sexo, deve procurar, *ab initio*, assistência legal. Isto é de suma importância, não-só respeitante a seu cônjuge, como aos filhos, se houver. Em todo caso a grande maioria de cirurgiões não efetuará a operação até que o divórcio seja obtido.⁶⁴

Consideremos, sob este item, o caso do transexual que teve filhos antes da mudança de sexo. Parece-nos que um prévio casamento heterossexual seria uma prova contra-indicativa de transexualidade verdadeira. As emoções, necessidades e circunstâncias que afetam os seres, porém, nem sempre se coadunam com a norma teórica.

Um caso decidido pelo Tribunal de Apelação do Colorado, Estados Unidos, ilustra bem a questão.⁶⁵

62. *The Law and Transsexualism, Connecticut Law Review*, v. 7:288, 1975.

63. No caso de um transexual operado de masculino para feminino, que se casou com um homem, decidiu um tribunal de New Jersey, Estados Unidos, em ação de alimentos proposta contra o homem "que a abandonara", que o casamento era válido, em razão do conhecimento que o marido tinha da mudança de sexo de sua "mulher" efetuada antes do casamento, condenando-o ao pagamento da pensão alimentícia.

Afirmou ainda o tribunal que, tendo sido efetuada a operação do transexual, não tinha a sociedade o direito de proibir que ele levasse uma vida normal.

64. *Legal Aspects of Transsexualism*, Erickson Educational Foundation Publication.

65. Um transexual de mulher para homem tinha 4 filhas menores de um casamento anterior. Divorciou-se e a guarda das filhas lhe foi conferida. Em seguida, submeteu-se à cirurgia de reatribuição de sexo e casou-se com uma mulher que trouxe para o casamento um filho de casamento anterior. O ex-marido do transexual requereu a mudança de guarda das filhas. A sentença de 1ª Instância foi-lhe favorável mas, em apelação, foi ela reformada, decidindo o tribunal que as meninas permaneceriam com a mãe natural (agora homem) em razão do interesse e bem-estar das menores.

Holloway, John P., *Transsexuals and Their "Legal Sex"*, Johns Hopkins Press, Baltimore, 1969.

A conclusão que se pode extrair do caso acima citado é que não existe razão categórica para classificar o transexual como pai ou mãe inadequados. Em outro caso, porém, ao qual iremos nos referir mais adiante,⁶⁶ ficou decidido que um professor transexual operado causava danos psicológicos às crianças, de tal forma que era justificada a sua dispensa.

e. Direitos da mulher e filhos do castrado na Dinamarca

Quanto ao direito da mulher do castrado a obter indenizações em relação ao cônjuge castrado ou ao médico que efetuou a cirurgia, o entendimento do Ministério da Justiça é pela negativa. Contudo, a questão em apreço deve ser decidida pelos tribunais.

Relativamente à guarda dos filhos do casal, é de se apontar que tal questão não foi suscitada ainda perante o Ministério da Justiça dinamarques.

Acrescente-se que a castração não estabelece qualquer impedimento quanto ao direito de sucessão atribuído ao castrado, segundo a lei dinamarquesa.

- Casamento de transexual na Dinamarca

A pessoa que haja sofrido cirurgia de reatribuição sexual pode requerer licença para casar-se com pessoa pertencente ao seu sexo de origem.

Esterilização

Quanto à esterilização, qualquer pessoa que tenha atingido 25 anos de idade e for residente na Dinamarca poderá obtê-la. Se for menor de 25 anos, há necessidade de permissão de órgãos especializados.⁶⁷

f. Herança

No Direito pátrio, a questão da herança não suscita grandes problemas para o transexual, uma vez que, comprovada sua filiação, terá direito à legítima, tanto no caso de o ascendente ter falecido *ab intestato* ou não.

No Direito americano, de modo geral, em razão da amplíssima liberdade de testar, o problema surge no caso de o testador atribuir propriedades a filho ou filha. Após a mudança de sexo, através da cirurgia de conversão, pode o herdeiro ver-se impossibilitado de recolher seu quinhão.

66. *Transsexualism, Cornell Law Review*, v. 56:963.

67. Sturup, Georg K., *Legal Problems Related to Transsexualism in Denmark*.

Nessa hipótese, haveria necessidade de verificar com cautela a intenção do testador. É possível que a disposição testamentária tenha mesmo tido a finalidade de impedir, ou tentar impedir, que o filho ou a filha se submeta à cirurgia de conversão, permanecendo o problema de se saber se o juiz homologará, ou não, as restrições impostas pelo testador.⁶⁸

g. Identidade legal e registro civil

Quer-nos parecer que este é um dos maiores, se não o maior, problema do transexual pós-operado.

O primeiro aspecto do problema diz respeito à mudança de nome. O prenome do paciente, via de regra, é inadequado após a cirurgia.

O nosso Direito consagrou o princípio da imutabilidade do nome, o qual abrange o prenome e patronímico.

No entanto, essa regra não é absoluta. Assim, de acordo com a nova Lei de Registros Públicos n. 6.015, de 31/12/73, com as alterações introduzidas pelas leis ns. 6.140, de 28/11/74 e 6.216, de 30/06/75, em seu art. 58, o prenome é imutável, contudo poderá ser mudado, quando expuser ao ridículo o seu portador (art. 55, § único), assim como, retificado, no caso de erro gráfico (art. 58, § único).

O art. 56 admite a alteração do nome, desde que não prejudique os apelidos de família; entendemos, então, que pode haver alteração do sobrenome - parte do nome completo que medeia entre o pronome e o patronímico ou apelidos de família - mas não pode haver alteração do patronímico.

No entanto, existem causas justificativas da alteração e mudança do patronímico, assim: no caso do casamento, desquite, reconhecimento de filhos, no caso do art. 57 e seus §§, mudança de nome dos ascendentes ou do marido; omissão de apelido de família quando do registro; condição de filho de criação; condição de tutelado; adoção; mudança de patronímico estrangeiro para nacional.⁶⁹

Verificando, assim, que o nosso Direito, neste particular, afasta qualquer pretensão do transexual à mudança do prenome, conforme o que acima foi dito.

Quanto à mudança do sexo no registro, em nossa sistemática dos registros públicos, somente são admissíveis retificações de assentos que contenham

68. *The Law and Transsexualism, Connecticut Law Review*, v. 7.288, 1975.

69. França, Rubens Limongi, *Do Nome Civil das Pessoas Naturais*, Rev. dos Tribunais, p. 193.

erros ou inexatidões relativamente ao sexo da pessoa natural, em casos de hermafroditismo ou naqueles em que, por anomalia superveniente, fique preponderando um sexo sobre o outro. É a lição da doutrina.⁷⁰

Segundo o direito consuetudinário nos EUA, o indivíduo pode assumir o nome que quiser, desde que não interfira no direito de outrém e não haja intenção de fraude ou dolo. A mudança do nome é obtida através de processo meramente administrativo, servindo de base para o pedido o fato de ser o nome lingüisticamente difícil, ou sendo tal que provoque embaraço, ridículo, confusão ou identificação errônea.⁷¹

Não tem sido muito difícil, pois, ao transexual, obter a mudança de seu prenome, fazendo a ressalva de que, em alguns Estados, tem sido possível a mudança do nome e do sexo nos registros de nascimento, enquanto em outros somente a mudança de nome tem sido permitida. Contudo, a maioria dos Estados americanos, aparentemente, não farão a citada mudança de *status*, oficialmente, a não ser que se prove erro na certidão original.⁷²

No entanto, a questão é controvertida. Atualmente, somente os Estados de Arizona, Illinois e Louisiana possuem leis que regulamentam as alterações na certidão de nascimento, no caso específico dos transexuais. Tais Estados fornecem ao indivíduo um documento oficial indicando seu sexo, sem menção ao sexo anterior. A mais complexa legislação é a do Estado de Louisiana, onde há todo um capítulo dedicado à "*Emissão de Uma Nova Certidão de Nascimento Depois da Mudança do Sexo Anatômico Através de Cirurgia*". O procedimento requer petição ao mesmo tribunal, ao qual foi pedida a mudança do nome. Antecipando problemas do transexual com respeito ao Direito da Família, a lei exige que o cônjuge seja parte na ação. Depois da expedição da nova certidão, devem a certidão original, a petição e a sentença, ser seladas e arquivadas no cartório competente. Este processo selado somente poderá ser aberto a requerimento do interessado, acompanhado de ordem judicial, prolatada pelo Juízo que admitiu a nova certidão.⁷³

70. Lopes, Serpa, *Curso de Direito Civil*, v. I, p.327.

71. *Legal Aspects of Transsexualism*, Erickson Educational Foundation Publication.

72. Idem.

Change of Sex on Birth Certificates for Transsexuals, *Bulletin of New York Academy of Medicine*, v. 42, n. 8, 1966.

73. *Transsexualism*, *Cornell Law Review*, v. 56:963.
Arizona Reviewed Statute annotated, 36-326, 1976.

Os tribunais da Louisiana restringem-se a três requisitos para a emissão da nova certidão: diagnóstico apropriado, tratamento apropriado e alteração anatômica bem-sucedida.⁷⁴

O Estado do Arizona acompanha o Estado de Illinois ao admitir a mudança do registro de nascimento, exigindo que a iniciativa seja tomada por médico devidamente licenciado e colocando a decisão final nas mãos de um oficial administrativo. Ao contrário dos Estados de Illinois e da Louisiana, porém, o Estado do Arizona exige a contagem cromossômica como critério para a mudança do sexo na certidão de nascimento.⁷⁵

Em outros Estados essas modificações são obtidas através de seus canais administrativos. Os Estados como Arkansas, Colorado, Flórida, Hawai, Maryland, Michigan, Minnesota, New York, Ohio, Texas têm seguido as diretrizes dos três acima-mencionados com respeito à questão.

No Canadá, não há disposições à respeito do assunto.⁷⁶ A Inglaterra admite a mudança do registro de nascimento no caso de “erro físico”⁷⁷ Na Escócia, é absolutamente impossível a mudança de registro, o mesmo ocorrendo na Alemanha (onde, aliás, a cirurgia de reatribuição sexual é ilegal).⁷⁸

Na Dinamarca, a alteração do prenome é concedida pelo Ministério da Justiça, quando o requerente é castrado, quando foi esterilizado ou quando se estabeleceu a impossibilidade de procriar. A castração necessita de permissão outorgada pelo Ministério da Justiça. Não há, na lei dinamarquesa, disposições sobre a situação do casal, quando um dos cônjuges se submete à castração. Existe uma presunção, fundamentada em sentença, não-publicada, proferida pelo Tribunal dos Magistrados de Copenhague, que determina ser o casamento considerado nulo a partir da cirurgia castradora. O tribunal considerou, à vista da certidão médica

74. *Atlantic Reporter*.

75. *Arizona Reviewed Statute annotated*, 36-326, 1976.

76. *Canadian Medical Association Journal*, 83-756, 1970.

Kouri, Robert P., *Comments on Transsexualism in the Province of Quebec*, *Revue de Droit Civil* - Université de Sherbrooke - Province of Quebec, 1973.

77. *Anglo American Law Review*, 1973.

James, E. Thomas, *Legal Issues of Transsexualism in England*, Erickson Educational Foundation Publication.

78. Meyers, David William, *Problems of Sex Determination and Alteration*, *Médico-Legal Journal*, 1968.

exigida, relativamente à condição física e psíquica da pessoa, que tal pessoa se tornara incapaz de permanecer casado com sua mulher.⁷⁹

h. Decisões prolatadas por Tribunais Alemão e Suíço

Existem registros de decisões de Tribunal de Berlim e de Tribunal de Frankfurt, concluindo que a alteração do sexo através de cirurgia não pode ser aceita pelo tribunal, seja com o propósito de alterar passaporte (Berlim), seja para afastar possível acusação de homossexualidade (Frankfurt).

Em 1963, foi julgado o seguinte caso nos tribunais suíços: um homem casado, pai de um filho, automutilou-se. Em seguida, obteve o divórcio e submeteu-se à cirurgia para transformar-se em mulher. O tribunal reconheceu seu *status* feminino.⁸⁰

i. Casos de alteração de sexo Decisões prolatadas por Juízes e Tribunais Brasileiros

No Brasil, temos conhecimento de alguns casos de pedido de mudança de nome e de sexo no registro de nascimento, em virtude de cirurgia de reatribuição de sexo. O primeiro deles chegou a receber decisão favorável da Vara de Registros Públicos da Capital de São Paulo; eis que esse MM. Juízo autorizou a retificação do prenome do autor bem como a averbação, no registro, de que se tratava de pessoa do sexo feminino.

Em recurso interposto pelo curador de Registros Públicos⁸¹ decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, através de uma de suas câmaras, acolher a preliminar de incompetência do Juízo da Vara de Registros Públicos por se tratar de ação de Estado, de competência, portanto, da Vara da Família e Sucessões, sem pronunciar-se sobre o mérito do feito.

79. Sentença proferida pelo Tribunal dos Magistrados de Copenhague, 24 de junho de 1955.

Sarnoff, A. Mednik - Diretor-Médico do Psykologisk Institut K. Benhavn, Denmark - Carta juntada aos autos do processo criminal n. 20/76 da 17ª Vara Criminal.

Walinder, J. T. - *A Law Concerning Sex Reassignment of Transsexuals in Sweden*, Arch. Sex Bahav., 1976.

80. *Transsexualism*, Cornell Law Review, *Medicolegal Aspects of Transsexualism*, Johns Hopkins Press, Baltimore, 1969. Foreign Jurisdiction, v. 56:963.

81. Razões da apelação do dr. curador de R.P. Processo n. 1.118/70, cujo acórdão foi publ. na R.T. 444.

Esse caso teve continuidade através da remessa dos autos a uma das Varas da Família e Sucessões, onde foi julgado improcedente. Tendo o autor recorrido ao Tribunal de Justiça, este decidiu, através de uma de suas câmaras, manter a sentença de 1ª Instância.

Podemos, ainda, relacionar, neste passo, o acórdão de 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, prolatado na Apelação Cível n. 235.341 da comarca de Mairiporã, publicado em *O Estado de S. Paulo* de 25 de janeiro de 1976, julgando procedente o pedido de retificação de sexo no registro de nascimento, por se tratar, sem sombra de dúvida, de caso de hermafroditismo.

Por outro lado, no acórdão n. 247.425, de 25/12/75, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, decidiu-se que os órgãos genitais atrofiados do apelante não poderiam justificar a ablação efetuada, quiçá até criminosa, pois continuava o apelante a ser do sexo masculino, não possuindo os órgão sexuais internos femininos, como o útero e os ovários. Daí negar-se o tribunal a admitir a averbação de alteração de sexo no registro de nascimento pertinente.

j. Outros registros ou documentos

Nos EUA, os transexuais podem, como já foi mencionado, com relativa facilidade, obter mudança de nome através de determinação judicial e obter os documentos secundários como carteira de habilitação de motorista, carteira de Previdência Social, registro de batismo, passaportes e diplomas escolares.

V - O Direito Social

1. Pagamento de auxílios médicos e sociais

Outra área que afeta diretamente os transexuais é a questão de auxílios médicos e sociais, isto é, o direito a tais auxílios, como, por exemplo, pensão por incapacidade.

O Departamento de Saúde, Educação e Previdência dos Estados Unidos da América dispõe de serviços médicos com a finalidade de incentivar o emprego de indivíduos incapacitados, sendo todos esses serviços inúteis se não puder o transexual ser qualificado como incapacitado.

De fato, nem o "*Diagnostic and Statistic Manual of Mental Disorders*", nem o "*Eighth Revision, International Classification of Diseases*" colocou o transexualismo na categoria de doença mental ou física. A dra. Maria

Mehl, da Fundação Erickson, afirmou que não existe teste físico ou psicológico suficientemente sensível para diferenciar o transexual da assim chamada população normal.

Contudo, alguns Estados americanos, a fim de proporcionar aos transexuais ajuda previdenciária, incluem-nos na categoria de incapacidade psíquica.⁸²

Por outro lado, existem decisões que reconhecem direitos ao transexual, em virtude de sua condição particular, como, por exemplo, a que reconheceu, a um transexual, o direito de aposentar-se aos 62 anos, ao invés de 65 anos, como exigido pelas leis previdenciárias americanas.⁸³

2. Discriminação no trabalho

A operação de redeterminação sexual cria para o transexual graves problemas no relacionamento social, entre os quais aqueles que dizem respeito ao trabalho. Não pode registrar-se para trabalhar nem como homem, nem como mulher, em razão de sua condição.

A dispensa do transexual pós-operado ofende o Título VII do “*Civil Rights Act*” (EUA) de 1964, que proíbe ao empregador discriminar quanto à raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade do indivíduo? A dispensa de um transexual por entidade governamental significaria a negação de igualdade de tratamento perante a lei? Existem tipos de trabalhos peculiares aos transexuais? Poderia a determinação de inadequação ou incapacidade para certos trabalhos ser generalizada a fim de definir direitos em outras áreas?⁸⁴

Todas essas questões poderiam ser formuladas no Brasil, face à nossa Constituição e à Consolidação das Leis do Trabalho. Senão vejamos:

Vamos encontrar em nossa Carta Magna, 1946, em seu art. 157, inciso II: “*A proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil*” Esta mesma proibição é estabelecida no inciso III do art. 165 da Emenda Constitucional de 17/10/1969, encontrando-se, no inciso X, proibição de trabalho em indústrias insalubres, para as mulheres; e o inciso

82. *Legal Aspects of Transsexualism*, Erickson Educational Foundation Publication.

83. New York supplement, 2d. series - 293 -355 - 347 - 314.

84. Federal Legislation Prohibiting Discrimination on the Basis of Affectional or Sexual Preference. By the Special Committee on sex and law, p. 363.

XIX preceitua a aposentadoria para mulher aos 30 anos de trabalho, com salário integral.

Verificamos, ainda, que na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 5º, está estipulado que *“a todo trabalho, de igual valor, corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”*

Encontramos, ainda, a confirmação da estipulação acima no art. 461: *“sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade”*

Nos Estados Unidos, estas questões começaram a ser tratadas pela primeira vez na decisão do Tribunal de Apelação de New Jersey no caso *“In Re Tenure Hearing of Grossman”*⁸⁵

VI - O Direito Público

1. A lei penal

Sob este tópico, podemos fazer referência aos contatos sexuais, que serão ou poderão ser considerados homossexuais, embora subjetivamente o transexual os considere heterossexuais. O problema penal existiria, obviamente, nas legislações que considerassem o homossexualismo como crime.

Outro aspecto de interesse na esfera criminal é o problema de apresentar-se o transexual com roupas do sexo oposto. Referimo-nos especialmente

85. Paula Grossman, transexual que se transformou em mulher (anteriormente Paul Grossman), mantinha, por muitos anos, a posição de professor de música na escola primária de Bernards Township. Após a mudança de sexo, foi suspensa, sem pagamento, pela Secretaria de Educação. A decisão do tribunal foi pela inadequação de tal pessoa para a profissão do ensino, não quanto aos seus conhecimentos sobre a matéria, mas em razão da influência psicológica sobre as crianças, que tinham conhecimento de sua mudança de sexo, o que, para a hipótese, constituiu-se em uma incapacidade. O tribunal, contudo, circunscreveu essa incapacidade somente para aquela escola, naquele lugar particular. Mas a esperança de ensinar em outros lugares seria ilusória, pois Paula Grossman não podia esconder a mudança de sexo em seus documentos oficiais. O tribunal outorgou-lhe o pagamento atrasado e o direito de pedir uma pensão por incapacidade. Como, porém, fazer valer esse direito se ela não apresentava nenhuma incapacidade mental ou física? O tribunal, porém, não aceitou a alegação de discriminação quanto ao sexo nem o argumento relativo à igualdade de proteção, afirmando que os direitos e necessidades dos menores opor-se-iam terminantemente aos do transexual.

The Law and Transsexualism, Connecticut Law Review, v. 7:288.

ao transexual masculino para feminino e, também, às legislações onde tal prática seja criminosa.⁸⁶

Grande parte das clínicas que oferecem tratamento ao transexual recomenda que ele se vista com as roupas do sexo oposto e que viva de acordo com esse sexo durante, mais ou menos, dois anos antes da cirurgia. Esta medida serve como diagnóstico, provando a sinceridade do transexual e facilitando o seu ajustamento social após a cirurgia.⁸⁷

Atualmente tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, a lei considera que toda a atividade sexual privada, quer entre heterossexuais, quer entre homossexuais, entre adultos que livremente consentem, não envolvendo corrupção de menores, não ofende a lei criminal. Em outras palavras, estão excluídas da esfera da lei penal todas as práticas sexuais privadas que não envolvam coação, corrupção de menores ou ofensa ao pudor público.⁸⁸

É esta também a situação perante a lei penal brasileira, no que respeita à liberdade sexual do transexual, sem querermos, neste passo, entrar em consideração sobre os crimes que possam, eventualmente, ser praticados contra os transexuais.

86. Nos Estados Unidos, para evitar que o transexual, durante o período pré-operatório, quando vestir roupas do sexo oposto, seja detido pela polícia, é necessário que tenha consigo uma declaração do médico sob cujos cuidados se encontra, redigida nos seguintes termos:

"A quem possa interessar:

Esta certifica que João de Tal, residente....., está sob tratamento de condição neuroendocrinológica, conhecida como transexualismo. Está autorizado a viver e vestir-se como mulher, usando o nome de Joana de tal, durante a fase pré-operatória do tratamento. O Sr. ou Sra. de Tal não tem inclinações criminosas e o seu transvestismo não tem o propósito de fraudar ou causar dano a qualquer indivíduo"

An Outline of Medical Management of the Transsexual, Erickson Educational Foundation Publication.

Gutheil, E. A., *The Psychologic Background of Transsexualism and Transvestism* Am. J. Psychoter, 8, 231, 1954 (notas bibliográficas).

Hirschfeld, H., *Sexual Pathologie*, Marcus - Weber, Bonn (1918) (notas bibliográficas).

Lukianovicz, N., *Transvestism and Psychosis* *Psychiat. Neurol.*, 138, 64, 1959 (notas bibliográficas).

87. Lukianovicz, N., *Survey of Various Aspects of Transvestism in the Light of our Present Knowledge* - J. Nerv. Ment. Dis., 128, 36, 1959 (notas bibliográficas).

88. *The Connecticut Law Review*, 1975.

The Weekly Law Reports, p. 1.306, 1970.

Randel, J. B., *Transvestitism and Trassexualism*, Brit. Med. J. 2:1448, 1959 (notas bibliográficas).

Em outras áreas do Direito Penal (e aqui nos referimos expressamente ao Título VII da parte especial do Código Penal *Dos Crimes contra a Família*) poderá o transexual praticar atos que o tornem incurso nos crimes definidos pelos arts. 236 e 237, do mesmo Código.

Se não quisemos abordar os crimes que, porventura, possam ou pudessem ser cometidos contra o transexual na área dos crimes contra os costumes, uma vez que o tratamento dessa questão envolveria a própria discussão do sexo do transexual, após a cirurgia de conversão, não hesitamos em fazer referência aos crimes cometidos contra o transexual na esfera das lesões corporais (Título I da parte especial do Código Penal *Dos Crimes contra a Pessoa*).

O dr. Paul M. Packman, professor de Psiquiatria da Universidade de Washington, EUA, afirma: “*não há dificuldades legais e a operação cirúrgica nos transexuais não é considerada com causadora de graves lesões corporais*”.⁸⁹

Contudo, embora não exista lei que, especificamente, proíba a cirurgia de redeterminação sexual, nenhum membro do Ministério Público nos EUA, deixa de informar ao médico ser tal operação ilegal e enquadrada pelo “*Mayhem Statute*”⁹⁰

Destaca-se que, seja qual for o fundamento da licitude do tratamento médico-cirúrgico (estado de necessidade; consentimento do interessado, exercício de um direito profissional, autorização legal, interesse social, costume, etc.), a conclusão emergente coincidirá no essencial, ou seja, a ilicitude da atuação médico-cirúrgica.

Poderia parecer, à primeira vista, num exame menos profundo, que, no caso da cirurgia de conversão, fosse suficiente o consentimento do paciente para legitimar o exercício regular de uma faculdade do médico.

Mas, abordando a questão do consentimento do titular do bem, devemos lembrar que esta questão não é pacífica como causa da exclusão do ilícito. Muito se tem discutido quanto aos direitos sobre a própria pessoa e, conseqüentemente, se existe um direito subjetivo sobre o próprio corpo, que possa ser concebido como um direito de propriedade ou simplesmente um direito pessoal de disposição nos limites impostos pela lei.

89. Declarações juntadas aos autos do processo 20/76 da 17ª Vara Criminal do TJSP.

90. Block, Norman L.; e Tessler, Arthur N., *Transsexualism and Surgical Procedures*. Reprint *Medical Aspects of Human Sexuality*, 1973.

Asseguram alguns autores que esta questão foi sanada pelo Novo Código Civil italiano que, em seu art. 5º, preceitua: “*os atos de disposição do próprio corpo são proibidos quando causem uma diminuição permanente da integridade física ou quando sejam por outro modo contrários à lei, à ordem pública e aos bons costumes*” Essa norma se refere àqueles atos de disposição que se concretizam no “consentimento do titular do direito” mas esse consentimento não pode ser contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

Examinando o preceito acima, Adriano de Cupis⁹¹ nos ensina que é de interesse público a tutela à integridade física dos indivíduos, na medida em que tal integridade constitui condição de vivência normal, de segurança, de eficaz desenvolvimento da atividade individual profícua.

O direito à vida e à integridade corporal é irrenunciável e não suscetível de disposição, razão pela qual Emilio Ondei⁹² confirma a invalidade absoluta do negócio jurídico, gratuito, oneroso, bilateral ou unilateral, que atribui a terceiro um poder jurídico, quando contrário à lei, à ordem pública ou ao bom costume. Os autores italianos, assim, consideram que, quando as lesões corporais são contrárias ao estipulado no art. 5º do C.C. italiano, o interesse público não pode consentir que o exercício do direito de punir do Estado dependa de um ato de vontade particular.

Fazemos referência a “*L’Indice Penale*”, o qual não trata da matéria, pelo menos durante maio a agosto do ano de 1973.⁹³

Foi decidido por tribunais argentinos que “*para excluir a antijuridicidade de uma operação cirúrgica de mutilação ou incapacidade física ou psíquica não é válida a autorização do paciente*”⁹⁴

Portanto, ninguém pode autorizar que o mutilem ou o incapacitem física ou psicologicamente, já que a tutela penal não implica aqui em um simples direito subjetivo, mas em um interesse social e público; o lesado, cuja integridade psicofísica é o objeto material da ação, carece da faculdade de decidir sobre o objeto da proteção que pertence igualmente à sociedade, resultando imputável, ainda que a

91. Cupis, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Moraes Editora Lisboa, p. 69, 1961.

92. Ondei, Emilio, *Le Personne Fisiche e i Diritti della Personalità* (notas bibliográficas).

93. *L’Indice Penale*, Edizioni Cedam, Padova, anno VII - n. 2 - maggio-agosto, 1973.

94. *Jurisprudência Argentina*. Série contemporânea, 1970.

lesão seja consentida, porquanto a integridade corporal do indivíduo é um bem indisponível.

José Severo Caballero, doutrinador argentino, inspirando-se na doutrina italiana a respeito do direito de exercício da profissão médica, afirma *“se não for contrário ao direito como unidade, pois a proteção da integridade física das pessoas é de ordem pública, sem subordinar-se à vontade individual, salvo exceções expressas, porque são nulos os atos de disposição de partes do próprio corpo por carecer de objeto a ser contrário à moral e à ordem pública.”*

Para José Castan Tobeñas o próprio corpo é uma das coisas que não está no comércio dos homens (*extra commercium*) e, portanto, está excluído dos contratos.

A lei argentina n. 17.132, de 24/01/67, ao estabelecer as obrigações dos profissionais em Medicina, estatui, em seu art. 19, inciso 4: *“não praticar intervenções cirúrgicas que modifiquem o sexo do paciente, salvo autorização judicial”*

Pergunta-se: o médico que efetuou cirurgia em transexual poderia obter absolvição alegando falta de dolo? O doutrinador argentino Roberto A. M. Teran Lomas esclarece que *“o único meio para se chegar à absolvição, no âmbito da culpa, seria a invocação de um erro essencial, fundado na confusão entre um homossexual e um intersexual”*⁹⁵

Continuando a dissertar sobre a questão do consentimento, o doutrinador espanhol Cuello Calón, comentando o Código Penal espanhol, argumenta que *“a legitimidade do exercício profissional não se refere à atuação dentro de certos limites, mas principalmente ao exercício da profissão com um fim legítimo: assim o médico que pratica uma intervenção cirúrgica para salvar a vida de um enfermo, age legitimamente, pois a salvação de uma vida é um fim legítimo, mas quem esteriliza ou procede a ablação do sexo de uma pessoa, mesmo com o seu consentimento, comete um fato delituoso, porque sua atuação é ilegítima”*

No Brasil, os doutrinadores Nelson Hungria e Aníbal Bruno são concordes quando ensinam não valer o consentimento, quando o bem jurídico tem por titular o Estado, ou representa um valor coletivo, ou a sua proteção transcende

95. Idem.

do domínio exclusivo do interesse privado, sendo a vontade de seu titular insuficiente para decidir da sua disposição.⁹⁶

O Código Civil brasileiro, no seu art. 1.545, previu a responsabilidade civil do médico, exigindo que esse profissional exerça sua arte segundo os preceitos estabelecidos e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes, bens inestimáveis que a ele são confiados com o pressuposto de zelar por eles.⁹⁷

No caso do transexual, levando em consideração tudo o mais que acima foi exposto, verificamos que não pode validamente dispor do direito lesado, ou seja, do direito à sua integridade física, e, por sua vez, o cirurgião que se propusesse a efetuar a operação de conversão, valendo-se do consentimento vedado do transexual, não conseguiria afastar de si a responsabilidade criminal, pois que caracterizada estaria a antijuridicidade do ato.

2. A Lei Magna

A Lei Magna se propõe a assegurar a liberdade individual no campo da política, da moral, da religião, do trabalho, da propriedade, da intimidade do lar e, acima de tudo, a vida. E isto o faz em razão de princípios basilares aceitos universalmente. Não estipula especificamente sobre a liberdade do homem de dispor de seu próprio corpo. Mas infere-se que, sendo a incolumidade do corpo de cada indivíduo de suma importância para ele próprio, a merecer tutela especial do Estado, não tem o indivíduo, dentro do atual ordenamento jurídico, a liberdade de dispor do próprio corpo.

Tecendo comentários à Lei Magna de 1967 em seu art. 153, Pontes de Miranda faz referências ao conceito de liberdade, dizendo que esta existe para o indivíduo, mas, quando este é lesado por ela, o Estado vem em sua proteção, para ampará-lo. Donde se pode inferir, mais uma vez, que não é dada ao indivíduo a liberdade de dispor do próprio corpo.⁹⁸

96. Hungria, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, v. V., Revista Forense, Rio de Janeiro, p. 128.

Bruno, Anibal, *Direito Penal - Parte Geral*, tomo 2, p. 17.

97. Machado, Paulo Affonso Leme, *A Responsabilidade Médica Perante a Justiça*, R.T. 494/245.

98. Miranda, Pontes de, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*, tomo IV, p. 617.

VII - Conclusões

A leitura deste trabalho deixa claro que a área do transexualismo, sob o aspecto legal, é caótica e contraditória, e, como tal, se apresentam as decisões dos tribunais americanos em questões trazidas à sua apreciação, gerando inúmeras dúvidas, mais do que esclarecendo-as ou dando-lhes soluções.

Os nossos tribunais, como já mencionamos, não admitem a averbação da mudança do sexo e do nome no caso dos transexuais e voltam-se contra o médico que haja praticado essas operações de conversão sexual, enquadrando-o no art. 129 do Código Penal.

O transexualismo apresenta-se como verdadeiro desafio ao sistema legal.

Os estudiosos da questão já disseram que não é a lei que decidirá sobre o sexo do indivíduo, mas que o sistema legal deve seguir os pronunciamentos da Medicina, que deveria ser o seu instrumento.

O que se verifica, porém, é que o conteúdo médico do problema do transexualismo diminui à medida que predomina o conteúdo legal, visto que a determinação do sexo para efeito do registro de nascimento, *status* marital, *status* de parentesco, etc. são problemas essencialmente legais. Pode-se dizer que a Lei não deve se opor ao julgamento médico quanto ao diagnóstico e ao tratamento, mas a Medicina não pode decidir quanto ao posicionamento do transexual em face dos vários contextos legais.

E o que se verifica, ainda, é que o transexualismo não tem, por parte do sistema legal, a aceitação que se poderia esperar à vista da substancial literatura sobre o problema. Uma das maiores formas de oposição a tal aceitação advém do temor de que as facilidades legais para a mudança de sexo possam engendrar operações para a satisfação de caprichos momentâneos. Proclama-se ainda que é diminuto o número de indivíduos nos quais o problema se manifesta.

Isto nos leva a crer que a cirurgia não deva ser adotada como solução do problema do transexualismo, especialmente porque, como já mencionamos em outra parte deste trabalho, ela não transforma realmente uma pessoa de um sexo em uma pessoa do outro sexo, nem mesmo externamente, pois a técnica cirúrgica, por mais aprimorada que seja, nem de longe consegue reproduzir os órgãos naturais do indivíduo. Tampouco consegue a cirurgia, atualmente, realizar transplantes de

órgãos sexuais internos, razão por que, da operação, resultam sempre indivíduos estéreis.

Não queremos afirmar que a esterilidade, por si só, possa erigir-se em argumento decisivo contrário à cirurgia de conversão, e, embora não podendo negá-la como conseqüência necessária dessa cirurgia, afigura-se-nos como mais um argumento a demonstrar a imperfeição dessa solução.

Outro argumento seria o transexualismo tratar-se de uma doença de personalidade, não sendo passível de erradicação por meio da cirurgia.

Seria de supor que, muito cedo, iria o transexual pós-operado convencer-se da inutilidade de seu gesto para consecução de seus objetivos, não-só pela impossibilidade de levar uma vida normal, como ainda pelas dificuldades pessoais de toda ordem, que, fatalmente, iria enfrentar por toda a sua vida, sendo sempre objeto de espanto, curiosidade, escárnio, desprezo, asco e de outros mais sentimentos de que seja capaz a alma humana. Cremos que a sua angústia aumentará em face da irreversibilidade da situação. E poderá tornar-se muito mais infeliz que antes da cirurgia.

Não negamos que, ao transexual, devam ser dadas condições para a adaptação ao meio social. Achamos, simplesmente, que a cirurgia não é o meio de consegui-lo. Preferimos optar por uma regulamentação de tratamento que deveria ser proporcionado ao transexual em clínicas especializadas.

O fato de não existir ainda tratamento efetivo para o transexualismo não nos parece seja argumento definitivo para que se adote a cirurgia como solução de seu problema, visto que, como procuramos mostrar, ela não o é.

Ao contrário, parece-nos que deve a Psicanálise intensificar suas pesquisas, talvez alterar seus métodos, para buscar na mente a solução de um problema mental, muito embora se afirme que os transexuais são indivíduos psicologicamente sãos, isto é, não evidenciam psicoses, esquizofrenia ou outras doenças mentais sérias. Essa afirmação, todavia, parece refletir menos uma verdade do que um atraso no conhecimento das manifestações psíquicas do indivíduo e da maneira de apreciá-las ou corrigi-las.

A cirurgia de conversão, portanto, deveria ser explicitamente proibida. Não se pense que esta opinião tem puramente a finalidade de resolver problemas legais, da mais variada ordem, de maneira simplista. Ao contrário, vemos na proibição uma proteção ao indivíduo, uma tentativa de impedir seu sofrimento após

a cirurgia, uma tentativa de impedir sua ação talvez precipitada e impensada e irreversível.

Pelas mesmas razões, e, como maneira efetiva de impedir a prática de tal cirurgia, deveria o Código Penal definir como crime a automutilação, sem relevante razão de direito, bem como a submissão voluntária à cirurgia que trouxesse consigo aquela consequência.

Embora compreendamos que em outros países esta questão já ultrapassou o campo experimental e que existe um hiato entre as normas jurídicas e o estágio médico atual, consideramos que cabe ao legislador elaborar leis que regulem esta situação.

Tendo pesquisado, examinado e refletido a respeito dos fatos aqui expostos, tivemos a preocupação de, na medida das nossas possibilidades, apresentar uma contribuição ao estudo de um problema que, aos poucos, se avoluma.

Não temos a veleidade de ter alcançado todos os aspectos do complexo problema, pois sabemos das nossas limitações, num trabalho isolado, mas esperamos ter fixado uma posição que possa servir para intensificar o interesse neste campo do comportamento humano.

Este trabalho não teria sido elaborado sem a contribuição profícua dos queridos mestres professor Washington de Barros Monteiro e professor João Baptista de Oliveira e Costa Júnior, dos meus prezados colegas dr. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e dr. Cândido Rangel Dinamarco e, mais, do dr. Leonardo Frankental e do dr. Arnaldo C. Sandoval, que enriqueceram minhas fontes de pesquisa, colocando, à minha disposição, selecionada bibliografia.

A todos eles, os meus mais profundos agradecimentos.

BIBLIOGRAFIA

Afirmções feitas em cartas juntadas ao processo criminal n. 20/76 da Vara Criminal.

Almeida Jr. *Medicina Legal*. Editora Nacional. *Anglo American Law Review*, 1973.
An Outline of Medical Management of the Transsexual - Erickson Educational Foundation Publication.

Arizona Reviewed statute annotated, 1976.

Associação Paulista de Medicina. *O Médico Paulista*, public. da 1ª quinzena de dezembro de 1976.

Atlantic Reporter, 2 ed.

Benjamin, H. *The Transsexual Phenomenon*, New York: *The Julian Press*, 1966.

Benjamin, H. e Ihlenfeld, Charles L. - *The nature and treatment of transsexualism*, *Reprint Medical Opinion of Review*, v. 6, n. 11, 1970.

_____ *Transexualismo*, *American Journal of Nursing*, v. 73, n. 3, 1973.

Block, Norman L.; e Tessler, Artur, N. *Transexualismo and surgical procedures* *Reprint Medical Aspects of Human Sexuality*, 1973.

Brent, Gail - *Some Legal Problems of the Post Operative Transsexual* - *Journal of Family Law*, v. 12, 1972-1973.

Bruno, Aníbal - *Direito Penal - Parte Geral* Tomo 2 - p. 17.

Canadian Medical Association Journal - 1970.

Change of sex on Birth certificates for transsexuals - *Bulletin of New York Academy of Medicine* - v. 42 - n. 8, 1966.

Código de Ética Médica.

Coelho, Vicente de Faria *Nulidade e Anulação do Casamento* - Freitas Bastos, p. 27.

Cunnam and Shapiro - *Law, Medicine and Forensis Science* p. 836 - 2 ed., 1970.

Cupis, Adriano de - *Os direitos da personalidade* - Lisboa, 1961.

Declarações juntadas aos autos do processo 20/76 da 17ª Vara Criminal do TJSP.

Dinamarco, Candido Rangel, *Razões da Apelação do Dr. Curador do R.P.* Processo n. 1.118/70, acórdão public. RT 444.

Drake, Donald C. - *Crossing the sex Barrier* - *Science Revue World*, 1974.

Epps Dorina Rossetta G. Depoimento constante de processo criminal n. 20/76 da 17ª Vara Criminal de S. Paulo.

Ética Médica e Lei Penal - *O Estado de S. Paulo*, em 12.03.1976.

Fávero, Flaminio - *Medicina Legal* - Martins Editora - 2º v., p. 187.

Federal Legislation Prohibiting Discrimination on the Basis of affectional or sexual preference. By the Special Committee on sex and law - p. 363.

França, Rubens Limongi - *Do Nome Civil das Pessoas Naturais* Rev. dos Tribunais - p. 193.

Guidelines for Transsexuals - Erickson Educational Foundation Publication.

Hamilton William e Walker, David W. *Gender - Quaestio Ovid Juris?* *Médecine, Science and Law*, 1975.

- Holloway, John P. *Transsexuals and their "legal sex"* - Johns Hopkins Press - Baltimore, 1969.
- Hungria, Nelson - *Comentários ao Código Penal*, v. V Revista Forense - Rio de Janeiro - p. 128.
- Ihlenfeld, Charles L. *When a woman becomes a man* - Sexology Magazine - 1972.
- Instituto Médico Legal de São Paulo - Laudo de exame de corpo de delito juntado a processo criminal n. 20/76 - 17ª Vara Criminal de São Paulo.
- James, Thomas E. PHD - *Legal issues of transsexualism in England*.
Jurisprudência Argentina - Série contemporânea, 1970.
- Kannedy, Ian Mc Coll - *Transsexualism and single sex marriage* - *Anglo American Law Review*, 1973.
- Kouri, Robert P. *Comments on transsexualism in the Province of Quebec* - *Revue de Droit Civil* - Université de Sherbrooke Province of Quebec, 1973.
- Legal aspects of transsexualism* Erickson Education Foundation Publication.
- L'Indice Penale* - Edizioni Cedam - Padova, 1973.
- Lopes, Serpa - *Curso de Direito Civil* v. I, p. 327.
- Machado, Paulo Afonso Leme - *A responsabilidade médica perante a Justiça*, RT 494/245.
- Meyers, David William *Problems of sex determination and alteration*, *Médico Legal Journal*, v. 36, p. 174, 1968.
- Miranda, Pontes de, *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969* - Tomo IV.
- Money, J. e Green, R. *Transsexualism and sex reassignment* - Johns Hopkins Univ. Press, Baltimore, 1968.
- Moore, Keith L., *Intersexuality*, *Canadian Medical Ass. Journal*, 1960.
New York Supplement - N.Y.S. 2d.
O Médico Paulista, Ass. Paulista de Medicina, n. 169.
- Overzier, Claus - *La Intersexualidad*, *Editorial Científico - Médica*, Madrid, 1963.
- Paiva, Luiz Miller de, *Medicina Psicossomática*, p. 69, 1966. Pauly, I. B. *Adult manifestations of male transsexualism*. *Transsexualism and sex reassignment* - Richard Green and John Money, Johns Hopkins Press, Baltimore, 1969.
- Revista de Terapêutica Médica - Ars Curandi* n. 2, 1968.
- Rodrigues Armando Canger *Aspectos Éticos do Transexualismo* Trabalho apresentado no XI Congresso Brasileiro de Cirurgia Plástica - BH, 1974.

- _____. *Transexualismo, transvestismo, homossexualismo e fetichismo* - Trabalho apresentado no X Congresso Brasileiro de Medicina Legal - São Paulo - 1974.
- Saldanha, P. H.; e Olazabal, Luiza Campos *Valor e estudo citogenético no transexualismo* Trabalho apresentado ao Simpósio patrocinado pelo Depto. de Urologia da Ass. Paulista de Medicina, 1975.
- Salgado, Murilo Rezende - *O transexual e a cirurgia para a pretendida mudança de sexo* -, RT 491/241.
- Sarnoff, A. Mednick, do Psykologisk Institut K. benhavn, Denmark.
- Sherwin, Robert Veit *Legal Aspects of male transsexualism* Johns Hopkins Press, Baltimore, 1969.
- Solomon, Philip; e Patch, Vernon D. *Handbook of Psychiatry* - Lange Medical Publication, 1969.
- Sturup, Georg K. *Legal problems related to transsexualism and sex reassignment in Denmark* - Johns Hopkins Press - Baltimore, 1969.
- The Family Law Reporter - The Bureau of national affairs, Inc., 1975.
- The Law and transsexualism - *Connecticut Law Review*, 1975.
- The Weekly Law Reports* New York, 1970.
- Tove, Harold M. M. *Clínicas Obstétricas y Ginecológicas* Nueva Editorial Interamericana, 1973.
- Transsexualism Médico Legal, 1968.
- Transsexuals in Limbo, *Maryland Law Riview*, 1971.
- Transsexualism sex reassignment surgery and the Law* Cornell Law Review, 1971.
- U.S. Supreme Court Proceedings *The Family Law Reporter*, v. n. 17, 1975.
- Walinder, Jan - *Medico Legal Aspects of Transsexualism in Sweden* Johns Hopkins Press - Baltimore, p. 461, 1969.
- Walinder, J.T. - *A law concerning sex reassignment of transsexuals in Sweden* - 1976.
- Walton, Terrence - *When is a woman not a woman?* *New Law Journal*, 1974.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bekendtgereese om sterilisation of kastration - Justits Ministeriets, 1976.
- Ehrhart, A. A. *Transsexualism and cirurgical procedures*.

- Gutheil, E. A. *The psychologic background of transsexualism and transvestism*
Am. J. Psychoter., 1954.
- Hirschfeld, M. - *Sexual anomalies and perversions* (London: F. Alder, 1936).
- Krafft-Ebing, R. *Psychopathia Sexualis, Milano*, 1953.
- Lukianovicz, N. - *Survey of various aspects of transvestism in the light of our
present knowledge* - J. New Ment. Dis., 1959.
- Lukianovicz, N. *Transvestism and psychosis* - Psychiat. Neurol., 1959.
- Ondei Emilio - *Le persone fisiche e i diritti della personalità*.
- Randel, J. B. *Transvestitism and transexualism* - Brit. Med J., 1959.
- Sadi, Afiz - *Urologia*, 1975.

DIREITO DO ESTADO

NORMAS GERAIS E COMPETÊNCIA CONCORRENTE

Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal

Tércio Sampaio Ferraz Júnior

Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

A noção de norma geral não conhece, na doutrina, uma definição adequadamente operacional. Por ser, logicamente, termo correlativo, *geral* só se define em face do seu oposto e vice-versa. Levando-se em conta que generalidade, no caso das normas, pode ser um atributo ligado tanto ao número de destinatários quanto à matéria normativa, pode-se perceber que o assunto, na ordem constitucional, exige análise acurada.

Abstract:

The notion of general now does not have, in the science of law, a proper definition. Since general is logically a correlative term, it can only be defined in accordance with its opposite and vice-versa. Taking into account that generality with regards to norms is something that can be related to the number of people targeted by them, as well as to the normative subject, it can be noticed that this matter, in the constitutional field, demands an accurate analysis.

1. É de longa data que a expressão *normas gerais* vem trazendo problemas doutrinários aos intérpretes da Constituição. Isto, por exemplo, no que se referia ao correto entendimento, na Constituição de 1946, da expressão *normas gerais de direito financeiro* (art. 8º, XV, b), ou, na Constituição de 1967, da expressão *normas gerais de direito tributário* (art. 19, § 1º) que aparecia também na Emenda n. 1 de 1969 no art. 18, § 1º Para além das divergências sobre o conteúdo destas normas, a questão formal ocupava igualmente uma posição destacada nas disputas.

2. Neste último aspecto, o trabalho pioneiro é o de Carvalho Pinto (*Normas Gerais de Direito Financeiro*, ed. Prefeitura do Município de São Paulo, 1949, p. 24), que ensaia uma delimitação por via negativa, conduzindo o raciocínio com base no argumento *a contrario*, nos seguintes termos: “a. *não* são normas gerais as que objetivem especialmente uma ou algumas dentre várias pessoas congêneres de direito público, participantes de determinadas relações jurídicas; b. *não* são normas

gerais as que visem, particularizadamente, determinadas situações ou institutos jurídicos, com exclusão de outros, da mesma condição ou espécie; c. *não* são normas gerais as que se afastem dos aspectos fundamentais ou básico, descendo a pormenores ou detalhes” (grifei).

3. Na Constituição de 1988, a questão torna-se agudamente significativa, em face do conjunto de regras estabelecidas nos parágrafos do art. 24. É o seguinte o teor do art. 24:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II - orçamento;

III - juntas comerciais;

IV - custas dos serviços forenses;

V produção e consumo;

VI florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX - educação, cultura, ensino e desporto;

X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI - procedimentos em matéria processual;

XII previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII - assistência jurídica e defensoria pública;

XIV proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV - proteção à infância e à juventude;

XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º *Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.*

§ 4º - *A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.*”

O § 1º traz, como regra geral, que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União deve limitar-se ao estabelecimento de *normas gerais*. *A contrario sensu*, a competência dos Estados e do Distrito Federal, nas matérias enumeradas nos dezesseis incisos do *caput*, é para o estabelecimento de normas particulares, devendo-se lembrar que o § 2º, ao conferir à União a competência para legislar sobre normas gerais, determina que não fica excluída a “*competência suplementar*” dos Estados.

4. Faz mister examinar estes conceitos. Principiemos pela noção de *competência*. Trata-se de uma forma de poder jurídico, isto é, de exercício impositivo de comportamentos e relação de autoridade regulado por normas. Estas normas, segundo Alf Ross (*Logica de las Normas*, 1968), são “*normas de competência*”, em oposição a “*normas de conduta*”. Ao estabelecer esta forma de poder jurídico, a norma de competência enuncia também (ou lhes alude) as condições necessárias para o exercício: as que delimitam qual o sujeito qualificado (competência pessoal), qual o procedimento (competência procedimental) e o alcance possível em face dos sujeitos passivos, sua situação e seu tema (competência material). Fora destes limites, os atos de exercício são nulos e a norma criada for força deles é inválida. As normas de competência que estatuem as chamadas competências públicas criam um poder heterônomo, isto é, cujo exercício é um *munus publicum* qualificado, isto é, restrito para certos e determinados sujeitos, e, por ser qualificado, não-transferível, podendo apenas e eventualmente ser delegado (sobre *competência* cf. Ferraz Jr., *Competência Tributária Municipal*, *Revista de Direito Tributário*, Ano 14, julho-setembro de 1990, n. 53, p. 82).

5. As competências do Estado federal são repartidas horizontal e verticalmente. A repartição horizontal ocorre pela atribuição a cada ente federativo de uma área reservada, que lhe cabe, então, disciplinar em toda a sua extensão. A repartição vertical distribui uma mesma matéria em diferentes níveis (do geral ao particular) e a reparte entre os entes federativos. No primeiro caso (horizontal), as competências ou são comuns ou são privativas. No segundo (vertical), temos a competência concorrente. Para disciplinar a competência concorrente há duas

técnicas conhecidas: a cumulativa, pela qual os entes podem avançar na disciplina das matérias desde que o que lhes é considerado superior não o faça (não há limites prévios, mas a regra da União prevalece, em caso de conflito); a não-cumulativa, em que, previamente, as matérias estão delimitadas por sua extensão (normas gerais e particulares) (cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, p. 98 ss.).

6. A Constituição Federal de 1988 conhece tanto a repartição horizontal quanto a vertical. No plano horizontal, o art. 22 enuncia o campo de competência privativa da União; o art. 30, o da competência privativa dos Municípios; o art. 25, § 1º, a competência (privativa) residual dos Estados; e o art. 23, a competência comum da União dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Por sua vez, por exemplo, o art. 5º, XXII (“*O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”), não instaura, por sua índole (rol dos direitos fundamentais), uma competência comum, mas um *dever comum* ao qual corresponde uma *competência concorrente* nos moldes do art. 24.

7. Pelo art. 24, a repartição vertical é não-cumulativa, determinando-se previamente que a União “*limitar-se-á*” a legislar sobre normas gerais quanto às matérias que enumera. É cumulativa no caso do § 4º, que determina a prevalência de norma geral da União, superveniente a norma geral contida em lei estadual. A distinção entre normas gerais e particulares aponta, de início, para um problema de natureza lógica, referente à quantidade das proposições. Do ponto de vista da lógica jurídica, as normas podem ser, quanto à quantidade, *gerais*, *particulares* ou *individuais*. Esta distinção pode ser vista quanto aos destinatários ou quanto aos conteúdos da norma. Uma norma é geral, *quanto aos destinatários*, quando se aplica à universalidade deles, sem distinções. Melhor seria, neste caso, chamá-la de norma *universal*. *A contrario sensu*, ela será *particular*, quando se destina a uma coletividade ou categoria de destinatários. Melhor se fala aqui em norma *especial*. Por fim, é *individual* a que se destina a um único endereçado. *Quanto aos conteúdos*, as normas são *gerais* quando a matéria prescrita se reporta a toda e qualquer ocorrência da espécie (*facti species*, fato gerador, hipótese de incidência). *Particular*, quando a matéria assinala apenas um grupo ou parte da espécie. *Individual*, ou melhor, *singular*, quando sua matéria delimita um único caso.

Esquemáticamente, temos:

Quanto ao *destinatário*: normas universais (todos)
normas especiais (alguns)

normas individuais (um único)
 Quanto ao *conteúdo*: normas gerais (totalidade dos casos)
 normas particulares (alguns casos)
 normas singulares (um único caso)

Assim, em princípio, do ponto de vista lógico, quando o texto constitucional atribui à União competência para legislar sobre “*normas gerais*” a linguagem constitucional pode estar tratando de normas gerais pelo conteúdo, ou de normas universais, isto é, gerais pelo destinatário, cabendo aos Estados e Distrito Federal, correspondentemente, a competência para o estabelecimento de normas especiais e individuais (conforme o destinatário) ou particulares e singulares (conforme o conteúdo).

8. A lógica, porém, ajuda mas não resolve inteiramente a questão interpretativa. A expressão constitucional - normas gerais - exige também uma hermenêutica teleológica. Sob o mencionado aspecto lógico sempre será possível dizer que, por exemplo, quanto ao conteúdo, normas gerais prescrevem princípios, diretrizes sistemáticas, temas que se referem a uma espécie inteira e não a alguns aspectos, mas isto é insuficiente para reconhecer quando estamos diante de uma norma geral ou de uma particular. Sempre restarão dúvidas, no caso concreto, para aplicar o critério estritamente lógico-formal. Deste modo, para o intérprete, a necessidade de se analisar o conteúdo num contexto finalístico se impõe. Assim, do ângulo teleológico, a distinção há de se reportar ao interesse prevalecente na organização federativa. A federação brasileira, já pelo disposto no *caput* do art. 1º, já pela ênfase na solidariedade, na redução das desigualdades regionais, na garantia de um desenvolvimento nacional (art. 3º) aponta muito mais para um federalismo do tipo *cooperativo*, que exige a *colaboração* dos entes federativos e confere, correspondentemente, menor importância à separação e independência recíproca entre eles. Até formalmente, a mudança da expressão “Estados Unidos do Brasil” usada ainda em 1946, para “República Federativa do Brasil” mostra, historicamente, este objetivo.

9. Ora, o federalismo cooperativo vê na necessidade de uniformização de certos interesses um ponto básico da colaboração. Assim, toda matéria que extravase o interesse circunscrito de uma unidade (estadual, em face da União; municipal, em face do Estado) ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas num âmbito

autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral.

10. Pelo art. 24, § 2º e § 3º, duas situações, ademais, merecem atenção. O § 3º regula o caso de inexistência de lei federal sobre normas gerais, ou seja, de lacuna. A Constituição Federal, ocorrendo a mencionada inexistência, autoriza o Estado federado a preenchê-la, isto é, a legislar sobre normas gerais, mas apenas para atender a suas peculiaridades. O Estado, assim, passa a exercer uma competência legislativa *plena*, mas com função *colmatadora* de lacuna, vale dizer, apenas na medida necessária para exercer sua competência própria de legislador sobre normas particulares. Ele pode, pois, legislar sobre normas gerais naquilo em que elas constituem condições de possibilidade para a legislação própria sobre normas particulares. Tais normas gerais estaduais com função colmatadora por isso mesmo só podem ser gerais quanto ao conteúdo, mas não quanto aos destinatários: só obrigam nos limites da autonomia estadual.

11. Diferente, a nosso ver, é a situação do § 2º, em que, inobstante a competência privativa da União e até supondo-a exercida (não há, pois, inexistência ou lacuna de normas gerais), garante aos Estados a chamada competência *suplementar*. Esta competência, aliás, também é conferida aos Municípios (art. 30 II) que, no entanto, *não* participam da competência concorrente. Que significa, então, o constituinte com esta competência?

12. A competência suplementar não se confunde com o exercício da competência plena "*para atender a suas peculiaridades*" conforme consta do § 2º, que é competência para editar normas gerais em caso de lacuna (inexistência) na legislação federal. Não se trata, pois, de competência para editar normas gerais eventualmente concorrentes. Se assim fosse, o § 3º seria inútil ou o § 3º tornaria inútil o § 2º. Além disso, é competência também atribuída aos Municípios *que estão, porém, excluídos da legislação concorrente*. Isto nos leva a concluir que a competência suplementar não é para a edição de legislação concorrente, mas para a edição de legislação decorrente, que é uma legislação de regulamentação, portanto de normas gerais que regulam situações já configuradas na legislação federal e às quais não se aplica o disposto no § 4º (ineficácia por superveniência de legislação federal), posto que com elas não concorrem (se concorrem, podem ser declaradas inconstitucionais). É pois competência que se exerce *à luz* de normas gerais da União e não na falta delas.

13. O problema, aqui não resolvido, é o que deve fazer o Município em caso de inexistência de normas gerais, da União ou do Estado. Se ele não pode exercer a competência plena com função colmatadora, pode, não obstante, editar as suas normas particulares? Por exemplo, na ausência de legislação estadual, pode ele criar, organizar e suprimir distritos (art. 30 - IV)? A nosso ver sim, mas não por intermédio da edição da norma geral que lhe falta (exercício de competência plena com função colmatadora) e sim por meio de outros instrumentos de preenchimento de lacuna (analogia, princípios gerais de direito, costume). Agir como se legislador (estadual) fosse, isto lhe é vedado.

14. Em suma, na legislação concorrente, a União possui competência limitada ao estabelecimento de normas gerais; os Estados e o Distrito Federal detêm a competência residual para o estabelecimento de normas particulares, competência que lhes é prevista, e, em caso de lacuna - inexistência - de normas gerais, competência plena (normas gerais e particulares) com função colmatadora (isto é, estabelecimento de normas gerais apenas na medida em que estas sejam exigidas para a edição de normas particulares e, obviamente, válidas só no seu âmbito de autonomia). A superveniência de normas gerais federais, porém, torna *ineficazes* (mas não *inválidas*) as normas gerais estaduais com função colmatadora. A despeito das regras sobre a legislação concorrente, Estados e Distrito Federal, mas também os Municípios, mesmo estes, que dela não participam, têm ainda a competência suplementar, que os autoriza a estabelecer normas gerais não-concorrentes, mas decorrentes das normas gerais federais; por isso, aliás, esta competência só pode ser exercida *em havendo* normas gerais da União (não serve para preencher lacunas), devendo existir compatibilidade entre elas (gerais da União e dos Estados/DF) sob pena de *invalidade* (inconstitucionalidade).

REFORMA CONSTITUCIONAL EM PERÍODO DE GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

*José Eduardo Campos de Oliveira Faria**

Professor Associado do Departamento de Filosofia e de Teoria Geral do Direito
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Pesquisador do Centro de Estudos Direito e Sociedade da USP (Cediso)

Resumo:

Este trabalho discute o impacto da globalização econômica sobre alguns dos pilares da engenharia institucional forjada pelo constitucionalismo, no século XIX, como é o caso dos princípios da soberania e do monismo jurídico. Seu objetivo é mostrar como a globalização econômica levou à erosão não-só do Welfare State, de feições keynesianas, mas do próprio Estado liberal-clássico, que se limitava a oferecer as regras do jogo e a assegurar a segurança do direito.

Abstract:

The purpose of this article is to evaluate the impact of economic globalization on the institutional apparatus created and forged by constitutionalism, in the last century, basically on the principles of sovereignty and legal “monism”. The article aims to demonstrate as economic globalization led to the gradual erosion of the Keynesian or Welfare State as well as the classic liberal State, organized and grounded on the ideological primacy of “law’s security”.

Por causa de sua formação tradicionalmente normativa e formalista, algumas conhecidas entidades representativas dos operadores do direito - como a OAB - jamais esconderam sua antipatia pela tese da “desconstitucionalização” definida por economista do governo, mediante a eliminação de capítulos e artigos controversos da Carta em vigor e a posterior regulação das matérias por eles disciplinadas com base em leis ordinárias aprovadas por maioria simples. Não se trata de uma resistência determinada por motivos de ordem ideológica, ou seja, por discordância das linhas programáticas com relação aos projetos formulados no âmbito do Executivo e encaminhados ao Legislativo. Trata-se, isto sim, de uma

* Autor de *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo, Malheiros, 1994; *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, São Paulo, Malheiros, 1994; e *Justiça e Conflito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

questão de princípios doutrinários: a aversão à tese “desconstitucionalização” parte da premissa de que intocabilidade da Carta seria sinônimo de desenvolvimento institucional por excelência. Isto porque, ao dispensar tratamento “técnico-constitucional” às matérias que os economistas consideram controvertidas em seus aspectos “substantivos” (no campo da previdência, do sistema tributário, da estrutura fiscal, do mercado de trabalho, da organização econômica, etc.) e ao permitir a internalização de suas normas pela sociedade, ela seria uma das importantes salvaguardas da cidadania, impedindo, conseqüentemente, a conversão da legislação ordinária em simples instrumento de governo.

Concebido a partir dos valores básicos do Estado liberal clássico, dos quais se destaca tanto a ênfase ao caráter rigorosamente lógico-formal do ordenamento constitucional quanto aos princípios fundamentais do normativismo jurídico, cujos corolários mais conhecidos são os princípios da constitucionalidade, da legalidade, da segurança do direito, da hierarquia das leis e da unidade sistêmica, o tipo de argumento prevaemente em entidades como a OAB parece ignorar uma importante lição sociológica: quando criados em flagrante descompasso com a realidade social e econômica, direitos formalmente vigentes revelam-se, na prática, potencialmente ineficazes. O excessivo “idealismo” de nossos meios jurídicos costuma impedi-los de compreender essa obviedade; mais precisamente, os impede de ver como as diferentes mudanças ocorridas ao longo do século XX minaram os postulados e as categorias das construções jurídicas herdadas do século anterior, que se caracterizam por identificar as leis como instrumento disciplinar e regulador exclusivo das relações sociais, políticas e econômica.¹

1. Essas construções, afirma Antonio Hespanha, encerraram um projeto de substituição definitiva do pluralismo jurídico pelo monopólio do Estado, em matéria de produção legislativa substituição essa vista como condição básica da democratização política, na dinâmica de um processo de modernização global que também incluía uma administração burocrática-radical, no plano institucional; a consolidação da economia de mercado, no plano econômico; e a conscientização, por parte da coletividade, dos direitos fundamentais, no plano político-cultural. No entanto, diz este autor, ao submeter o paradigma legalista e formalista a um confronto histórico, “*damo-nos conta de que ele corresponde a uma estratégia paradoxal. Ao instituir a lei como forma única de controle social, ele leva a cabo, na verdade, uma enorme redução da panóplia das tecnologias disciplinares disponíveis noutras épocas, mesmo que não consideramos senão aquelas que podem ser subsumidas ao conceito de tecnologias “jurídicas” Isto numa época em que, como nunca, tem vindo a crescer o âmbito de situações a regular. E, para além disso, a “forma legal” constitui uma técnica de controle exigente, requerendo a verificação de uma série de condições sociais, culturais e jurídicas. As estratégias de controle social sofreram, portanto, um afinilamento e, ainda por cima, no sentido de uma via cheia de pontos críticos. A compreensão da atual crise da lei passa pela reflexão crítica sobre o paradoxo inerente a este “paradigma legalista”, enquanto que a chave para a superação da crise pode resistir na restauração de um sistema menos unidimensional de regulação social” Cf. Antonio Hespanha,*

As mudanças mais significativas começaram na década de vinte deste século, com a crise estrutural do sistema financeiro do capitalismo concorrencial e com a expansão das lutas sindicais. Até então, a lei - enquanto comando impessoal, geral e abstrato - pressupunha a “standardização” da vida social, ou seja, a redução das relações políticas, econômicas e sociais simples a “matrizes genéricas”. A partir da década de vinte do século atual, contudo, a progressiva diferenciação da economia e a necessidade de decisões tomadas em ritmos cada vez mais rápidos acabaram inviabilizando essa estratégia controladora, reguladora e disciplinadora; e, à medida que a sociedade industrial se tornou mais tensa e conflitiva, por causa da extrema velocidade das transformações econômicas, foi desaparecendo a correspondência entre a generalidade, a impessoalidade e a abstração da lei e as situações de fato por ela reguladas.

Diante da exigência de respostas específicas a problemas conjunturais e estruturais de caráter econômico, administrativo, comercial, financeiro e social inéditos, por isso mesmo não previstos pelos ordenamentos jurídico-constitucionais de inspiração liberal-clássica, o Executivo foi sendo gradativamente obrigado a assumir parte das funções legislativas e adjudicantes até então detidas, respectivamente, pelo Parlamento e pelo Judiciário. Por causa da decrescente capacidade auto-reguladora do mercado e da crescente heterogeneidade da sociedade, os governos tiveram de exercer um papel cada vez mais controlador, diretivo, coordenador, indutor e planejador.² De simples provedores de serviços essenciais nos campos da educação, segurança, saúde e justiça, por exemplo, eles passaram até mesmo a atuar como produtores diretos de bens e serviços, chegando ao ponto de se tornarem árbitros dos conflitos nos quais também eram parte.

É justamente neste momento que o Estado liberal se converte no Estado-Providência, cuja função básica - na melhor tradição da social-democracia - é promover o crescimento e assegurar algum tipo de proteção jurídica e material aos cidadãos economicamente desfavorecidos. Como vetor tanto do progresso material quanto da Justiça social, o Executivo se converte, assim, em instrumento de consecução de objetivos concretos; seu sistema jurídico é basicamente concebido como técnica de direção gestão e regulação da sociedade; e se, por um lado, todas

Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma, in *Justiça e Letigiosidade*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 13.

2. Cf. Gianfranco Poggi, *The development of The Modern State*, London, Hutchinson, 1987, p. 117-148.

essas mudanças abrem caminho para fenômeno da “publicização do direito”, por meio da expansão desordenada do Direito Administrativo, Tributário, Trabalhista, Previdenciário e Econômico, por outro a continuidade do Direito Privado sem maiores alterações por parte do legislador faz com que a generalidade intrínseca a suas normas se converta numa espécie de “véu ideológico” das diferentes situações de vida.³ Desse modo, o Estado-Providência deixa de ser aquela associação “ordenadora” típica do Estado liberal clássico, que tinha a legitimidade do uso da coação jurídica, renunciando, em contrapartida, a intervir no campo econômico e social; e passa a ser uma associação eminentemente “reguladora”, na perspectiva de um Estado Social de Direito. Esse tipo de Estado chegará ao seu apogeu nos anos 50 e 60, começando a fenecer na década de 70.

Os dois choques do petróleo ocorridos em 1973 e 1979, mudando o custo relativo da energia e, como consequência, deflagrando uma nova crise estrutural do sistema financeiro, desorganizando o modelo econômico de inspiração social-democrata forjado no pós-guerra, provocando uma enorme recessão nos países desenvolvidos, obrigando as grandes empresas a reagirem defensivamente à estagnação das atividades produtivas, instabilizando o comércio internacional e gerando uma revolução tecnológica com o objetivo de reduzir o impacto do custo da energia e do trabalho no preço final dos bens e serviços, põem em cheque tanto as engrenagens decisórias quanto o sistema político-jurídico do Estado-Providência. Com isso, acabam minando ainda mais o primado do equilíbrio entre os poderes e os dispositivos formais do constitucionalismo liberal clássico. Dado o desafio de responder a questões técnicas novas e cada vez mais complexas, o Executivo se vê obrigado a editar sucessivas normas de comportamento, normas de organização e

3. Como afirma Hespanha, analisando essas mudanças na ótica do historiador do direito, a tão decantada crise da lei, a revolta dos fatos contra os códigos e o declínio do direito, fenômenos vistos com imenso pesar pelos civilitas franceses responsáveis por um paradigma de reflexão jurídica estritamente legalista, profundamente enraizado na cultura dos teóricos do direito no Brasil e em Portugal, “*não são tanto o resultado de insuficiências “técnicas” na feitura das leis como o resultado da sobrevivência do legalismo num contexto político, social e cultural que deixou de lhe corresponder. O “fetichismo” típico da mentalidade jurídica atual inverte os dados da questão: começa por transformar a lei no modo de revelação do direito (no “fetiche” do direito); depois, assimila todas as condutas não conformes à lei em condutas antijurídicas; finalmente, conclui que as dificuldades do legalismo são os sinais da desagregação do direito e, logo, da ordem social. Mais produtiva seria estudar, sem preconceitos e sem mitos, quais as atuais funções, limites e tecnologias disciplinares vicariantes da legalidade, ganhando consciência do pluralismo normativo e traçando, a partir daqui, uma estratégia de desenvolvimento da ordem jurídica em que à lei não coubessem senão as funções a que ela pode eficazmente dar realização”* Cf. *Lei e Justiça: história e perspectiva de um paradigma*, ob. cit., p. 23.

normas programáticas que, intercruzando-se continuamente, acabam produzindo inúmeros microssistemas legais e distintas cadeias normativas no âmbito do sistema jurídico.

Por causa dessas sucessivas transformações e dessa produção desordenada de normas jurídicas de diferentes tipos, a tradicional concepção normativista do direito com um sistema lógico-formal fechado, hierarquizado e axiomatizado, típica do constitucionalismo do século XIX, vai sendo substituída pela configuração do direito como uma organização de regras, sob a forma de “redes”, dadas as múltiplas cadeias normativas, com suas inter-relações basilares aptas a capturar, pragmaticamente, a crescente complexidade da realidade sócio-econômica.⁴ Enquanto a concepção de sistema jurídica forjada pelo Estado liberal clássico faz da completude, da coerência formal e da logicidade interna os corolários básicos da ordem legal, o sistema normativo sob a forma “redes” se destaca pela extrema multiplicidade de suas regras, pela enorme variabilidade de suas fontes e pela flagrante provisoriade de suas engrenagens normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais.

Fruto de uma sociedade cada vez mais diferenciada, fragmentada e conflitiva e de um Estado obrigado a desempenhar tarefas múltiplas e na maioria das vezes contraditórias, esse sistema normativo emergente cresce e se consolida a partir de uma tensa e intrincada pluralidade de pretensões basicamente materiais; pretensões, por exemplo, das lideranças sindicais, no sentido de ampliar o alcance dos direitos trabalhistas das normas de caráter “social”, contrapondo-se àquelas oriundas do sistema econômico com o objetivo de “flexibilizar” e deslegalizar essa legislação protetora, postulando que ela colibe com os imperativos lógico-objetivos das relações de produção no âmbito do capitalismo. Quanto maior é o confronto entre essas pretensões, mais a conhecida distinção entre interesses privados e interesses comuns e coletivos, fundamental para a engenharia política liberal-burguesa e para o normativismo jurídico que lhe ampara como ideologia, revela-se incapaz de ocultar - sob a forma das categorias normativas ao “bem comum” - que a tutela legal dos interesses de determinados grupos, setores ou classes sociais implica

4. Ver, nesse sentido, Jacques Chevalier, *La rationalization de la production juridique*, Charles Albert Morand, *La contractualization corporatiste de la formation et de la mise en oeuvre du droit*, e Helmut Willke, *Le droit comme instrumente de guidage néo-mercantiliste de l'État*, todos reunidos na coletânea *L'état propulsif: contribution a l'étude des instruments d'action de l'État*, C.A.Morand org., Paris, Publisud, 1991.

o desprezo e/ou a “mercadorização” de outros grupos, setores ou classes.⁵ Deste modo, uma das categorias mais valorizadas pelo paradigma legalista, (a idéia de “interesse geral e universal”) já não pode ser utilizada como uma espécie de “princípio totalizador” destinados a compor, integrar, harmonizar os distintos interesses específicos.

Na medida em que um sistema normativo com esse tipo de configuração parece ter um potencial ilimitado de crescimento, comportando um aumento incessante de novas regras e de novas matérias a serem objetos de regulação, em face das variadas respostas pragmáticas que o legislador é obrigado a dar a essas pretensões materiais contraditórias e excludentes, a tendência inevitável é a do esvaziamento da própria função de leis. Num sistema jurídico que vai sendo “inflacionado” por sem um número de “leis de circunstância” e “regulamentos de necessidades” condicionadas por conjunturas políticas, econômicas e sociais bastante específicas e transitórias, a velocidade e a intensidade na produção de novas normas constitucionais e de leis ordinárias acabam levando o Estado-Providência a perder a dimensão exata do valor tanto das regras que edita quanto dos próprios atos que disciplina.

Condicionado assim por dois princípios conflitantes, os da *legalidade* e do *primado da lei* (típicos do Estado liberal) e o da *eficiência* das políticas públicas nos campos social e econômico (típico do Estado-Providência), o Estado contemporâneo passa a agir de modo paradoxal gerando, em nome da estabilização monetária e do crescimento econômico, uma corrosiva inflação jurídica. Este tipo de inflação se traduz pelo crescimento desenfreado do número de normas, códigos e leis, de tal modo que a excessiva acumulação desses textos legais torna praticamente impossível sua aplicação de modo plenamente lógico e sistematicamente coerente, ocasionando, por consequência, a “desvalorização” progressiva do Direito Positivo e o impedindo de exercer satisfatoriamente suas funções controladoras, disciplinadoras e reguladoras. No limite, esse processo pode levar à próprio anulação do sistema jurídico, uma vez que, quando os direitos se multiplicam, multiplicam-se na mesma proporção as obrigações; e estas, ao multiplicarem os créditos, multiplicam igualmente os deveres, formando um círculo vicioso, cuja continuidade culminaria na absurda situação de existirem apenas devedores, todos sem direito algum. No limite da extensão do direito, como afirmam argutos observadores desse fenômeno,

5. Cf. François Ewald, *L'état Providence*, Paris, Grasset, 1986.

anuncia-se um regime de deveres legais sem que haja qualquer lugar para um direito; “a inflação do direito traz em si a sua própria morte”⁶

Ao provocar a desvalorização do instrumento que os governos têm ao seu dispor, a inflacionada legislação acima descrita tem sido um dos principais fatores responsáveis tanto pelo agravamento das tensões entre a estrutura do processo de negociações coletivas e o conflito distributivo aguçado pela crise econômica, quanto pelo crescente grau de inefetividade do poder de regulação, direção e intervenção do Estado contemporâneo. No primeiro caso, essas tensões são exponenciadas pelo fato de que, apesar dos esforços para ver suas demandas reconhecidas como direitos subjetivos e convertidas em obrigações do Estado, sindicatos, movimentos comunitários, entidades representativas, associações religiosas e corporações muitas vezes vêem suas conquistas formalmente consagradas em textos legais reduzidas a pó, ou seja, esvaziadas por um sistema jurídico que, de tanto ter ampliado seu número de normas, torna-se pesado, ineficaz e impotente. No segundo caso, quanto mais procura disciplinar e regular todos os espaços, dimensões e temporalidade do sistema econômico, convertendo numa intrincada teia regulatória e numa complexa rede de microssistemas normativos esse ordenamento jurídico altamente “inflacionado” (em termos de qualidade de regras e da variabilidade de suas formas) e dotado de um formalismo meramente de “fachada” (graças ao crescente recurso do legislador aos conceitos jurídicos indeterminados, às normas programáticas e às cláusulas gerais), menos o Estado parece capaz de expandir seu raio de ação e de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispõe para exigir repetido a suas ordens.⁷

A corrosiva deterioração da organicidade de seu sistema jurídico, o colapso do constitucionalismo e o fenecimento do equilíbrio entre os poderes não

6. Cf. Nicolas Hitsch, *L'inflation juridique et ses consequences*, in *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1982, n. 27; Céline Wiener, *L'inflation juridique et ses consequences*, in *Les déreglementations*, Paris, Institut Français des Sciences Administratives, 1988; e François Ewald, *Foucault, A norma e o direito*, Lisboa, Vega, 1993, pp. 186-191. Diante desse risco, a tendência dos juristas e operadores com formação normativista é enfatizar a má-qualidade técnica da produção normativa e denunciar o “arbitrio” subjacente ao “intervencionismo” do Estado, fazendo prevalecer sua visão-de-mundo liberal clássica sobre uma análise mais isenta, axiologicamente, das transformações sociais, econômicas, políticas e culturais dos dias de hoje.

7. Sem compreender o motivo e identificar o alcance dessas mudanças, por causa do viés ideológico de sua formação, muitos juristas, como afirma Hespanha, acabam correndo “atrás da ficção” tendo “a ilusão de poderem deter ou ignorar a evolução do real, restaurando o paradigma na sua pureza de outrora, normalmente através (de sugestões em favor) de uma política de *lei e ordem*” Cf. Antonio Hespanha, *Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma*, ob. cit., p. 30.

são, contudo, as únicas facetas da erosão da efetividade e da autoridade do Estado contemporâneo. Com o fenômeno da globalização econômica decorrente da revolução tecnológica gerada pelos dois choques do petróleo (e simbolicamente exacerbado pela queda tanto do muro de Berlim quanto das ditaduras do Leste-Europeu), vão surgindo outras importantes rupturas institucionais nas estruturas jurídicas e políticas legadas pelo Estado liberal, no século XIX, e pelo Estado-Providência, no século XX. Entre as rupturas mais importantes podem ser destacadas as seguintes:

1 - mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro, rompendo com as fronteiras geográficas clássicas e limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados nacionais;

2 - desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações, a desformalização de suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas e a “deslegalização” da legislação social;

3 - internacionalização do Estado, mediante o advento dos processos de integração formatizados pelos blocos e pelos tratados de livre comércio e a subsequente revogação dos protecionismos tarifários, das reservas de mercado e dos mecanismos de incentivos e subsídios fiscais;

4 - mudança da matriz da produção internacional; da divisão tradicional entre fornecedores de matérias-primas e fabricantes de manufaturados, passa-se à produção de bens e serviços de nível tecnológico equivalente em diferentes países, não importando onde o produto final seja montado, o que provoca o fenômeno da “deslocalização” da produção;

5 - desterritorialização e reorganização do espaço da produção, mediante a substituição das plantas-industriais rígidas surgidas no começo do século XX, de caráter “fordista” pelas plantas-industriais “flexíveis”, de natureza “toyotista” substituição essa acompanhada pela desregulamentação da legislação trabalhista e pela subsequente “flexibilização” das relações contratuais;

6 - planejamento de atividades de nível tecnológico em escala mundial, por parte dos conglomerados multinacionais, acompanhado da fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes, o que lhes permite praticar o comércio intra e interempresas, acatando seletivamente as distintas legislações nacionais e concentrando seus investimentos nos países onde elas lhe são mais favoráveis;

7 expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória (*lex mercatoria*), como decorrência da proliferação dos foros descentralizados de negociações estabelecidos pelos grandes grupos empresariais.⁸

O demolidor comum dessas rupturas é, como se vê, o gradativo esvaziamento da soberania e da autonomia dos Estados nacionais nos dias de hoje. Por um lado, o Estado já não pode mais almejar regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle e direção. Por outro lado, é obrigado a compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional. Ao promulgar suas leis, portanto, os Estados nacionais são obrigados a levar em conta o contexto internacional para saber o que podem regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas. A consequência desse processo acaba sendo paradoxal: ao mesmo tempo em que se observa um movimento de internacionalização dos direitos nacionais, também se constata a expansão de normas privadas no plano infranacional, na medida em que cada organização empresarial e sindical transnacional tende a criar as regras de que necessita e a jurisdicizar as áreas que mais lhe interessam, segundo suas conveniências. Deste modo, o Direito Positivo convencional tem sua estrutura lógico-formal erodida, remete cada vez mais seu conteúdo normativo a cláusulas gerais e processos ulteriores de concretização, perde a capacidade de operar por meio de categorias normativas válidas *erga omnes*, vê destruída a tradicional *summa divisio* entre Direito Público e Privado, sofre a fragmentação deste último numa multiplicidade de ramos jurídicos especiais e acaba sendo obrigado a responder às exigências de natureza “social” proteção trabalhista, seguridade previdenciária, reajuste salarial, etc. - apenas de forma meramente casuística e *ad hoc*, ou seja, ao sabor da capacidade de pressão e mobilização deste ou daquele sindicato, deste ou daquele movimento comunitário.

Incapaz de assegurar uma efetiva regulação social, impotente diante da multiplicação das fontes materiais de direito e sem condições de deter a diluição de sua ordem normativa pelo advento de um pluralismo jurídico, o Estado nacional encontra-se em crise de identidade - e, com ele, não-só a própria idéia de Constituição, mas todo o Direito Público criado pelo paradigma legalista para promover a organização jurídica do poder, com o objetivo de neutralizar seu

8. Discuto com maior cuidado terminológico e metodológico essas rupturas em *Os dilemas da Justiça do Trabalho*, São Paulo, Ltr, 1995; e *Governabilidade de democracia: os direitos humanos à luz da globalização econômica*, texto preparado para a Universidade de Buenos Aires, 1995.

exercício arbitrário. Essa crise pode ser vista a partir de sua flagrante inaptidão estrutural com relação a fatos sociais complexos, que exigem do setor público a instrumentalização de um número cada vez maior de mecanismos de decisão e controle para assegurar o cumprimento de suas funções básicas. Tal inaptidão estrutural se expressa sob a forma daquilo que a sociologia jurídica alemã contemporânea tem chamado de “trilema regulatório”, ou seja, um tríptico dilema formado (a) pela progressiva indiferença recíproca entre o direito e a sociedade, (b) pelo desprezo de certos segmentos sócio-econômicos às regras do Direito Positivo e (c) pela crescente autonomia das organizações empresariais com relação aos Estados nacionais. Vejamos, ainda que rapidamente, as principais características de cada um desses dilemas.

O primeiro dilema decorre do fato de que, por causa do alto grau de diferenciação estrutural e funcional das sociedades contemporâneas, cada subsistema social tenderia a respeitar basicamente as regras forjadas em seu interior e a desprezar as normas jurídicas emanadas do poder central do Estado. Ou seja: quanto mais complexos são os sistemas sociais, menor seria a autoridade institucional do Estado em termos de controle direto das inúmeras interações entre indivíduos, grupos, classes e coletividades. Já o segundo dilema decorre do fato de que, por causa de sua dimensão cada vez mais teleológica e de sua natureza altamente especializada, o Direito Positivo tenderia a tratar com categorias excessivamente “particularizantes” as relações sociais básicas, destruindo sua autenticidade e minando sua identidade. Ou seja: quanto mais esse Direito Positivo substitui suas tradicionais normas abstratas, genéricas e impessoais por normas bastante técnicas e específicas, mais ele comprometeria as relações vitais da assim chamada *Lebenswelt*, que constituem a espinha dorsal de uma dada sociedade. Por fim, o terceiro dilema advém do fato de que, por causa da alta mobilidade social e das profundas mudanças ocorridas nos sistemas político-administrativo e sócio-econômico, um Direito Positivo de caráter cada vez mais “finalístico” acabaria sempre enfrentando problemas de racionalidade sistêmica. Ou seja: quanto mais esse Direito Positivo multiplica suas normas e leis específicas para intervir “tecnicamente” na dinâmica de uma sociedade heterogênea e complexa, menor seria sua coerência interna e sua organicidade, o que revelaria, com o tempo, sua progressiva incapacidade de dar

conta das tensões e dos conflitos sociais, a partir de um conjunto minimamente articulado de “premissas decisórias”⁹

Eis aí, nesse contexto de “interlegalidades” gerado pelos diferentes poderes, procedimentos e valores das organizações empresarial, sindical ou corporativa, o desafio dos meios jurídicos frente à reforma da Constituição.¹⁰ O problema não é impedi-la ou desqualificá-la, como têm feito os operadores do direito, cuja visão-de-mundo foi forjada exclusivamente pelo paradigma legalista, normativista e formalista; é, isto sim, permitir que, em nome da inexorabilidade das rupturas acima mencionadas e das mudanças institucionais a serem feitas para adaptar o país às suas conseqüências, sejam revogadas importantes conquistas democráticas no âmbito, por exemplo, do direito social. Para tanto, é preciso ter consciência do esgotamento da engenharia política liberal-clássica e da necessidade

9. É evidente, afirmar um dos mais conhecidos dos analistas desse processo de erosão do Direito Positivo tradicional, que, diante desse trilema, “as exigências de restauração da unidade (e da eficiência) do sistema jurídico correspondem a meros exercícios de retórica ou a expressão de uso tático, quando convém à ocasião. Tentativas de instaurar uma unidade conceitual e axiológica através da dogmática ou doutrina jurídica estão condenadas a falhar, mesmo em áreas nodais do direito como o Direito Privado, ou em relação ao direito como um todo. Muito mais séria se a figura da estratégia oposta, que coloca a ênfase em especialização, insistindo na legitimidade da existência de princípios específicos e próprios em cada setor jurídico particular. É assim que, por exemplo, se explica a recusa dos juristas do direito da concorrência em levar em conta princípios jurídicos reconhecidos por outros ramos do direito. Todavia, semelhante isolacionismo jurídico não pode prevenir o aparecimento de conflitos intersistêmicos: as soluções constróem-se contingentemente, à medida das contradições trazidas pelos casos individuais, sem qualquer possibilidade de construção de uma doutrina geral de conflitos” Cf. Gunther Teubner, *Le droit, un système autopoietique*, Paris, PUF, 1993, p. 180; e The regulatory trilemma, in *Quadermi Fiorentini*, Florença, 1984, v. 13; ver, também, Vittorio Olgiatti, *Positive law and socio-legal order: an operation coupling for Sociology of Law*, Ofiati, International Institute for Sociology of Law, 1991; e Helmut Willke, *Trois types de structures juridiques: programmes conditionnels, programmes finalisés et programmes reitionnels*, in *L'État Propulsif: contribution à l'étude des instruments d'action de L'État*, ob. cit.

10. O fenômeno da “interlegalidade” é analisado por Boaventura Santos à luz do pluralismo jurídico. O que ele tem em mente não é o pluralismo jurídico “desenvolvido pela antropologia jurídica tradicional, onde as diferentes ordens jurídicas aparecem concebidas como entidades separadas coexistindo num mesmo espaço político, mas, sim, uma concepção de diferentes espaços jurídicos sobrepostos, que se interpenetram tanto na nossa consciência quanto na nossa ação social, em ocasiões positivas ou negativas do nosso trajeto existencial, assim como na triste rotina da vida quotidiana. Vivemos num tempo de legalidade porosa, ou de porosidade jurídica de uma rede múltipla de ordens jurídicas que nos condenam a constantes transições e passagens. A nossa vida jurídica é constituída pela intersecção de diferentes ordens jurídicas, ou seja, pela interlegalidade. A interlegalidade é contrapartida fenomenológica do pluralismo jurídico; (...) ela reflete um processo dinâmico, porque os diferentes espaços jurídicos são não-sincrônicos, resultando daí uma mistura desigual e instável de códigos jurídicos” Cf. Law: a map of misreading (toward a posmodern conception of), in *Journal of Law Society*, 1987, v. 14, p. 293. Ver, também, On modes of production of Law and Social Power, in *International Journal the Sociology of Law*, 1985, v. 13.

de uma racionalidade normativa nova, forjada a partir da percepção de que as relações sociais condicionadas pela interconexão entre as organizações complexas hoje exigem do Estado uma série de papéis originais de intermediação que só podem ser exercidas eficientemente com a colaboração delas; portanto, uma racionalidade normativa responsável por uma legislação mais pragmática, apta a renunciar à regulação minudente e exaustiva dos processos sociais, voltando-se menos à consecução dos resultados concretos (mediante a regulação “padronizadora” e “tipificadora” dos comportamentos individuais) e mais à coordenação das diferentes formas de legalidade surgidas e desenvolvidas no interior dos vários subsistemas sociais.

O que é preciso é um direito capaz de assegurar um mínimo de governabilidade, por parte do Estado, e de neutralizar a natural propensão das organizações empresariais, sindicais e cooperativas situadas nos setores estratégicos da economia de agir de modo “imperialista” sobre os demais; um direito reformulado na sua concepção arquitetônica e nos seus procedimentos e cujas regras, à semelhança das normas e quase-normas utilizadas pelo Direito Internacional com vistas à coexistência e cooperação entre as nações, sejam capazes de servir como técnicas de gestão e neutralização das tensões, incertezas, contingências e indeterminações sempre presentes em todo processo social, econômico e político; um direito que é cada vez menos um ato unilateral a transmitir de modo imperativo a autoridade do Estado aos particulares, aproximando-se cada vez mais do “contrato”, ou seja, de um ato multilateral, cujo conteúdo exprime uma vontade concordante; um direito resultante de um longo e intrincado processo de consultas e acordos, que se inicia antes de sua propositura parlamentar e, muitas vezes, apenas culmina no momento de sua aplicação; em suma, um direito em condições de promover o ajuste ou acoplamento estrutural (*structural coupling*) da pluralidade de sistemas jurídicos diferenciados e de seus respectivos “espaços sócio-legais”, com seu impacto social, cultural e institucional altamente diversificado em termos setoriais locais, regionais e setoriais.

Dáí, para concluir, a importância de se também repensar doutrinariamente algumas das categorias básicas da política (como a regra de maioria, a soberania nacional e a ordem jurídico-constitucional, enquanto um sistema formal, fechado e hierarquizado) a partir de paradigmas sensíveis tanto à tendência das organizações complexas à autonomia, na proporção direta de sua capacidade de mobilização, confronto e barganha, quanto à emergência de novos institutos legais

especialmente voltados aos setores sociais marginalizados e oprimidos - aqueles que, excluídos do novo paradigma tecnológico industrial por falta de qualificação profissional, não dispõem de condições mínimas de se integrar no processo de modernização econômica liderado por essas organizações.

A NOVA LEI FEDERAL DE CONCESSÕES E PERMISSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E OBRAS PÚBLICAS

Edmir Netto de Araújo

Professor Associado de Direito Administrativo da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Procurador do Estado e da Assessoria Jurídica do Governo

Resumo:

Porque se trata de licitações e contratos administrativos ao focalizar o tema das concessões e permissões de serviços públicos? É que a Constituição, diferentemente das anteriores, dispôs em seu art. 175 que incumbe ao Poder Público ou sob regime de concessão ou permissão, mas sempre através de licitação de tais serviços, sendo que na forma da Lei (de competência da União, para legislar sobre normas gerais sobre licitações e contratos administrativos), serão disciplinados os regimes das concessionárias e permissionárias de serviço público (não se fala em concessão ou permissão de uso de bens públicos) o caráter especial de seu contrato, etc., os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado.

O Estado de São Paulo já havia disciplinado, pela Lei n. 7.835/92, o assunto, inclusive sobre as licitações e até mesmo sua dispensa, licitação essa que será a concorrência e determinando (art. 3º, § único, que o Poder concedente por ato ou por delegação, publica a definição do objeto, área de atuação, prazo e diretrizes a serem observadas no Edital de concorrência (o que foi repetido no art. 5º da Lei federal n. 8.987/95) e, por isso, na recente decisão de concessão do sistema rodoviário Anhangüera/Bandeirantes, foram publicados o Decreto n. 40.077, de 10 de maio de 1995, e a Resolução n. 16, do secretário de Transportes, de 11 de maio de 1995.

Sobre a licitação bastam por comentários, sem antes dizer, a confrontação da lei estadual com a federal, prevalecendo o que em contrário dispuser esta última. Por exemplo, a lei federal não prevê casos de dispensa de licitação, matéria que com certeza constitui norma geral, da competência da União (art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal).

Mas as questões que suscitam divergências de interpretação se referem mais diretamente aos contratos de concessão e, depois da lei federal, também de permissão de serviço público. Minha função aqui não é ensinar o que é contrato administrativo a uma categoria, de meus colegas, que mais entende do assunto, mas provocar o debate, para que se conclua sobre as imperfeições e a necessidade ou não de modificações que viabilizem a aplicação da lei.

Abstract:

Why refer to licitations and administrative contracts when focus the theme of concessions and permissions of public services?

The fact is that the 1988 Constitution, differently from the previous ones, has stated, in article 175 that is a task of Public, directly or under the rule of concession or permission, but always through licitation, the operation of such services, being in form of the law (it's private competence of the Union to legislate about general rules on licitation and administrative contracts) will the rules of concessionaires and permissionaires of public services be disciplined (we're not mentioning either concessions or permissions to use public properties), the feature of contract, etc., including the user's rights, the fare politics and the obligation to keep appropriate service.

São Paulo State had already disciplined the issue through Law 7.835/92, including rules about licitation and even its exceptions, stating that this licitation must be the concurrency, and determining (article 3, sole §, that the Public Power, act of his own, or by delegation, would publish the definition of object, area of operation, time terms and directions to be observed in the concurrency "Edital" (this was repeated by the federal Law 8.987/95, article 5th). That's why in the recent governmental decision of concession of the Anhaguera/Bandeirantes system, were published the Decree 40.077, 10.05.95, and the Transport Secretary Resolution n. 16, in the following day.

Such comments about licitation are enough, by now, but it's worth stating that by confronting the State law the Federal law, was prevailed what in opposite has been stated on the latter.

For example, the Federal law does not foresee cases of licitation exceptions, issue that certainly constitutes "general" rule, of Union competence (art. 22, XXVII, Federal Constitution).

But the questions that might be misunderstood, refer more specifically to the contracts of concession, and, after that Federal law, the permission contracts as well. My desire, here, is not to teach what is an administrative contract, but provide that a debate could arise, in order to get to a conclusion on the imperfections and the necessity or not of changes on Federal law, or interpretations that could make the application of the law possible.

Introdução

1. A União, Governo Federal, vem disciplinar, em nível nacional, o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, por intermédio da Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, catalogando-a como instrumento indispensável para a parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, na melhoria de tais atividades, que

ocasionaria, pelo menos, economia de recursos públicos em certas áreas de serviços que sob tal regime possam ser delegados a particulares. Logo em seguida, foi editada Medida Provisória, que, embora predominantemente destinada a disciplinar a concessão dos serviços de energia elétrica, indicou de forma exaustiva, em *numerus clausus*, quais os serviços públicos que seriam objeto desse regime: geração, transmissão e distribuição de energia elétrica; transportes coletivos das várias espécies; telecomunicações (nos termos do art. 21, XI, da CF); exploração, precedida ou não de obra, de portos, infra-estrutura aeroportuária, aeroespacial, obras viárias, barragens, contenções, eclusas, diques; distribuição local de gás canalizado (observado o art. 25, § 2º, da CF); saneamento básico; tratamento e abastecimento de água; limpeza urbana; tratamento de lixo e serviços funerários, conforme o art. 1º, seus incisos, parágrafos e alíneas dessa medida, que, no § 1º exige lei autorizativa para concessão ou permissão de outros serviços não-constantes de tal relação. O assunto merece exame nos vários níveis federativos, especialmente no Estado de São Paulo, que já possui, a respeito, a Lei n. 7.835, de 8 de maio de 1992, porque em se tratando de licitação e contrato administrativo, a Constituição Federal, em seu art. 22, inciso XXVII, atribui à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais nessa matéria, aplicáveis à Administração direta e indireta, inclusive fundações, nas esferas federal, estadual, municipal e do Distrito Federal. Aliás, o parágrafo único do art. 1º da citada Lei federal n. 8.987/95 determina expressamente que essas unidades da Federação que já tenham legislado sobre a matéria, adaptem prontamente sua legislação às disposições ora promulgadas.

Contratos Administrativos

2. Não se pode falar sobre *concessão de serviço público* sem focalizar, como pré-requisito, a noção de *contrato administrativo*.

Contrato é uma categoria jurídica, espécie de negócio jurídico.

Negócio jurídico é a convergência, em acordo ou consenso, de duas ou mais declarações de vontade que se orientam no sentido da produção dos efeitos jurídicos “*com elas desejados, criando uma relação jurídica nova, inexistente antes das declarações, na forma que o ordenamento jurídico prescreve*” ou então, “*admite ou atribui consequências às mesmas declarações*” (nosso *Do negócio jurídico administrativo*, Ed. Revista dos Tribunais, p. 167, 1992).

Caso esse *acordo* seja de vontades *opostas* (e não paralelas, como nos convênios ou consórcios), criando obrigações *recíprocas* (e, portanto, *sinalagmáticas*), cujas prestações sejam intrinsecamente *equivalentes* (e, portanto, *comutativas*), sendo tal acordo obviamente *consensual* e realizado *intuitu personae*, estaremos diante do negócio jurídico denominado *contrato*. E, na hipótese de que tal contrato envolva objeto e finalidade públicos, celebrado pela Administração por seu agente competente, após o devido procedimento legal e contenha explícita ou implicitamente *cláusulas exorbitantes* do direito comum (que preferimos chamar *cláusulas de prerrogativa*), que o submetam a regime jurídico de Direito Administrativo, firmando a *supremacia* da Administração na relação jurídica, quando prevalece o interesse público, sob certas condições, sobre o particular, esse será um *contrato administrativo* (nosso *Contrato Administrativo*, Ed. Revista dos Tribunais, p. 51, 1987). Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, pp. 329-31, 1994) fala, com muita propriedade, em “*desnívelamento das partes*” *jus variandi*, e “*instabilização do vínculo contratual*” para caracterizar essa situação de verticalidade na relação negocial da Administração, entretanto, não se exerce de forma indiscriminada, pois todo o direito positivo, mais doutrina e jurisprudência, se inclinam no sentido da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro original do contrato, gerando ao contratado o *direito* à recomposição desse equilíbrio sempre que a Administração alterar o contrato de forma a afetar essa equação financeira. Caso assim José Cretella Jr. (*Comentários à Constituição de 1988*, Ed. Forense Universitária, 8º v., 1993, p. 4.108), acrescenta, tendo em vista esse desnívelamento, que o contrato administrativo (qualquer deles) é oneroso, sinalagmático perfeito, comutativo, realizado *intuitu personae*, e, como o entende praticamente a unanimidade da doutrina, “*do tipo dos contratos de adesão*.”

Já quando a Administração se coloca, *por opção ou disciplina legal específica*, no mesmo patamar que o particular contratante (como nas locações, doações, comodatos, contratos trabalhistas, etc.) o respectivo contrato será um contrato “*da Administração*”, mas não contrato “*Administrativo*”

Supremacia da Administração no Contrato

3. Essa supremacia não fosse, restaria anulado o requisito da *comutatividade*, e, no mais das vezes, também o da *reciprocidade* dos contratos administrativos.

Assim é que a própria Lei n. 8.666/93, ao prever a possibilidade da rescisão unilateral do contrato por “razões de interesse público” (v.g. art. 78, inciso XII), imediatamente garante (art. 79, § 2º) o ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados, do contratado. É o mesmo que faz, depois de prever a mutabilidade unilateral do contrato, no art. 65, incisos I e II, “d” para “*restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente*”, e “*objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.*”

Desfazimento de Atos Administrativos e Contratos

4. Também, ao menos em princípio, *não se “revogam”* contratos, que são atos bilaterais: *anulam-se* (quando ocorrem nulidades insanáveis na licitação ou na própria contratação), de forma retroativa, como está no art. 59 da Lei n. 8.666/93; ou *rescindem-se* (por motivo de interesse público, infração contratual ou amigavelmente, por mútuo dissenso), unilateral, amigável ou judicialmente, como prescrevem o art. 79, seus incisos e parágrafos, do mesmo diploma legal. As *permissões*, outorgadas a título precário por ato unilateral, podem ser revogadas, mas não contratos bilaterais.

Revogação é ato administrativo *unilateral* desconstitutivo, manifestação *privativa* da Administração, que objetiva suprimir total ou parcialmente os efeitos de ato *legítimo*, por razões de oportunidade ou conveniência (*jamais* razões de legitimidade ou legalidade), como há muito ensinavam Arnaldo De Valles (“*La validità degli atti amministrativi*” Ed. Athenaeum, Roma, p. 387, 1917) e Gaston Jèze (“*Principes généraux de droit administratif*” Lib. Giard & Brière, Paris, v. II, pp. 176 e ss., 1926), sendo claro que seus efeitos se verificam a partir de sua edição, *ex nunc*, respeitando-se os efeitos anteriores (Súmula STF n. 473), mas *extinguindo* o ato.

No Direito brasileiro, assim pensam José Cretella Jr. (*Curso de Direito Administrativo*, Ed. Forense, 1989, p. 305), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito*

Administrativo, Ed. Atlas, pp. 205-6, 1994), Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, p. 184, 1993), Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, p. 138-9, 1994), e Celso Antonio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, p. 217, 1993). Desses autores, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Lúcia Valle Figueiredo acrescentam, ainda, serem irrevogáveis os atos *vinculados* e não se conhece vinculação maior (à lei, à licitação e ao respectivo Edital) que o ato bilateral contratual.

Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos

5. As cláusulas contratuais ditas “*exorbitantes*” do direito comum, ou de “*prerrogativa*”, cuja presença em um contrato lhe dá “*la marque du droit public*” (André De Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, v. I, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris, p. 85, 1956), caracterizando-o como *contrato administrativo*, em relação de preponderância sobre o contratado, são válidas e aplicáveis mesmo que constem apenas *implicitamente* no corpo clausular do instrumento da avença, pois (especialmente nas concessões de serviço público) decorrem da própria *titularidade* do serviço.

São as seguintes as cláusulas “*exorbitantes*” mais apontadas pela doutrina: *mutabilidade unilateral* do contrato (sob certas condições legais, observado o equilíbrio econômico-financeiro); *rescisão unilateral* do contrato (por infração contratual, “pleno direito” ou “razões de interesse público” em matéria de concessões de serviço público, fala-se em “caducidade”, “resgate” ou “encampação”), sem a participação do Poder Judiciário, assegurando-se ampla defesa no caso de infração; *promoção expropriatória* (a declaração de utilidade ou necessidade pública é privativa dos respectivos Chefes de Executivo, no Brasil); *percepção de tributos* (não sua decretação); *ocupação do domínio público*; *substituição* de elementos do concessionário, em razão da qualidade dos serviços; *aplicação unilateral de penalidades* (também sem a participação do Judiciário, mas observada a garantia de ampla defesa); imposição de *meios de execução* dos serviços; *privilégios fiscais*; possibilidade de *exclusividade* e de *amparo* ao concessionário; *retenção* sobre a obra ou serviço; *inadmissibilidade da “exceptio non adimplenti contractus”* contra o Estado (a lei vem mitigando a rigidez desse

princípio, admitindo-a em certos casos) e outras hipóteses (cf. nosso *Contrato Administrativo*, citado, pp. 126-53).

Essas prerrogativas não constituem simplesmente “*faculdades*” da Administração, mas na verdade cada uma delas é “*poder-dever*”, que deve ser exercido, sob pena de responsabilidade, quando se apresente a oportunidade e o interesse público assim o exija, como, por exemplo, na modernização dos serviços concedidos. É oportuno mencionar o comentário que, a respeito, faz Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, citado, p.198): “*o poder de alteração e rescisão unilateral do contrato administrativo é inerente à Administração, pelo que podem ser feitas ainda que não previstas expressamente em lei ou consignadas em cláusula contratual*”, concluindo que tal poder “*constitui preceito de ordem pública, não podendo a Administração renunciar previamente à faculdade de exercê-lo.*”

Concessão de Serviço Público

6. Vejamos agora o que se pode entender por “concessão” e “concessão de serviço público”

“*Conceder (Novo Dicionário Aurélio, Editora Nova Fronteira, 1993).*

1. Permitir, facultar. 2. Dar, entregar. 3. Admitir por hipótese. 4. Concordar, convir, anuir.”

Em qualquer caso, verifica-se que é a aquiescência de alguém que detém poder ou direito sobre algo (titularidade), para a ação de outrem. Assim, o Poder Público, titular do patrimônio e dos serviços públicos, *concede* ou *permite* (ou até simplesmente *autoriza*) o uso privativo de bem público por particular, ou o desempenho de serviços públicos delegáveis (pois há serviços públicos *indelegáveis*), a particulares ou outras entidades públicas.

Até a Constituição de 1988 não era incomum que mesmo as concessões, mas principalmente as permissões e autorizações fossem *outorgadas* por ato administrativo (ou legislativo) *unilateral* do Poder Público, sem qualquer contrato (decreto de concessão de lavra de mineração; lei que cria empresa estatal concessionária de serviços públicos, etc.), mas no caso de concessão de serviços públicos a particulares, tem-se assentado na doutrina e na jurisprudência que o regime adequado é o contratual e a Constituição Federal vigente, em seu art. 175, inciso I, assim o consagra. Tal não ocorria, no entanto, no âmbito das permissões e

autorizações na esfera doutrinária, tradicionalmente *outorgadas* (e não-contratadas) a título unilateral e precário, sem prazo determinado, e canceláveis (ou *revogáveis*, porque atos unilaterais da Administração) a qualquer tempo, ao alvedrio do Poder Público, sem indenização. Mas, pelo citado inciso I do art. 175 da CF, pode-se inferir que mesmo as permissões *de serviço público* (não se mencionam as de uso) se agregam ao regime contratual *obrigatório*.

Concessão de serviço público é “a transferência, temporária ou resolúvel, por uma pessoa coletiva de direito público, de poderes que lhe competem para outra pessoa singular ou coletiva pública ou privada, a fim de que esta execute serviços por sua conta e risco, mas no interesse geral.” (José Cretella Jr., *Tratado de Direito Administrativo*, v. III, Ed. Forense, p. 121, 1967).

Realmente, pelo contrato de concessão, “a Administração delega a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou de utilidade pública, ou cede o uso de um bem público ao particular contratante para que o explore ou utilize pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, pp. 240-1, 1993).

Como se vê, pela doutrina mais significativa, “*entende-se por concessão de serviço público o ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Poder Público sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado, mas por sua conta, riscos e perigos, remunerando-se pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do serviço e tendo a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro*” (Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, p. 327, 1993).

Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, Ed. Atlas, p. 218, 1993), “*concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário.*”

Também não discrepamos dessas conceituações, ao entender que “*concessão de serviço público é a transferência por contrato, temporária ou resolúvel, de execução de serviços públicos essenciais, secundários ou de simples interesse público ou utilidade pública, dos quais a Administração tem a titularidade, para que, por sua conta e risco, no interesse geral, o concessionário os*

desempenhe ou explore.” (nosso *Do negócio jurídico administrativo*, Ed. Rev. Trib., p. 133, 1992)

Melhor esclarecendo (nosso *Contrato Administrativo*, cit., p. 87), as características da concessão, na prática, podem resumir-se à existência de uma *relação administrativa* entre a Administração concedente e o concessionário, para a incumbência *específica* da gestão de um serviço público, feita por *prazo determinado*, sendo que tal serviço é exercido pelo concessionário *em seu próprio nome*, cabendo-lhe portanto os riscos; e sabendo-se que a Administração delega ao concessionário não *poderes* públicos mas o *exercício* de determinados poderes; e que o concessionário, ao invés de receber do Estado, em princípio, recebe *tarifas* do usuário do serviço público concedido. O concessionário pode ser (e geralmente o é) particular, mas nada impede que seja entidade pública ou empresa sob seu controle acionário.

Natureza Jurídica das Concessões

7. Já quanto à *natureza jurídica* da concessão, embora a doutrina estrangeira e mesmo a brasileira a tenham focalizado de diversas formas, como sendo “ato unilateral” (Fritz Fleiner, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, trad. C. Eisenmann, Librairie Dellagrave, Paris, p. 213, 1993); “dois atos unilaterais” (Oreste Ranalletti, *Teoria generale della autorizzazioni e concessioni amministrative*, Jurisprudenza Italiana, v. IV. p. 15, 1894) “contrato de direito privado” (Cesare Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Casa Editrice Poligráfica Universitária Dott. Carlo Cya, Firenze, p. 40, 1937); Ruy Barbosa, *Os privilégios exclusivos na jurisprudência constitucional dos Estados Unidos*, Empresa Fotomecânica do Brasil, p. 18, 1911; Augusto Olímpio Viveiros de Castro, *Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, Ed. Jacinto R. dos Santos, Rio, p. 263, 1814); ou “contrato de direito misto” (José Gascon y Marin, *Tratado de derecho administrativo*, EISA, Madrid, p. 368, 1950), a verdade é que, atualmente não há mais dúvida de que se trata de contrato de direito público, ou mais exatamente, como ensina José Cretella Jr. (*Tratado de Direito Administrativo*, v. III, Ed. Forense, 1967) “*contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, comutativo e realizado intuitu personae*” assim como também entende Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, p. 241, 1993), para quem “*a concessão pode ser de serviço, de obra ou de uso de bem público, todas*

elas consubstanciadas em contrato administrativo, bilateral, comutativo, remunerado e realizado intuitu personae”

Concessão de Obra Pública

8. Já há algum tempo, alguns autores (como Hely Lopes Meirelles, *Direito...*, cit., p. 241-2, ou José Cretella Jr., *Tratado...*, cit., v. III, p. 92) vinham distinguindo a chamada “*concessão de obra pública*”, muito comum nos Estados Unidos da América do Norte, pela qual o particular constrói ou implanta certo equipamento de uso público (estradas, pontes, viadutos, etc.), e em troca recebe o direito de explorar economicamente esse equipamento (serviço público ou de utilidade pública) por determinado prazo, findo o qual as benfeitorias se incorporam ao patrimônio do Poder Público concedente. Entendemos (nosso *Contrato...*, cit., p. 86) que, no caso, se trata, na verdade, de *espécie* de concessão de serviço público, que contém a condição de realizar obras para construir ou implantar o bem e/ou serviço a ser explorado, como poderia conter outro tipo de condição, se o equipamento já foi construído pelo Estado. Mas a Lei n. 8.987/95 agasalhou a modalidade, em seu art. 2º, inciso III, conceituando-a da forma citada, como investimento remunerado e amortizado pelo resultado da exploração do respectivo serviço.

Extinção das Concessões

9. Merecem especial destaque *formas de extinção* (nosso *Contrato Administrativo* cit., pp. 96-100) das concessões, considerando-se que o Poder Público jamais perde a titularidade do serviço público concedido, e, portanto, não devem as concessões prolongar-se indefinidamente, desvirtuando a finalidade do instituto.

a. Quanto à pessoa do concessionário, extingue-se a concessão por sua *morte; ou extinção, ou falência da empresa*. Sendo a concessão *intuitu personae*, não se transfere por sucessão; no caso de falência, a extinção (art. 201, § 3º Decreto-Lei n. 7.661/45) é *ipso jure*.

b. A extinção natural é o *término do prazo* da concessão, com a reversão dos bens e serviços ao concedente.

c. A retomada unilateral dos serviços e bens concedidos, por motivo que, a exclusivo critério do concedente, seja de interesse público, tem o nome de *resgate*, ou *encampação* do serviço. É a avocação do serviço, sem culpa ou infringência contratual do concessionário, por motivo de interesse público, e mediante justa indenização: o concessionário não pode opor-se à encampação, podendo o Poder Público entrar imediatamente na posse dos bens e serviços, limitando-se o direito do concessionário à eventual indenização. Em outros contratos administrativos, é a rescisão “por razões de interesse público”, unilateral.

d. A concessão *outorgada* por ato unilateral administrativo ou legislativo pode ser *revogada* pela mesma via, quando cessam os motivos em virtude dos quais foi efetivada, geralmente em razão de progressos técnicos que tornam o serviço obsoleto nos termos originais. Difere da encampação, pois nesta a Administração assume, ao menos temporariamente, o serviço encampado; e da anulação, que supõe invalidação do contrato *ab initio*, por ilegalidade.

e. Pressupondo-se a existência de um contrato administrativo de concessão de serviço público válido e em vigência, a relação pode ser desfeita antes de seu término através da *rescisão*.

Na rescisão “*amigável*” por acordo entre as partes (*mutuus dissensus*), estas desfazem o que, no caminho inverso, se convencionou, mediante encontro de contas, observado o princípio da legalidade.

Mas o Poder concedente tem não-só o *direito*, mas também o *poder dever* de *rescindir brusca e unilateralmente*, sem a participação, em princípio, do Poder Judiciário, o contrato (qualquer contrato, inclusive o de concessão) administrativo quando ocorre infração contratual punível com tal penalidade. Aliás, é uma das cláusulas denominadas *exorbitantes*, como se viu há pouco, operante mesmo que não conste de lei ou do contrato, decorrente do próprio regime contratual administrativo. No caso da concessão de serviço público, a rescisão unilateral por infração contratual, sem direito a indenização ao concessionário, chama-se *caducidade*, e, repetimos, é poder-dever do administrador público competente, sob pena de responsabilidade.

A *rescisão judicial* geralmente ocorre quando é a Administração a inadimplente contratual, caso em que, de acordo com o que a lei prescreve, o concessionário pode *pleitear* a rescisão do contrato, mas não tem o poder de fazê-lo unilateralmente, como a Administração. Ocasionalmente, essa modalidade de rescisão pode ser promovida pelo concedente, quando de interesse público para

eventual exoneração de compromissos e reparações ou indenizações. Mas não é o que a nova lei descreve, como se verá adiante.

f. Os autores falam ainda em “renúncia”, “nacionalização” dos serviços, “força maior”. *factum principis*, noções que, não obstante, se acomodam conceitualmente às hipóteses até agora descritas.

José Cretella Jr. (*Tratado de Direito Administrativo*, cit., p. 161-82) aponta, como causas de extinção das concessões, a terminação do prazo, o resgate (ou encampação), a revogação, a caducidade (como espécie de rescisão ou resilição), a força maior, a morte do concessionário, a falência, a renúncia e a nacionalização. *Revogação*, para o autor, que considera “ato administrativo” como manifestação unilateral de vontade do Estado (*Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Forense, v. I, p. 255, 1983), “*é a supressão de um ato administrativo baseada em critérios de interesse público da mesma natureza daqueles na base dos quais tal ato foi editado*” (*Tratado...*, cit., p. 169).

Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, cit., pp. 348-50) relaciona como causas extintivas da concessão, o término do prazo, a encampação ou resgate, a rescisão contratual e a anulação, nos mesmos termos expostos, sem falar em revogação. Celso Antonio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 339-40) arrola as hipóteses de expiração do prazo fixado no ato da concessão, rescisão judicial (pelo concessionário, ou pelo concedente, “se optar pelo recurso às vias judiciais”), rescisão consensual, rescisão por ato unilateral (abrangendo a encampação ou resgate, e a caducidade ou decadência), morte e falência. Também assim pensa Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, cit., pp. 219-20), reafirmando a característica unilateral das hipóteses de encampação e caducidade.

Permissão d Serviço Público

10. A outra modalidade de delegação de serviços públicos a particulares, constante do art. 175 da Constituição Federal e arrolada pela Lei n. 8.987/95, é a *permissão de serviço público*.

Tratávamos do assunto, já na vigência da Constituição de 1988 (nosso *Do negócio jurídico administrativo*, Ed. Rev. Trib., p. 134, 1992), lembrando que no caso em que *o serviço público é transferido pela chamada “permissão de serviço público”, deve-se aferir se o é a título precário e sem prazo certo, em caráter*

interino ou emergencial, caso em que se terá ato administrativo stricto sensu, unilateral, embora a outorga dependa de provocação e aceitação do permissionário.

É como sempre entendeu a doutrina tradicional, diferenciando a permissão, principalmente do caráter contratual da concessão. Mas a partir da nova Carta, esse entendimento não é absoluto.

“Se tal permissão, no entanto, se der de forma condicionada, exigindo-se investimentos e outros requisitos, e, principalmente, se for convencionado prazo certo para a extinção da permissão, esta será a permissão qualificada, a cuja estabilidade se submeterá a Administração, só podendo extingui-la antecipadamente nos casos mencionados para os contratos de concessão: na verdade, o termo expresso e determinado elimina a precariedade e atribui à permissão qualificada natureza claramente contratual, como aliás é atualmente tratada (art. 175, I, da Constituição Federal)” (idem, ibidem)

Veja-se, a propósito, que Celso Antonio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 346-8), indica como características da permissão, a unilateralidade, a precariedade, o *intuitu personae*, e a revogabilidade, porque “o Estado vale-se da permissão justamente quando não deseja constituir o particular em direitos contra ele, mas apenas em face de terceiros”, como aliás é da jurisprudência do STF (*RDA* 54:44 e 96:121), citada pelo autor. Mas entende que a permissão tem sido desnaturada pela inclusão de condições e elementos que lhe retiram a indispensável precariedade.

Significativamente, na nota n. 24 (p. 346), alerta que, embora o parágrafo único, inciso I, do art. 175 da CF, “*que trata conjuntamente de concessões e permissões, fale em “contrato” evidentemente o fez com imprecisão técnica de redação, pois a expressão obviamente só pode estar reportada às concessões, embora, do modo como está posta a linguagem normativa, abarcasse a ambas.*”

Também Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de Direito Administrativo*, Ed. Forense, pp. 384-6, 1989) conceitua a permissão de serviço público como ato administrativo discricionário e precário, que se extingue pela revogação dependente da simples vontade da Administração, “*sem qualquer indenização devida ao permissionário*” Não é diferente a posição de Celso Ribeiro Bastos (*Curso de Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, pp. 181/182, 1994), para quem a permissão de serviço público, ao contrário da concessão, que tem prazo

certo, tem como característica principalmente “*não prever um prazo certo para sua duração*” e, por isso, “*ser ela revogável unilateralmente e a todo tempo e sem qualquer indenização ao permissionário*” fiel à sua configuração como “*ato unilateral e precário*” que é. Mas ressalva que hoje em dia encontram-se permissões também com prazo certo, mesmo não se referindo a contrato para sua outorga: este é formalização característica da concessão de serviço público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, cit., pp. 220-1) também conceitua a permissão de serviço público como ato unilateral, discricionário, precário, *intuitu personae*, revogável a qualquer momento pela Administração, por motivo de interesse público, e, ao mencionar a possibilidade de permissões com prazo, admitidas pela doutrina, considera que isto *vem a desnaturar* o instituto, pois sob a forma de permissão “condicionada” ou “qualificada” o que se nota é que a Administração celebra verdadeiros “contratos de concessão”, sob a forma de permissão, pois “*a fixação de prazo aproxima de tal forma a permissão da concessão que quase desaparecem as diferenças entre os dois institutos.*” É claro que, sendo relação contratual, bilateral, não pode ser *revogada* unilateralmente; entretanto, como qualquer contrato de concessão, pode *ser rescindida* mas as conseqüências serão diferentes, pois na rescisão pode-se falar de indenização ou ressarcimento. Os doutrinadores que a autora menciona são José Cretella Jr. (*Teoria e prática do Direito Administrativo*, Ed. Forense, pp. 81 e ss., 1979) e Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, cit., pp. 171-2).

O primeiro enquadra a permissão entre os atos unilaterais, necessariamente revogável, ao contrário da concessão, bilateral (p. 81). Mas admite o termo certo e a onerosidade (pp. 89-90) na permissão, o que diminui a gradação de sua precariedade (p. 95), configurando a *permissão qualificada* que, embora ato unilateral ainda (o autor escrevia antes da CF vigente) submete a Administração ao prazo que ela estabeleceu (pp. 95-6). O segundo também conceitua a permissão como ato administrativo discricionário e precário, mas admite (p. 171) a “*permissão condicionada, ou seja, aquela em que o próprio Poder Público autolimita-se na faculdade discricionária de revogá-la a qualquer tempo fixando em norma legal o prazo de sua vigência e/ou assegurando outras vantagens ao permissionário, como incentivo à execução do serviço. Assim reduzem-se a discricionariedade e a precariedade da permissão às condições legais de sua outorga.*” A Administração pode revogar ou alterar a permissão, mas, como nos contratos de concessão,

respeitando o equilíbrio contratual e indenizando o permissionário, pois este (p. 172) *“tem direito subjetivo ao cumprimento integral da permissão originária”*

Casos de Revogação

11. Resumindo: A concessão outorgada por lei ou outra norma jurídica, pode ser revogada pela mesma via. Mas depois da CF de 1988, não é mais possível a concessão de serviço público que não se configure por relação contratual, podendo existir concessões de outras espécies (de uso de bem público, de lavra de minerais, p. ex.) que ainda podem tomar essa forma.

A concessão concretizada por contrato administrativo não pode ser “revogada” porque é ato bilateral. Corretamente, ela poderá ser desfeita por rescisão, em suas quatro espécies: amigável, judicial, por infração contratual ou por razões de interesse público, às quais, na concessão, correspondem a rescisão amigável, judicial, caducidade e encampação, além, obviamente, da anulação, falecimento ou incapacidade do concessionário, falência ou extinção da empresa concessionária e término do prazo contratual.

A permissão outorgada a título precário, sem prazo certo, por ato unilateral, pode ser revogada a qualquer tempo, sem indenização ou ressarcimento. Já a permissão qualificada, mesmo unilateral (depois da Lei n. 8.987/95, a de serviço público o será contratualmente), com prazo e condições *contratuais*, deve ter seu termo respeitado, podendo ser rescindida por infração contratual (caducidade) ou por interesse público (encampação), amigável ou judicialmente, pois a fixação do prazo elimina a precariedade.

Jurisprudência sobre Concessões e Permissões

12. Vejamos, a propósito, o trato jurisprudencial que tem sido dado às características de estabilidade ou precariedade dos dois institutos, e, conseqüentemente, das hipóteses de seu desfazimento.

a) *“A faculdade de rescisão está implícita em todas as concessões, tendo em vista o interesse público, assegurada ao concessionário a indenização por danos e prejuízos sofridos, se improcedente a causa alegada para a rescisão”* (STF, em RDA 95:121). *“Concessão é um acordo de vontades com obrigações recíprocas; a permissão ou autorização é ato administrativo de caráter precário, revogável*

segundo a conveniência e oportunidade pública” (TJSP, em RDA 87:197). “Na vigência da concessão, não pode o poder concedente outorgar a terceiro a exploração parcial do serviço” (TJSP, em RDA 80:165). “Não se confunde a concessão com a simples autorização ou permissão” (TASP, em RDA 46:136). “A teoria da concessão, como contrato de direito público, é a mais lógica e de acordo com a realidade. A concessão é um contrato típico de direito público, ainda que bilateral seja, e representa uma delegação do Estado ao particular para o desempenho de um serviço público ou de interesse público. Caracteriza-se a subordinação do concessionário ao Estado e o seu controle através do poder de polícia, para salvaguarda do interesse público” (TFR, em RT 40:327). “Na concessão de serviço público, como ato complexo, meio regulamentar, meio contratual, o poder concedente pode modificar, mediante lei, o funcionamento do serviço, alterar o regime dos bens públicos nela envolvidos e até impor novos ônus ao concessionário, desde que lhe assegure o equilíbrio financeiro necessário à remuneração e amortização do capital efetivamente investido” (STF, em RF 226:51) (Obs.: Este aresto, que havia perdido aplicabilidade com a Constituição de 1988, que não mais exige autorização legislativa para as concessões, deve ter nova aplicabilidade às concessões não-elencadas pela Medida Provisória n. 890, de 15 de fevereiro de 1995, ou à lei que lhe suceder, se o for nos mesmos termos) “Contrato administrativo-Concessão de serviço público-Alterações nas condições objetivas do serviço-Possibilidade-Necessidade de observância do equilíbrio financeiro da empresa concessionária. No contrato de concessão de serviço público, ao Estado é lícito alterar as condições objetivas do serviço, desde que o faça sem romper com o equilíbrio financeiro da empresa concessionária” (TJSP, em RT 608:96). “Contrato administrativo-Concessão de serviço público-Modificação unilateral pela concessionária da cláusula atinente à remuneração do serviço-Quebra do equilíbrio econômico-financeiro que autoriza a medida-Alteração de preço. Sendo a concessão de serviço público modalidade de contrato administrativo, o qual não se confunde com o de adesão, tipicamente privado, garantida é ao concessionário, através da cláusula do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a remuneração condizente com o serviço prestado, o que, de outra forma, resultaria na sua má-qualidade, que não é intenção da Administração Pública, garantida lhe sendo, também, a alteração do preço sempre que houver um aumento no seu custo” (TJMG, Ap. Civ. 79.185-2, em RT 658:159). “Contrato administrativo-Concessão-Uso de bem público-Atividade hoteleira-Possibilidade de alteração e de rescisão

unilateral pela Administração-Predominância do interesse público sobre o particular-Segurança cassada” (TJSP, em RJTJESP 107:73). “*Contrato administrativo-Alteração de cláusula financeira-Inadmissibilidade-Modificação que implica em rompimento com o critério remuneratório no contrato convencionado-Sentença confirmada. A concessão de serviço público é modalidade de contrato administrativo e, portanto, subordina-se ao regime dessa espécie de avença. Ao contrário do que ocorre com os contratos de direito privado, nos contratos administrativos pode ocorrer a alteração unilateral das cláusulas contratuais, já que o concessionário se submete à ingerência do Poder Público não-só em relação ao objeto do ajuste como na própria execução do contrato, restando-lhe tão-somente o direito à retribuição pela prestação do serviço, conforme os critérios fixados na convenção*” (TJSP, em RJTJESP 104:98).

b) “*Adquirido o direito à exploração do serviço de transporte coletivo, não pode a Administração revogá-la unilateralmente, com prejuízo da empresa permissionária*” (STF em RDA 97:185, permissão com prazo certo). “*A concessão é um acordo de vontades, com obrigações recíprocas; a permissão ou autorização é ato administrativo de caráter precário, revogável segundo a conveniência e oportunidade pública*” (TJSP, em RDA 87:197). “*A permissão concedida por prazo certo, para exploração de linhas de ônibus, somente pode ser revogada por motivo justo, previsto em lei ou regulamento*” (TJSP, em RDA 110:253). “*A permissão, em princípio, é concedida sempre em caráter precário, não gerando quaisquer privilégios, nem manietando a Administração Pública, salvo convenção expressa em contrário. E, como ato a título precário, poderá, a qualquer tempo, ser revogado*” (TJSP, em RT 467:63). “*Não pode o prefeito cassar permissão administrativa para exploração de serviços funerários auxiliares, sem inquérito regular e com cerceamento de defesa das interessadas*” (STF, em RDP 26:147). “*Pode ser revogada permissão, a título precário, para a exploração de linha de ônibus municipal*” (STF, em RDP 26:148). “*Bem público-Permissão de uso-Cláusula de livre revogação pelo permitente-Anulação do dispositivo pretendida com fundamento no art. 115 do CC-Inadmissibilidade-Ato negocial, unilateral, discricionário e precário onde se permitem as cláusulas exorbitantes ao Direito Comum-Prevalência das disposições de Direito Público. Os contratos públicos da Administração têm características especialíssimas, exorbitantes das normas de Direito Comum, por estarem em jogo fins de interesse público, permitindo-se neles, portanto, a adoção de cláusulas ditas exorbitantes, decorrentes*

de normas especiais. Legal, portanto, a cláusula de rescisão unilateral em proveito da Administração” (TJSP, em RT 651:60). “Permissão de uso-Revogação-Reintegração de posse-Meio idôneo-Impropriedade da ação de despejo-Inexistência de relação locatícia. A permissão de uso é ato unilateral pelo qual a Administração permite a utilização precária de bem público, no interesse exclusivo e predominante do permissionário, e pode ser revogado a qualquer tempo, dando ensejo a ação de reintegração de posse, uma vez que não se configura como contrato de locação com caráter de Direito Privado, visto ser o Poder Público parte sujeita a direitos e obrigações distintos dos concernentes aos particulares.” (2º TAC-SP, em RT 616:140). “Permissão-Táxi-Cassação de inscrição e do alvará de estacionamento-Alegação de envolvimento do taxista em greve-Necessidade de prévia instauração de procedimento administrativo-Lei Municipal n. 7.329, de 1969-Arbitrariedade e ofensa a direito líquido e certo configuradas-Segurança concedida... A ordem rogada foi concedida sob o fundamento de tratar-se de permissão condicionada, razão porque sua cassação deveria obedecer a prévio procedimento administrativo, exigido pela Lei n. 7.329, de 1969, incorrido no caso em exame”... “negam provimento aos recursos” (TJSP, em RJTJESP 116:195). “Contrato-Permissão de uso-Prorrogação-Inadmissibilidade-Precariedade do contrato, sujeito ao interesse público-Inexistência, ademais, de valor em prorrogação-Carência decretada-Recurso não-provido” (TJSP, em RJTJESP 134:55). “Simples permissionário de linha de transporte de passageiros, que a explora em caráter precário, não tem direito líquido e certo de opor-se à abertura de concorrência para sua adjudicação” (TJRS, em RF 235:208).

A Nova Lei Federal: Comentários Objetivos

13. Passemos agora, mais objetivamente, a verificar como a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, disciplinou os vários aspectos concernentes a concessões e permissões de serviço público.

a. no *art. 1º*, estabelece-se que a lei aplica-se às concessões e permissões, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, “das normas legais pertinentes”, bem como das “cláusulas dos *indispensáveis* contratos” Por isso, seria até dispensável o parágrafo único do art. 40, que diz ser a lei também aplicável às permissões.

Isto quer dizer que as *permissões de serviço público*, doravante, só podem ser outorgadas através de *contrato* que, analisando-se sistematicamente o direito positivo, será *contrato administrativo*.

A idéia de outorga de permissão por contrato já havia sido objeto de críticas na doutrina, com relação à ambigüidade da redação do art. 175, parágrafo único, inciso I, da CF, entendendo-se (Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 346, nota 24) que a expressão “caráter especial de seu contrato” que lá consta só pode estar reportada às concessões, pois a permissão de serviço público seria ato unilateral, discricionário, precário e necessariamente revogável, *como sempre foi* (como verificamos anteriormente), no direito positivo, doutrina e jurisprudência, com a exceção apontada da permissão qualificada ou condicionada, *que tem conotação contratual*.

José Cretella Jr. (*Comentários à Constituição de 1988*, Ed. Forense Universitária, p. 4.108, 1993) é mais contundente: “*Tratando, em conjunto, dos dois institutos, da concessão e da permissão, o legislador constituinte, desconhecendo princípios básicos de Direito Administrativo, comete erros palmares, atribuindo à permissão atributos que somente caracterizam a concessão. Da futura lei ordinária deverão constar inúmeros traços do regime das concessionárias e permissionárias, referentes ao Estado, ao usuário e ao empresário, tais como, por exemplo: a) o caráter especial de seu contrato, b) a prorrogação do prazo, c) a caducidade, d) a fiscalização, e) a rescisão, f) os direitos do usuário, g) a política tarifária, h) a obrigatoriedade da manutenção do serviço adequado. Ora, as conotações (a) e (e) aplicam-se à concessão, sendo estranhas à permissão. A concessão, como contrato, rescinde-se; a permissão, como ato unilateral, revoga-se. A expressão caráter especial de seu contrato aplica-se, tão-só, à concessão.*”

Enquanto conjeturávamos se tais opiniões, de dois dos mais importantes administrativistas do país, teriam o condão de induzir a Jurisprudência ao posicionamento que ela *sempre adotou*, vem a Lei n. 8.987/95 e envereda pelo caminho *oposto*.

Então, se a concessão e a permissão se farão, indispensavelmente por *contrato administrativo* e se, além de tudo, se regem pelas disposições pertinentes a essa classe de contratos, temos que:

I) Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993:

“art. 55 - São cláusulas *necessárias* em *todo* contrato as que estabeleçam:

IV- os *prazos de início*, de etapas de execução, de *conclusão*, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, quando for o caso;" (grifos nossos)

Obviamente, adaptado às concessões e permissões, prazos de início e fim e outros prazos eventualmente intermediários.

II) Na própria Lei n. 9.987, de 13 de fevereiro de 1995:

"art. 23 - São cláusulas *essenciais* do *contrato* de concessão, as relativas:

I- ao objeto, à área e ao *prazo* da concessão;" (grifos nossos).

Ora, se o art. 1º e o parágrafo único do art. 40 dizem que também na permissão o contrato é indispensável e que a lei se aplica "também" às permissões, o "*contrato de permissão*" deverá ter, necessariamente, uma cláusula *de prazo*. Vejamos, também, os arts. 5º e 18, inciso I, sobre a obrigatoriedade da definição do prazo.

Isto, como se viu, *retira o caráter precário* da permissão, transformando-a em permissão "qualificada" ou "condicionada", e desnudando a incompatibilidade e impropriedade do art. 40, *caput*, o qual diz que o contrato de permissão, "que observará os termos desta lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação" deverá prever a precariedade e a revogabilidade unilateral pelo poder concedente (no caso, permitente), uma e outra *impossíveis* em se tratando de permissão condicionada, com prazo fixado (que é obrigatório), como vimos anteriormente. Na verdade, o art. 175, parágrafo único, da CF. alude também à "rescisão" da permissão, que José Cretella Jr. ("*Comentários à Constituição de 1988*, citado, p. 4.127) prefere "*denominar de revogação, já que a permissão é ato, e não contrato.*"

Aliás, esse mesmo art. 40, como que querendo diferenciar o contrato de permissão do contrato de concessão, diz que o primeiro é *contrato de adesão*. Ora, como é curial e firmado pela doutrina, *todos* os contratos administrativos, dada a posição de supremacia da Administração na relação jurídica, *o são*. E se esses contratos não fossem administrativos, nem mesmo teria legitimidade a União para disciplinar privativamente as normas gerais a respeito para os vários níveis da Administração, como está no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal

Será que se pensou em uma cláusula que dissesse que a permissão não tem prazo de término, por isso seria precária e revogável unilateralmente? Ou então que, tendo prazo, seria precária e revogável sem indenização? Não desejamos acreditar em tais desatinos.

É verdade que a precariedade tem *gradações*, na prática, e nesse sentido, mesmo os contratos de concessão de serviço público (ou qualquer outro tipo de contrato administrativo) seriam, por assim dizer, sem precisão técnica, “precários”, pois podem ser rescindidos unilateralmente pelas chamadas “razões de interesse público”. Mas, nesse caso, não são “revogáveis unilateralmente”, o que *não acarreta* indenização ou ressarcimento, mas “*rescindíveis*” ou “*encampáveis*” (no caso da concessão de serviço público), o que, como vimos, *acarreta*.

b. o art. 2º, inciso I, considera poder concedente só as *pessoas políticas* (União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios), quando é indiscutível que o Poder Público pode transferir, por lei, até mesmo a *titularidade* de certos serviços públicos a entidades por ele criadas, principalmente as autarquias. É claro que se pode interpretar assim, mas seria melhor a explicitude.

c. art. 2º, inciso III: Aqui, o erro é gramatical, de vernáculo, pois fala em “construção” de obra. Ninguém “constrói” uma obra, mas *realiza-se* uma obra, *mediante*: 1. construção total ou parcial; 2. conservação; 3. reforma; 4. ampliação; 5. melhoramento, de qualquer edifício público, prédio ou equipamento, como estradas, pontes, viadutos, etc. E fala em “exploração da obra”, repetindo o erro: *explora-se o serviço público*, para cujo desempenho realizou-se uma obra qualquer, pois explorar a própria obra significaria, por exemplo, expô-la à visitação pública, cobrando ingressos para isso, enquanto a obra estivesse sendo realizada, antes de pronta para o uso público.

d. art. 2º, inciso IV: Ao conceituar a permissão de serviço público, é contraditório com outros dispositivos da lei, pois não fala em prazo determinado, como nos incisos II e III (concessões) e considera precária a permissão. Este dispositivo, apesar de contraditório, é o que está correto, os outros é que são inadequados.

e. art. 9º, § 2º: Diz que os contratos “poderão” prever mecanismos de revisão de tarifas, para manter o equilíbrio contratual, em vez de “*deverão*” (art. 175, parágrafo único, da CF; arts. 55, inciso III; 57, §§ 1º e 2º; e 65, inciso II, “b” e “d”, a Lei n. 8.666/93), que, inclusive, está em contradição com o § 4º do mesmo art. 9º da Lei n. 8.987/95.

f. o art. 10 se presta a interpretações falaciosas. Quando ocorre um caso de aplicação da “teoria da imprevisão”, fundamentado na regra *rebus sic stantibus* (ver nosso *Contrato Administrativo*, citado, p. 22 e 26), as condições do contrato são *formalmente* mantidas, mas, por fato imprevisível e imprevisível, alheio à

vontade das partes, o equilíbrio econômico-financeiro original, na prática, se rompe, justificando revisão ou até mesmo o desfazimento da relação obrigacional.

g. art. 15, § 3º: Verifica-se, por exclusão, que pode concorrer empresa estrangeira. Mas seria melhor, se essa é a intenção, que o dissesse expressamente, disciplinando o que fosse necessário mais detalhadamente.

h. art. 16: Estabelece, como princípio, a “não-exclusividade” da concessão ou permissão, contrariando toda a Jurisprudência firmada até esta data. Melhor seria o contrário, exclusividade como princípio, em área determinada, com exceções.

i. art. 18, incisos XIV e XVI: Pela redação dos incisos, poder-se-ia inferir que as cláusulas essenciais do art. 23 só seriam obrigatórias para o contrato de concessão, e para o de permissão, como vimos, não é verdade. Até parece que pessoas diferentes redigiram dispositivos diferentes e depois os juntaram, sem compará-los e compatibilizá-los !!!

j. art. 19, § 1º: Obriga a formalizar o consórcio só para a assinatura do contrato. Como se resolveria, então, o caso de um consórcio vencedor, não-formalizado, em que uma das empresas, entre a adjudicação e a contratação, desistisse de sua participação? Não seria melhor que o consórcio já estivesse constituído para participar da licitação? Ou, ao menos, exigir-se já na habilitação, um compromisso de consórcio subscrito pelos consorciados, como é determinado pelo art. 33, inciso I, da Lei n. 8.666/93?

k. no art. 22, assegura-se a obtenção de certidões da licitação ou da concessão *a qualquer pessoa*. Na Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXIV, “b”, exige-se a demonstração do legítimo interesse, “*para defesa de direitos e esclarecimento de situação de interesse pessoal*” Para se evitar entraves burocráticos protelatórios, capazes de prejudicar os procedimentos e a atividade da Administração, deve o dispositivo ser interpretado no sentido da Constituição e também que “certidão” abranja cópias xerográficas ou similares autenticadas pelo funcionário responsável.

l. autores há que não admitem ou que ao menos contestam a possibilidade de subcontratação em concessões de serviço público (v.g., José Cretella Jr., Celso Antonio Bandeira de Mello, e Maria Sylvia Zanella Di Pietro), pois sendo tal contratação *intuitu personae*, estar-se-ia burlando o princípio da licitação, obrigatória pelo art. 175 da CF. Mas nos termos do art. 26 da Lei n. 8.987/95, a “subconcessão” configura *nova* concessão, embora parcial, pois pela

licitação e pela própria característica *intuitu personae*, exonera-se o contratado original da responsabilidade pela subcontratação. E a permissão, não pode ser “subpermitida”?

m. art. 29, IX: Esqueceram-se (provavelmente...) de colocar declaração de utilidade ou necessidade públicas para fins de *desapropriação*, o que, aliás, é mencionado no art. 31, inciso VI. A *promoção* expropriatória, com declaração de utilidade ou necessidade públicas feita privativamente pelo Chefe do Executivo, é exemplo sempre citado de cláusula exorbitante dos contratos administrativos.

n. art. 35: Não se apontam os casos de extinção das permissões, embora no art. 40 se fale em revogação e que a lei se aplica às permissões.

o. art. 37: Está subordinando a encampação a “*lei autorizativa específica*” Esta autolimitação do Poder Público é desnecessária e mesmo de legitimidade duvidosa, pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, pois nada a obriga e o direito à encampação é decorrente da própria titularidade do serviço público, não precisando nem constar das cláusulas contratuais expressamente. Além disto, trata-se de “poder-dever” do concedente, podendo até acarretar a responsabilidade da autoridade, se não exercitado, como se viu nas referências jurisprudenciais e doutrinárias. E no caso da permissão qualificada? Paga-se, também, a indenização, apesar da “revogabilidade” e da “precariedade”?

p. art. 38, § 4º: Porque declarar por decreto a caducidade? Isto resumiria a declaração aos Chefes de Poder Executivo e ao plenário dos Poderes Legislativos, por ser o decreto ato administrativo privativo; isto vai obrigar a uma ginástica interpretativa, ou a delegação de competências em cada esfera da Administração.

q. art. 39: Não se prevê a rescisão judicial por iniciativa do *concedente* (embora seja óbvio que não se pode negar-lhe esse direito processual, quer pela sua natureza de pessoa jurídica, quer pela garantia geral do art. 5º, inciso XXXV da CF, quando mais não fora). Pode interessar a este essa via, por exemplo, para exonerá-lo de indenização ou ressarcimento.

r. art. 40: Já foi bastante comentada sua impropriedade.

s. art. 42, § 2º: Fala em concessões em “caráter precário” que *não existem*, pela sua própria natureza; por prazo indeterminado, que seriam ilegais por não conter a cláusula *essencial* relativa ao prazo; e que tiverem prazo já vencido, em que *não mais existe* uma relação jurídica que possa ser prorrogada. Além disso, a Lei

n. 8.666/93, que trata de licitações e contratos em geral para a Administração, proíbe os efeitos *pretéritos* de aditamentos ou prorrogações. Como, então, se diz que “*permanecerão válidas*” concessões que *não são mais válidas*?

t. art. 45: A condição imposta para viabilizar a indenização é incabível. Na Justiça, as concessionárias ganharão a indenização, independentemente do Poder Público abrir nova licitação.

u. medida Provisória n. 890, de 13 de fevereiro de 1995: O art. 1º arrola os serviços passíveis de concessão ou permissão, mas de modo *exaustivo* e não-exemplificativo, subordinando a terceirização de outros serviços a lei autorizativa. É verdade que está prevista a maioria das hipóteses possíveis, mas não todas: serviços nas áreas de esportes, de turismo, ou da cultura, por exemplo, dependeriam de nova lei.

v. art. 3º: É incrível o “cheque em branco” dado à Administração, burlando o princípio constitucional da licitação e mesmo da legalidade e vinculação dos contratos administrativos. Nos artigos 4º e 16, também saltam aos olhos os privilégios, em especial às estatais prestadoras de serviços públicos.

x. art. 12, II: A União poderia ainda fundir, cindir ou transferir concessões mesmo de empresas privadas?

z. finalmente, uma dúvida de caráter geral, sobre a Lei n. 8.987/95 e sobre a Medida Provisória: o que pode ser considerado como “norma geral” e o que não o seria, pois, ao contrário da Lei n. 8.666/93, não se diz que “tudo” dessas normas jurídicas é norma geral, legitimando sua obrigatoriedade para as demais pessoas políticas da Federação?

Confronto entre a Lei Federal e a Estadual N. 7.835/92

14. Vejamos, finalmente, no que as disposições da Lei federal n. 8.987/85 implicam em alterações ou adaptações para a Lei estadual n. 7.835, de 8 de maio de 1992.

a. art. 2º, inciso II: Está mais certo que a lei federal, mas ainda assim fala em “construção de obra”, como a outra.

inciso IV Deve ser modificado, pois agora a relação será *contratual*. Embora, como vimos, esteja a conceituação absolutamente correta em relação à doutrina e jurisprudência anteriores à lei federal, esta dispõe de outra forma.

b. o art. 4º só pode ser mantido até a palavra “contratos” A lei federal não prevê a dispensa de licitação, embora seja admitida pela Lei n. 8.666/93: portanto, eliminam-se também os incisos I, II e III, bem como os §§ 1º e 2º do artigo.

c. art. 8º: Inciso II confunde-se com a concessão de obra pública, que já é tratada mais adiante. Mas pode ficar.

Incisos VII e VIII, que tratam de recursos financeiros e provisões para depreciação: embora não constem da lei federal, podem, aliás devem ser mantidos.

Inciso XVI, que trata das penalidades a serem aplicadas eventualmente aos usuários dos serviços: É duvidosa sua legitimidade, sem lei que as autorize (art. 5º, II, da CF= *Ninguém será obrigado...etc.*).

Inciso XIX, poderes para desapropriar: não está no artigo correspondente da lei federal, mas está em outro da mesma. Pode ficar, portanto.

Inciso XX A lei federal não fala em prorrogação, embora a Lei n. 8.666/93 e a própria Constituição Federal, no art. 175, § único, inciso I, a mencione. A Medida Provisória também a prevê, para concessões de energia elétrica. Como a União legisla sobre normas gerais e só a lei de concessões não a menciona, pode-se interpretar no sentido da admissibilidade de prorrogação, prevista no Edital e devidamente justificada caso a caso.

d. art. 9º: O § 1º pode ser mantido, desde que seja feita a mencionada alteração no art. 4º para não permitir dispensa ou inexigibilidade de licitação.

e. art. 10, § único: o mesmo comentário feito ao inciso XX do art. 8º, referente à possibilidade de prorrogação.

f. art. 15: Embora não constem no artigo respectivo da lei federal, devem ser mantidos os incisos IX, X e XI, além dos demais.

g. art. 21: Fala em procedimento “sumário”, com garantia de defesa. Isto é peculiaridade local, mas o § 3º do art. 38 da lei federal exige “comunicação prévia” do descumprimento contratual, *antes* de instaurado o procedimento.

h. art. 24: Estaria certo, pela doutrina e jurisprudência, mas o artigo 37 da lei federal subordina, desnecessariamente, como vimos, a encampação a “lei autorizativa específica”

i. art. 25: Também não prevê, como a lei federal, rescisão judicial pelo concedente, mas este, independentemente disso, tem esse direito.

j. art. 27: Intervenção é praticamente igual ao da lei federal, só que esta exige *decreto* para a intervenção. Neste caso específico, achamos melhor a lei federal.

§ 2º A lei federal não fixa esse prazo de 180 dias para a vigência da intervenção. Pode ficar, como autolimitação, ou adaptar-se.

k. art. 28: A lei federal (art. 33), o prazo para instauração do procedimento é de 30 dias, em vez de 15. Pode ficar ou adaptar-se.

l. § 2º O prazo para conclusão do procedimento administrativo, na lei federal (art. 33, § 2º), é de 180 dias, e não de 90. Também pode ficar como autolimitação, ou adaptar-se.

m. art. 32: No inciso II fala-se em contribuição de melhoria, etc, que não estão expressamente citados na lei federal. Mas nesta, o art. 11 fala em receitas alternativas, o que pode compatibilizar-se com as medidas da lei estadual.

n. art. 33, que fala em formalização da permissão por “ato apropriado” A lei federal exige expressamente o contrato. Além disso, a permissão federal não se aplica só a situações de urgência ou emergência, como a estadual (arts. 2º inciso IV e 34).

o. art. 34: Parágrafo único estaria certo, mas como a lei federal exige o contrato, não poderá haver revogação unilateral, sem indenização, apesar do que diz o art. 40, § único, da lei federal, já comentado anteriormente.

Conclusão

15. Em conclusão, no confronto da legislação federal com a Lei estadual n. 7.835, de 8 de maio de 1992, verifica-se que embora esta última repita certas imperfeições da lei federal, foi melhor elaborada e, com poucas exceções, compõe-se de dispositivos exequíveis, ao contrário da lei federal, que envereda por várias aberrações jurídicas, a merecer reforma. Mas, por isso, há certos dispositivos da lei estadual que, em obediência ao art. 1º, § único, da Lei federal n. 8.987/95, devem ser alterados. Isto não impede, entretanto, que se elabore novo projeto, mais conciso e “balanceado” “compatibilizado” pois a disciplina suplementar dessa matéria inclui-se na iniciativa legislativa dos demais entes federativos, cabendo à União, como vimos, a iniciativa privativa para normas gerais.

MEDICINA FORENSE

PERÍCIAS EM INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Sebastião André de Felice

Superintendente do Instituto de Medicina Social e Criminologia de São Paulo (IMESC).

Professor Livre-docente do Departamento de Prática de Saúde Pública da Faculdade de Saúde Pública da USP e Professor Colaborador do Departamento de Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da USP

José Maria Marlet

Professor Titular do Departamento de Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da USP.

Resumo:

Os AA apresentam o princípio em que se baseiam as perícias de paternidade. Discutem o valor das probabilidades associadas a cada um dos testes rotineiramente empregados. Concluem que o teste mais eficiente é o do DNA, pois enquanto que todos os outros apenas permitem afirmar a exclusão da paternidade, este a afirma, com probabilidade de acerto de 100%.

Descrevem de maneira sucinta a estrutura do DNA e a maneira de usá-la na perícia de paternidade. Analisam, ainda, as possíveis causas de erro desta técnica.

Abstract:

The AA have the principle on which the examination of paternity are based. They discuss the value of the probabilities related to each one of the tests usually used. They conclude that the most efficient tests is the DNA one, of whereas all of the others allow us to prove the exclusion of paternity, such a test proves it with 100% of certainty.

They describe the structure of the DNA and the means to use it in the examination of paternity in a simplified way. Furthermore, they analyses the possible causes of error of such a technique.

A prova de conjunção carnal não prova a fecundação. A prova de conjunção não passa de mera prova indiciatória. Por exemplo, nos casos de plurium concubentium não há como se saber qual foi o homem fornecedor do espermatozóide fecundante.

Diante da dificuldade apontada, é necessário que o juiz se socorra de provas periciais baseadas nos caracteres hereditários da criança.

No momento da fecundação fundem-se o espermatozóide (portador de 24 cromossomos paternos) com o óvulo (possuidor de 24 cromossomos maternos), refazendo-se assim no filho a quantidade de 24 pares de cromossomos próprios da espécie humana.

As provas periciais apresentadas à Justiça, em casos de paternidade contestada, baseiam-se sempre no fato de que no filho não pode ter nenhum caráter hereditário que não provenha do pai ou da mãe.

Em aparecendo algum carácter hereditário que não se encontre nem no suposto pai e nem na mãe é incontestável que o mesmo provem do verdadeiro pai, excluindo-se assim a possibilidade da paternidade do homem suspeito.

Tradicionalmente as perícias são praticadas no sangue e são feitas na série vermelha, pesquisando-se a presença de antígenos existentes na membrana das hemácias (sistemas ABO, Rh, MNS etc.) e nos leucócitos (antígenos HLA).

Existem outras possibilidades periciais, como as baseadas nos sistemas séricos (Gm, Gc, nas haptaglobulinas etc.) não empregadas entre nós pela extrema complexidade técnica que demandam.

Cada um destes antígenos apresenta uma determinada probabilidade de exclusão. Estudos estatísticos extremamente rigorosos têm mostrado que 20 sistemas da série eritrocitária podem excluir acertadamente 72% de falsos pais. Acrescentando o teste do HLA alcança-se a probabilidade de exclusão dos falsos pais de aproximadamente 98%.

Esta alta percentagem de exclusão leva à falsa impressão de certeza, o que está completamente errado, pois significa que sobram 2% dos homens em idade fértil que podem ser o verdadeiro pai, o que, em termos populacionais representa um número enorme de possíveis pais. Esta falha das perícias clássicas de exclusão de paternidade (séries eritrocitária e leucocitária) costuma ser suprida por provas indiciatórias. Infelizmente são sobejamente conhecidas a fragilidade das provas indiciatórias, o que, não raro, leva à atribuições de paternidade erradas, com as conseqüências sociais facilmente imagináveis.

Felizmente dispomos atualmente de uma prova de certeza absoluta de paternidade : a do DNA (ácido desoxi-ribonucleico).

O DNA é conhecido de longa data pelos geneticistas, mas foi o Prof. Alec Jeffreys, em 1985, na Inglaterra, quem simplificou as técnicas de manipulação do DNA, de maneira a torná-las acessíveis aos laboratórios não especializados em pesquisas genéticas, abrindo a possibilidade de que os estudos do DNA fossem

aplicados para resolver problemas práticos, como os representados pelas perícias de paternidade ou de identificação médico-forense.

Vejamos em que consiste o DNA:

No interior de todas as células, com exceção das hemácias, há o núcleo, formado por um enovelado de “estruturas filiformes” chamados cromossomos. Dispomos de técnicas relativamente fáceis de desmanchar o núcleo, isolando seus cromossomos.

A matéria prima dos cromossomos é o DNA.

Os cromossomos estão formados por um par de “fitas” de aminoácidos ligados entre si, como se se tratasse de um zíper, e que adotam forma espiralada.



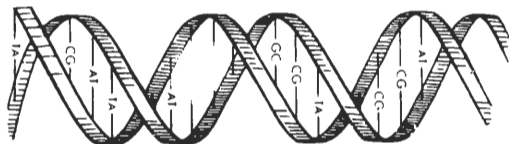
Existem quatro aminoácidos (guanina, adenina, tiamina e citosina), representados respectivamente pelas letras G, A, T, e C, que se unem entre si sempre da seguinte maneira:

G com C

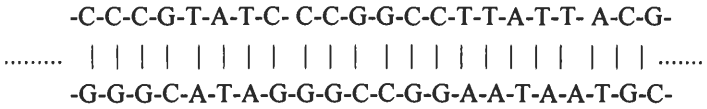
A com T

Assim, conhecida seqüência numa das “tiras”, conhece-se a da outra.

A seqüência dos “dentes” do zíper caracteriza a mensagem genética.

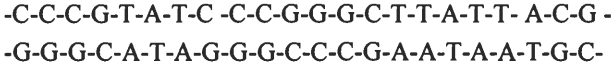


Esquemáticamente podemos representá-la por



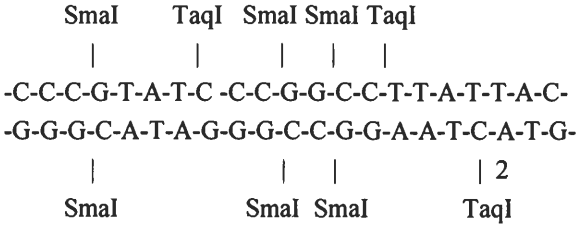
Procedimentos térmicos permitem separar as duas “fitas” de DNA, como se se abrisse o “zíper”

O exemplo apresentado fica:

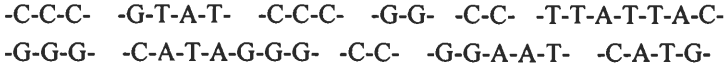


Existem diversas enzimas, chamadas de enzimas de restrição, que cortam, como se fossem tesouras químicas, os micro-satélites nos pontos em que encontrarem uma determinada seqüência de aminoácidos, assim, por exemplo, a enzima de restrição SmaI corta a cadeia de aminoácidos sempre na seqüência C-G, enquanto que a enzima de restrição TaqI o faz na seqüência T-C.

Na exemplo apresentado anteriormente, as enzimas de restrição SmaI e TaqI cortariam cada “fita” nos pontos



transformando a cadeia em fragmentos de restrição. No nosso exemplo os fragmentos de restrição são:



Os fragmentos de restrição têm seqüências e tamanhos muito variados. São diferentes em cada pessoa (exceto entre irmãos gêmeos univitelinos) e se transmitem seguindo as leis de Mendel.

Dispõe-se atualmente de uma técnica, a do PCR, que permite reproduzir em poucas horas os fragmentos de restrição milhões de vezes, tornando-se possível praticar as perícias com quantidades iniciais de DNA ínfimas.

A técnica pericial segue o seguinte caminho:

1 Isolamento do DNA do material disponível (sangue fresco ou seco, bulbo capilar, fragmento de tecido etc.

2 - Separação das “tiras” de DNA por calor.

3 - Cortar o DNA em fragmentos de restrição, mediante banho com enzimas de restrição.

4 - Hibridação: consiste em incubar os fragmentos de restrição com fragmentos de restrição preparados no laboratório e marcados com íons radioativos, chamados sondas. Cada sonda procura o segmento de restrição com o qual possa se acoplar conforme a seqüência de aminoácidos.



5 Eletroforese: Cada segmento de restrição refeito (original + sonda) é colocado numa superfície de gel e submetida à passagem de corrente elétrica. Os segmentos de restrição têm cargas elétricas diferentes, dependendo de seu comprimento, o que permite que se desloquem a distâncias variáveis, distribuindo-se em faixas paralelas contendo milhões de segmentos de restrição.

6 Revelação: A tira de gel é colocada em contato com uma chapa de Rx, que fica sensibilizada pela radioatividade de cada grupo de segmentos de restrição.

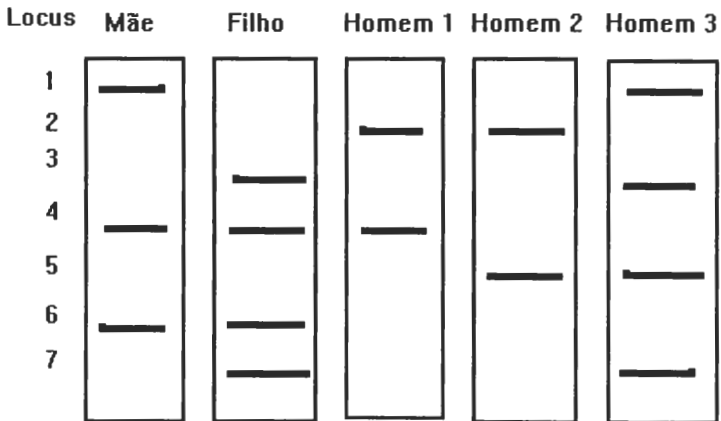
O aspecto resultante, de maneira esquematizada é:



Esta imagem é parecida à seqüência de linhas usada na codificação eletrônica dos preços nos supermercados.

Obtida a imagem de cada um dos interessados na determinação da paternidade (mãe, filho e indigitado pai), passa-se à análise dos resultados por comparação das bandas do filho com as da mãe e as do presumido pai.

Imaginemos que os resultados foram de um caso em que há três homens suspeitos de serem o pai:



Concordâncias nos locus:

Filho e mãe : 4 e 6

Filho e homem 1 : 4 (tanto pode ser do pai
como da mãe, logo não
pode ser levado em conta)

Filho e homem 2 : nenhuma

Filho e homem 3 : 3 e 7.

Isto permite excluir os homens 1 e 2 como possíveis pais e afirmar a paternidade do homem 3.

A grande diversidade na composição do DNA de uma pessoa para outra e sua transmissão hereditária segundo as leis de Mendel permite afirmar, com uma probabilidade de 99,99%, isto é, praticamente com certeza, qual entre os examinados. é o pai fisiológico.

A grande vantagem do teste do DNA consiste em poder afirmar a paternidade, ao contrário do que ocorria com os testes anteriores, capazes apenas de excluí-la, mas nunca de afirmá-la.

Algumas dúvidas foram levantadas quanto à validade deste teste no mundo jurídico. Do ponto de vista teórico, nada cabe se pode objetar ao mesmo. Deve-se ressaltar, contudo, que o teste é feito por homens e que estes são sempre falíveis.

Para se ter certeza que o teste é realmente fidedigno, deve-se ter presente:

a) A idoneidade do laboratório onde foi feita análise.

b) A procedência dos reativos empregados.

c) Se são observadas, de rotina, as normas estabelecidas por laboratórios de referência.

A PROVA PERICIAL NO FORO PENAL

José Lopes Zarzuela

Professor Doutor do Departamento de Medicina Forense e Criminologia
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

É apresentado um rol de conceitos de perícia no foro penal, esclarecendo-se que esta modalidade tem a peculiaridade de constituir uma atividade do Estado-juiz.

É reportada de forma extraordinária a evolução histórica da prova criminal de diversos povos, conforme as preleções do professor Rogério Lauria Tucci, destacando-se que o legislador penal dos anos 40 separou o exame de corpo de delito dos demais tipos de provas e consignando que Hélio Bastos Tornaghi considera que deveria retirar-se o exame de corpo de delito do capítulo das outras perícias previstas na processualística penal, situando-o entre a Prova e a Sentença.

Abstract:

A list of concepts of examinations in the criminal court is presented, explaining that this aspect possesses the peculiarity of constituting an activity of the Judge state.

It is reported in a manner uncommon to the historic evolution of the criminal evidence of various countries, according to professor Rogério Lauria Tucci, pointing out that the criminal legislator of the 40's separated the examination of the body of the offense from the remaining types of evidence, trusting Hélio Bastos Tornaghi to consider removing the examination of the body of the offense from the chapter covering the other examinations foreseen in the criminal proceedings, placing it between the Proof and the Verdict.

SUMÁRIO

- 1 Conceitos
 - a. Hélio Bastos Tornaghi
 - b. Moacyr Amaral Santos
 - c. Gabriel Rezende Filho
 - d. José Frederico Marques
 - e. Almeida Júnior e Costa Júnior
 - f. Zaccharias e Zaccharias
 - g. Guilherme Oswaldo Arbenz
 - h. Hernando Devis Echandia
 - i. Luigi Mattiolo
 - j. Ernest Desiré Glasson
 - k. Paul Kuche

- l. João Bonuma
- m. João Manuel de Carvalho Santos
- n. Jorge Americano
- o. José Lopes Zarzuela

2 - A Perícia no âmbito do Processo Penal

3 - Escorço Histórico da Perícia Penal

- a. China
- b. Israel
- c. Grécia
- d. Roma
- e. Direito Canônico
- f. Da Idade Média à Atualidade
- g. Portugal
- h. Brasil

4 Natureza Jurídica

5 Modalidades de Perícias no Foro Penal

- a. Percipiendi
- b. Deduciendi
- c. Direta
- d. Indireta
- e. Contraditórias
- f. Complementares
- g. Retrospectiva
- h. Prospectiva

1 - CONCEITOS

a. Hélio Bastos Tornaghi: *Perícia* constitui uma pesquisa que exige conhecimentos técnico, científico ou artísticos.

b. Moacyr Amaral Santos: *Perícia* consiste no meio pelo qual, no processo, pessoas entendidas e sob compromisso verificam fatos interessantes à causa, transmitindo ao juiz o respectivo parecer.

c. Gabriel de Rezende Filho: *Perícias* não são senão meios de prova, consistindo na inspeção judicial feita por perito sobre pessoas, coisas, móveis etc., para verificar algum fato ou circunstância ao mesmo relativa.

d. José Frederico Marques: *Perícia* é uma prova destinada a levar ao magistrado elementos instrutórios sobre normas técnicas e sobre a prova do fato que dependa de conhecimentos especializados.

e. Almeida Júnior e Costa Júnior: *Perícia* é toda atuação de técnicos ou doutos, promovida pela autoridade competente, com a finalidade de esclarecer a Justiça sobre um fato de natureza permanente ou duradouro. Quando esta atuação é incumbência de médico, nomeado legalmente para esse mister, chamamô-la perícia médica.

f. Zaccharias e Zaccharias: *Perícia* é o exame que, por determinação da autoridade policial ou judiciária, realiza-se com a finalidade de elucidar fato ou evidenciar estado ou situação no interesse da Justiça.

g. Guilherme Oswaldo Arbenz: *Perícia* é toda a operação ordenada por autoridade judiciária ou policial, que se destina a ministrar esclarecimentos técnicos à Justiça.

h. Hernando Devis Echandia: *Perícia* é uma atividade processual desenvolvida em virtude de encargo judicial, por pessoas distintas das partes do processo, especialmente qualificadas por seus conhecimentos técnicos, artístico ou científico, mediante o que são ministrados ao juiz argumentos ou razões para formação de seu convencimento sobre certos fatos cuja percepção ou cujo atendimento escapa das aptidões comuns das pessoas.

i. Luigi Mattirolò: *Perícia* é o testemunho de uma ou mais pessoas peritas para o conhecimento de um fato, cuja existência não pode ser averiguada ou juridicamente apreciada sem o concurso de especiais conhecimentos científico ou técnico.

j. Ernest Desiré Glasson: *Perícia* é a operação conferida a certas pessoas, em razão de seus conhecimentos especiais sobre os fatos que os juizes, por si próprios, não poderiam apreciar com exatidão.

k. Paul Kuche: *Perícia* consiste na atribuição conferida a pessoas competentes, tendo em vista a solução da causa de proceder a verificações, que exigem conhecimentos especiais e comunicar ao tribunal o resultado do seu exame.

l. João Bonuma: *Perícia* é a contribuição fornecida ao juiz por um terceiro, nomeado *ad hoc* ou investido em tais funções em virtude de cargo, para a verificação de fatos ou suas conseqüências relativamente à demanda.

m. João Manuel de Carvalho Santos: *Perícia* consiste no encargo conferido a pessoas competentes, de preferência especializadas e técnicas, para

proceder às averiguações que se fizerem necessárias, para o esclarecimento das questões debatidas no processo, sempre que tais pronunciamentos exijam conhecimentos especializados, devendo o resultado do exame procedido ser levado ao conhecimento do juiz, por meio do laudo.

n. Jorge Americano: *Perícia* se verifica toda vez que o juiz confia a pessoas técnicas, sob compromisso, o ofício de examinar e dar opinião sobre uma questão de fato que exige conhecimentos especializados.

o. José Lopes Zarzuela: *Perícia* é uma modalidade de prova que requer conhecimentos especializados para a sua produção, relativamente à pessoa física, viva ou morta, e à coisa, implicando na apreciação, interpretação e descrição de fatos ou de circunstâncias de presumível ou de efetivo interesse judiciário.

2 A perícia no âmbito do Processo Penal

Tem a peculiaridade de constituir uma atividade estatal destinada a fornecer elementos instrutórios de ordem técnica e proceder a comprovação e formação do corpo de delito. A perícia consumada na fase preparatória do inquérito policial, não representa simples peça investigatória, apesar de prestar-se para integrar a *informatio delicti*. Ultimada em qualquer fase do procedimento penal, é sempre ato instrutório de órgão auxiliar da justiça na pesquisa da verdade. Seu valor é o mesmo, tanto ao ser procedida em juízo, quanto ao ser realizada durante a fase preparatória do inquérito. Sua força probatória deriva da capacidade técnica do perito que elabora o laudo, bem como do conteúdo desse trabalho.

3 Escorço histórico da perícia penal

a. *China*. Conforme preleciona o professor Rogério Lauria Tucci na obra *Do Corpo de Delito no Direito Processual Penal Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1978, no código chinês Ta-Tsing-Len-Lee, há registros de lesões corporais e cálculos do tempo que tais ferimentos levam para a recuperação da vítima; a descrição dessas lesões implicava na realização do exame de corpo de delito no ofendido, sugerindo que a perícia médica tinha como escopo a determinação da materialidade do fato como pressuposto do processo.

Na China, Egito e outros países orientais, as impressões papilares foram utilizadas para substituir a assinatura de analfabetos e na identificação de

delinquentes. Verifica-se assim que esta modalidade de identificação constituiu a ancestral dos modernos arquivos monodactilares, destinados exclusivamente à guarda de dactilogramas de criminosos, bem como os dactilogramas artificiais revelados e levantados nos locais do fato.

b. *Israel*. João Mendes de Almeida Júnior esclarece que desde as mais longínquas épocas da história, o exame de corpo de delito foi a mais importante das perícias, realizada com a presença da autoridade judiciária no local do fato; esta, através da inspeção ocular, procedia o exame pericial, particularmente nas ocorrências de homicídios, lesões corporais e crimes contra os costumes. No Deuteronômio há menção do exame de corpo de delito direto nos homicídios, a fim de se apurar a responsabilidade penal do acusado, referindo-se também ao exame de corpo de delito indireto em casos de envenenamento, casos estes em que participava o Conselho de Varões, aos quais se dava a incumbência de coletar elementos instrutórios para provar o fato perante os juízes.

c. *Grécia*. Na colheita das provas havia um procedimento misto: inicialmente procedia-se a acusação por qualquer pessoa do povo e depois era realizada a inquirição das testemunhas, cabendo ao acusador a produção das provas que eram submetidas à apreciação da suprema assembléia. Não faltou aos gregos a acurada percepção do fato criminoso, diretamente pela intervenção de técnicos e indiretamente por testemunhas. Em Atenas, no julgamento do homicídio aplicava-se um misto de cognição do arconte ou do conselho dos técnicos e do depoimento de testemunhas. Ao órgão judicante cabia a apreciação valorativa dos elementos coletados, seguindo-se-lhe a prolação da sentença.

d. *Roma*. Entre os romanos havia a necessidade de fixar-se a materialidade do crime para só então cogitar-se imputá-lo ao seu autor. Todavia, este aspecto não é pacífico, pois, segundo David Winspeare e Nicola Nicolini, não era costumeira a constatação existencial do delito independentemente da apuração de seu responsável. No procedimento penal da *accusatio*, empregado desde o fim da república romana, no sistema processual das *quaestiones perpetuae*, quem pretendesse sustentar uma acusação, deveria oferecer libelo no qual teria que ser indicado o delito praticado e a lei que fora violada, impondo-se ao acusador juramento sobre o que afirmasse ser verdadeiro. Com o somatório desses elementos passava-se a analisar os meios probatórios oferecidos pelo delator, com ou sem auxílio de órgãos públicos. Este conjunto probatório correspondia a uma atividade totalmente similar à preparação do inquérito policial de nossos dias. Passava-se

depois a *inquisitio*, destinada a apuração da infração penal, a fim de comprovar-se sua materialidade, isto é, à formação do corpo de delito, para que se pudesse fundamentar a acusação e a prolação da sentença. No processo penal romano distinguiam-se três períodos perfeitamente distintos:

- comicial, fundamentado na *inquisitio* e caracterizado pela ausência de formalidades procedimentais. Empregava-se a *coercitio* e a *anquisitio*, em que a coletividade se fazia juiz dos próprios interesses, instituindo-se em órgão judicante ou delegando a repressão a agentes estatais;

- procedimento ordinário das *quaestiones*, caracterizada pela *accusatio*;

- *extraordinaria cognitio* depois de restaurado o procedimento penal de ofício. Nestes períodos prevaleceu o procedimento inquisitório, parecendo que somente se procedia contra o indiciado a *inquisitio*. A ação penal era realizada pelo *inquisitor* que, apesar da liberdade que dispunha só podia acionar o responsável desde que contra o mesmo existissem elementos probatórios de sua culpabilidade. Portanto, só depois de plena segurança da existência do fato punível é que a autoridade encarregada da *persecutio criminis* iniciava a ação penal, a fim de impor-lhe a pena compatível com o delito cometido, observando-se no processo penal romano o princípio segundo a qual *actio non datur nisi constet de crimini*.

e. *Direito Canônico*. Os tribunais eclesiásticos foram preliminarmente dominados pelo princípio acusatório, constituindo a acusação o *modus ordinarius* destituído de qualquer concepção inovadora, considerando que foi plenamente inspirado no Direito Romano. Diante da necessidade de estabelecer-se um procedimento mais severo, o papa Inocêncio III introduziu o sistema consubstanciado na *persecutio ex officio* que se denominou *per inquisitionem*. Estabeleceu-se então que além da acusação, o procedimento criminal deveria ser iniciado através do inquérito ou por denúncia. Este procedimento desenrolava-se em uma das seguintes modalidades: *per accusationem* ou *per denunciationem* ou *per inquisitionem*.

O papa Inocêncio III introduziu no processo penal canônico o emprego da inspeção ocular pelo juiz e a perícia médica, com a finalidade da apreciação e fixação do corpo de delito. Com a evolução da medicina na Idade Média, os peritos passaram da simples inspeção externa do cadáver para também a interna, através da abertura de suas cavidades naturais.

f. *Da Idade Média à Atualidade*. Foi o direito canônico que difundiu a regra de que a comprovação do corpo de delito no crime de homicídio deveria ser ultimada pelo juiz e pelo perito médico, estendendo-se depois tal regra a todos os delitos perpetrados contra a integridade física do ofendido.

Nos direitos germânico e anglo-saxônico tal atividade era exercida pelo juiz e pelo *coroner*. Em todos os casos de encontro de cadáver era usual comprovar-se o fato *in genere*, ou seja, o corpo de delito.

Os juriconsultos italianos do século XIV e os práticos napolitanos do século XV, adotaram que o corpo de delito representava o fundamento do processo penal. Tal preceito nos séculos futuros estendeu-se a toda a instrução criminal.

Próspero Farinácio empregou a expressão *corpus delicti* pela primeira vez na obra *Quaestiones I* e, posteriormente, com as idéias consagradas nas revoluções francesa e norte-americana, aparece nova concepção procedimental no código napoleônico, onde se fundiram elementos dos procedimentos inquisitório e acusatório. As regras relativas à constatação do corpo de delito dizem respeito ao momento introdutório da *persecutio criminis*, com a adoção do imperativo *actio non datur nisi constet de corpore delicti*.

Nas legislações austríaca de 1859, alemã de 1877, bem como na belga, espanhola, britânica, italiana e portuguesa, apareceram normas correlatas, observando-se em todas a preocupação de realizar-se a comprovação da materialidade do delito, a fim de impor-se a perseguição e sanções punitivas ao autor da infração penal.

g. *Portugal*. A primeira lei que se referiu à materialidade do crime, data de meados do século XIV, dispoendo sobre o regime da prova do crime de lesões corporais no Livro das Leis e Posturas.

Nas Ordenações Afonsinas há igualmente dispositivos de conteúdo penal no livro V, alusivos a comprovações de ferimentos, particularmente nos títulos VI, XXXIV, LXXXII e CX, disposições estas baseadas em fontes históricas do Livro das Sete Partidas e no Fuero Real de Afonso X, o Sábio. As Ordenações Manuelinas mencionam nos capítulos XLII, LXVIII e LXXV do livro V, provas sobre lesões, inquirição contra autor de delito de cárcere privado, comprovação de ferimentos, espancamentos e defloramento. As Ordenações Filipinas, como as precedentes, dispuseram nos livros I e V, respectivamente nos títulos LXV, XCV e CXVII, sobre as devassas particulares e a verificação prévia de lesões corporais bem como da menção do procedimento inquisitivo. Além das Ordenações do Reino foram

editados atos legislativos relativos ao corpo de delito, como a lei de 6 de dezembro de 1612 e o alvará de 20 de outubro de 1763; na lei de 1612, chamada de Reforma da Justiça, assinala-se que sem o corpo de delito, o procedimento criminal não poderia subsistir. Todavia, no alvará de 1763, aparentemente é registrada pela primeira vez a expressão corpo de delito. Tal locução é mencionada no alvará de 1765, relativamente ao processo criminal militar e no alvará de 1810, relativo à determinação da intervenção de médicos nos exames periciais, nomeados na qualidade de legistas. O Assento da Relação do Porto, de 20 de novembro de 1760, contém as providências que deveriam ser adotadas no local de exame de pessoas feridas, bem como a menção de que especialidade médica deveria participar desses exames.

h. *Brasil*. Na legislação editada no Império, a primeira referência à locução corpo de delito aparece nas instruções de 4 de novembro de 1825, determinando que os comissários de polícia deveriam dirigir-se ao local onde houvesse ocorrido encontro de cadáver ou pessoa ferida; deveriam arrolar testemunhas, apreender armas e outros instrumentos de crime como peças de instrução para servirem ao procedimento legal e oferecerem ao juiz todas as informações necessárias. O juiz criminal era o perito a quem competia a inspeção do local e a formação do corpo de delito. Esta regra processual foi posteriormente reproduzida no art. 134 do código de processo criminal de 1832, com a especificação do auto de corpo de delito. O art. 158 do CPP vigente teve sua redação provavelmente inspirada no conteúdo da disposição legal contida no código de processo criminal de Primeira Instância do Império do Brasil, ao registrar a indispensabilidade da formação do auto de corpo de delito, tanto nas perícias diretas, através da inspeção ocular, quanto através de testemunhas, como fundamento do procedimento penal, sendo nulo o processo criminal em sua ausência, não podendo supri-lo, inclusive, a confissão do acusado. A Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, no art. 47 textua que nos crimes que não deixam vestígios, ou de que se tiver notícia quando os vestígios já não existam e não se possam verificar ocularmente por um ou mais peritos, poder-se-á formar o processo independentemente de inquirição especial para o corpo de delito, sendo no sumário inquiridas testemunhas, não-só a respeito da existência do delito e suas circunstâncias, como também acerca do delinquentes. O regulamento n. 120, de 31 de maio de 1842, dispõe no art. 256 sobre a necessidade de realizar-se imediatamente o corpo de delito, quando da prática de crimes que deixam vestígios, observando-se o texto dos arts. 136 e 137 do código de processo

criminal. Outros dispositivos legais que se seguiram transferiram a atribuição de comprovação do corpo de delito, que era atribuição privativa do juiz criminal, para o chefe de polícia, delegado e subdelegado de polícia, juiz municipal e juiz de paz.

Com o advento da República, por determinação constitucional, a competência a respeito de legislação processual foi delegada aos Estados-Membros da União. O Estado de São Paulo editou o código de processo penal, fruto de esforços de João Mendes de Almeida Júnior. Este código, no art. 169 textuava: *“quando tiver sido cometido algum delito que deixe vestígios, que possam ser ocularmente examinados, a autoridade policial, ou o juiz de paz que mais próximo e pronto se achar, a requerimento da parte, ou de ofício, nos crimes em que teve lugar a denúncia, procederá imediatamente o corpo de delito”*

Com o advento da Constituição Federal, de 16 de julho de 1934, restabeleceu-se a competência privativa da União para legislar sobre matéria processual. O governo federal instituiu comissão formada por Antonio Bento de Faria, Plínio de Castro Casado e Luiz Barbosa da Gama Cerqueira, presidida pelo então ministro da Justiça e Negócios Interiores, Vicente Rao, a fim de apresentarem projeto do novo CPP, o que foi efetivamente ultimado em 15 de agosto de 1935, encontrando-se no mesmo disciplinado o exame de corpo de delito no título IX Das Provas, arts. 219 a 223, com as características tradicionais.

Em decorrência do golpe de Estado de 10 de novembro de 1937, este projeto não foi encaminhado para discussão e votação, tendo outra comissão sido formada por Vieira Braga, Néelson Hungria, Narcélio de Queiroz, Roberto Lyra e Cândido Mendes de Almeida. Cuidou o novo projeto do CPP do exame de corpo de delito, no capítulo das perícias em geral, transformando-se no CPP vigente pelo Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1942.

4 Natureza jurídica

O legislador do CPP vigente dispôs o exame de corpo de delito e as perícias em geral no início da parte do código, no título Das Provas, demonstrando assim dois aspectos essenciais:

a. considerar que o exame de corpo de delito constitui uma modalidade de perícia;

b. atribuir ao exame de corpo de delito um valor particular.

Entretanto, não é pacífica a concepção de perícia entre os processualistas, pois, enquanto alguns a considerem modalidade de prova, outros a consideram mais do que prova, levando em conta que a perícia possui tudo o que se exige de um meio de prova, mas contém ainda outros elementos não contidos na mesma, razão pela qual a inserem entre a Prova e a Sentença. Pode-se afirmar que não é raro que o juiz, ao tomar conhecimento de um fato, passe a apreciá-lo, objetivando fundamentar as pretensões do autor e a oposição do réu. Na ausência de conhecimentos técnico, científico ou artístico para formar seu convencimento a respeito de determinado caso, não tem o magistrado condições de avaliar o fato, objeto do conflito de interesses, motivo pelo qual tem que se amparar no conhecimento especializado do perito. Se este se limitasse a apresentar ao juiz simplesmente o que apurou, tornaria a perícia apenas um mero instrumento de prova.

Todavia, como o perito emite juízos de valor dos fatos que analisa e oferece sua opinião técnica, científica ou artística, sobre como tais fatos foram produzidos e de terem provocado determinados efeitos, obviamente o perito se vale de princípios de experiência, demonstrando as possíveis relações do fato analisado com outros eventos. O perito não se restringe em relatar ao juiz o que ocorreu e do que tem consciência em função de seu conhecimento especializado, mas também quais as possíveis conseqüências dos fatos que apreciou e interpretou. Deste modo, o diagnóstico e, muitas vezes, o prognóstico emitido pelo perito não podem ser simplesmente vistos como meios de prova. A perícia constitui um misto de apreciação, interpretação e declaração, o que implica dizer que, além de analisar elementos objetivos do fato, introduz um componente subjetivo representado pela valoração. O juiz avoca a testemunha porque conhece o fato e requer a participação do perito para que o conheça; enquanto a testemunha recorda, o perito relata. Pela destacada importância que apresenta, a perícia constitui um meio instrumental técnico-opinativo e alicerçador da sentença; é meio instrumental porque, como todos os atos processuais, representa um instituto eficaz de que se pode valer o juiz para a solução da lide, cujo escopo consiste na declaração da existência, ou não, do direito pleiteado. A perícia se justifica sempre que há necessidade da emissão de uma opinião fundamentada sobre um determinado fato, representando uma pesquisa que é depois transformada em juízo valorativo. Apesar do sistema legislativo processual brasileiro não vincular o juiz à perícia, o magistrado, de plano, só poderá rejeitá-la por erro culposo ou doloso, sendo que, neste último caso, caberá inclusive sanções

penais ao perito por crime contra a administração da justiça previsto nos arts. 342 e 347 do CP.

Segundo Hélio Bastos Tornaghi seria acertado retirar a perícia do capítulo das provas e situá-la em outro independente, entre a prova e a sentença, particularmente levando-se em conta que o legislador não colocou o perito entre os sujeitos da prova, dele tratando no mesmo título em que disciplina a atividade do juiz e do membro do Ministério Público, onde todos estão igualmente sujeitos à disciplina judiciária e estendendo-lhe o disposto sobre suspeição e impedimentos aplicáveis aos juízes, no que couber.

É interessante lembrar que antes do estabelecimento da competência legislativa, sobre direito processual, passar dos Estados para a União, o Código de Processo Penal do Distrito Federal (Decreto-lei n. 16.751, de 31 de dezembro de 1924), não colocava a perícia entre os meios de prova e sim no título VI - Atos Preliminares da Ação Penal.

5 Modalidades de perícias no âmbito penal

Diversos são os critérios classificatórios das perícias:

a. Perícias *Percipiendi*. Constitui a retratação técnica ou científica das percepções colhidas pelo perito restrita à apreciação de fatos ou de circunstâncias, desacompanhadas da emissão de juízos valorativos.

b. Perícias *Deducendi*. Consiste na apreciação e interpretação técnica ou científica de fatos ou de circunstâncias, com a emissão de juízos valorativos.

c. Perícia Direta. É a realizada sobre elementos constitutivos do corpo de delito. Representa o exame feito no cadáver, na folha da porta cujo sistema de segurança foi violado, nas manchas de sangue encontradas no piso, no encontro de peças ósseas em terreno baldio, etc. Esta modalidade de perícia é baseada no imperativo legal contido no art. 158 do CPP.

d. Perícia Indireta. É a realizada para suprir a perícia direta, quando os elementos constitutivos do corpo de delito desapareceram, situação que o perito deverá contornar procedendo à reconstrução de seus vestígios através de elementos contidos nos autos e dos que resultarem das diligências processuais ultimadas. Esta modalidade de perícia está prevista nos arts. 158 e 172, § único do CPP Como se depreende do texto do art. 167, quando não há absolutamente nenhuma possibilidade

de realização do exame de corpo de delito, direto e indireto, é que a prova testemunhal poderá suprir-lhes a ausência.

e. Perícias Contraditórias. São aquelas realizadas por diferentes peritos sobre a mesma matéria, nas quais há conclusões divergentes, segundo os critérios de apreciação e interpretação dos elementos colhidos por cada um dos peritos. Esta modalidade de perícia está prevista nos arts. 180 e 182 do CPP e 436 e 437 do CPC, que oferecem aos juízes criminais e cíveis as regras básicas para solucionarem as discrepâncias apresentadas nos laudos periciais.

f. Perícias Complementares. Perícia complementar é outra ou outras destinadas a completar a primeira por mostrar-se omissa, obscura, inexata, de conteúdo contraditório ou deficiente, inobservando formalidades processuais ou ultimada para a classificação médico-legal classificatória do crime de lesões corporais. Esta modalidade de perícia está prevista nos arts. 168, §§ 1º e 2º e 181 do CPP e 439 do CPP. A análise dos arts. 168, § 1º, I do CPP e 129, § 1º, I do CP, permitem concluir que podem ocorrer as seguintes situações:

- inobservância de formalidades, existência de obscuridades, de contradições, de erros culposos ou de omissões;
- classificação médico-legal do crime de lesões corporais, através de exame complementar realizável trinta dias após a data da prática do delito.

g. Perícias Retrospectivas. São aquelas realizadas no presente sobre fatos ocorridos, próxima ou remotamente, a fim de projetá-los ao futuro para que produzam efeitos jurídicos.

h. Perícias Prospectivas. São aquelas realizadas no presente nas quais se fazem prognósticos sobre efeitos futuros. Estas perícias permitem, pela análise de determinados aspectos, avaliar situações futuras, como ocorre com a perícia de verificação da cessação ou da persistência da periculosidade do condenado.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, J. C. M. A. de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1973.
- ALMEIDA JR, A. F. e COSTA JR, J. B. O. e. *Lições de medicina legal*. 20ª ed. São Paulo : Nacional, 1991.
- ARBENZ, G. O. *Medicina legal e antropologia forense*. Rio de Janeiro : Atheneu, 1988.
- BRASIL, LEIS, DECRETOS etc. *Código de processo penal*. 26ª ed. São Paulo : Saraiva, 1987.
- DEVIS ECHANDIA, H. *Teoria general de la prueba judicial*. 15ª ed. Buenos Aires : Victor de Zavaglia, 1981.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal anotado*. 6ª ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1965.
- MARANHÃO, O. R. *Curso básico de medicina legal*. 6ª ed. São Paulo : Malheiros, 1991.
- MOURA, M. T. R. A. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo : M. T. R. A. M., 1981. Dissertação (mestrado FDUSP).
- QUINTANA REYES, L. *La prueba en el procedimiento canonico*. Barcelona : Bosch, 1943.
- ROSA, E. *Dicionário de processo penal*. Rio de Janeiro : Rio, 1975.
- SANTOS, M. A. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 12ª ed. São Paulo : Max Limonad, v. 5, 1975.
- SILVA, De P. e. *Vocabulário jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991.
- SOUZA LIMA, A. J. *Tratado de medicina legal*. 5ª ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1933.
- SURGIK, A. *Compêndio de direito processual canônico*. Curitiba : Livro é Cultura, 1988.
- TORNAGHI, H. *Instituições de processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Konfino, 1978.
- TUCCI, R. L. *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1978.
- VENTURA, P R. L. *Direito processual penal resumido*. Rio de Janeiro : Rio, 1974.

DIREITO DE INTEGRAÇÃO

NORMAS PARA A CIRCULAÇÃO DE TRABALHADORES NO MERCOSUL

Amauri Mascaro Nascimento

Professor Titular do Departamento de Direito do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O Mercosul veio trazer questões novas dentre as quais a necessidade de simplificar a circulação dos trabalhadores nos países que o integram e a harmonização das leis nacionais para que, na medida do possível, o tratamento dispensado a essas situações venha a ser o quanto possível uniforme.

Abstract:

Mercosul has raised new issues such as the need of simplifying the worker's circulation among the associated countries and the national law's harmonization, in order to, whenever possible, unify the treatment given to these situations.

I. A situação atual de ingresso e permanência de trabalhadores no Brasil.

As normas destinadas a reger a circulação de trabalhadores no Brasil devem ser revistas em função do Mercosul, suas necessidades não-coincidentes com o quadro atual e os imperativos decorrentes da instituição de uma comunidade internacional.

Dentre os muitos aspectos que exigem uma nova regulamentação incluem-se, exemplificativamente, as novas categorias de ingresso de trabalhadores no País, condições de admissão, procedimentos e requisitos exigidos, prazos de permanência, proibições e causas de deportação, expulsão ou extradição, atividades permitidas ou proibidas, exigências formais para obter a permanência, programas de incentivo ao ingresso de imigrantes com capital, sanções para estrangeiros clandestinos, punições ao empregador que tiver a seu serviço um trabalhador clandestino, fronteiriços, transferências de pessoal pelas empresas com atividades em mais de um País, por tempo determinado e indeterminado, questões cuja remuneração revela a complexidade das medidas que devem ser definidas.

Não há definição legal, no Brasil, sobre migração trabalhista e as regras do direito interno estão previstas na legislação comum sobre Estatuto do

Estrangeiro, salvo algumas resoluções administrativas. Desse modo, a movimentação de pessoas, para trabalhar ou para outros fins, é regulada através das normas aplicáveis ao estrangeiro em geral, cujas origens são antigas.

Numa síntese aproximada da evolução das leis, cite-se o Código Civil, de 1916, art. 3º, que declarou que *“a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis”* O Decreto n. 18, de 11 de setembro de 1928, tornou obrigatório o passaporte, sob o impacto dos interesses da colonização e de restrições de exploração de minas e jazidas minerais. Por força do Decreto n. 18.926, de 1929 e do Decreto n. 18.871, do mesmo ano, foram incorporadas, ao Direito brasileiro, as diretrizes da “Convenção sobre a Condição Jurídica do Estrangeiro” de Havana, 1928, cujo art. 5º, dispõe: *“Os Estados devem conceder aos estrangeiros domiciliados ou de passagem em seu território todas as garantias individuais que concedem aos próprios nacionais e o gozo dos direitos civis essenciais, sem prejuízo, no que concerne aos estrangeiros, das prescrições legais relativas à extensão e modalidades do exercício dos ditos direitos e garantias”*; e as regras do Código de Direito Internacional Privado (Código Bustamante), cujo art. 1º declara: *“Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contratantes gozam no território dos demais, dos mesmos direitos civis que se concedam aos nacionais”*

Iniciou-se, em 1930, o desenvolvimento de uma política de proteção à mão-de-obra nacional implementada, através da legislação da União sobre imigração e trabalho do estrangeiro. A partir de 1942 valorizou-se um aspecto, a residência no País, independentemente da nacionalidade, como fator de integração do estrangeiro em nosso ordenamento jurídico.

A Constituição de 1967 e a Emenda constitucional de 1969 (art. 153) asseguraram aos estrangeiros isonomia com os brasileiros quanto à inviolabilidade dos direitos à vida, liberdade, segurança e propriedade com duas restrições previstas nos artigos 173, 1º § e 174, I e III e seu § 1º A primeira refere-se aos comandantes de navios nacionais e a parte da tripulação – dois terços, pelo menos – desses navios, com reserva para brasileiros natos, regra que passa por modificações atuais. A segunda diz respeito à propriedade e administração de empresas jornalísticas de qualquer espécie, inclusive de televisão e de radiodifusão, vedada a estrangeiros e às sociedades que tenham, como acionistas ou sócios, estrangeiros, reservando-se a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa, das empresas mencionadas, a brasileiros natos.

A Constituição Federal de 1988 e a Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Estatuto do Estrangeiro, atualizada pela Lei n. 6.964, de 9 de dezembro de 1981, regulamentada pelo Decreto n. 86.715, de 10 de dezembro de 1981, introduziram novas disposições. Destaquem-se, ainda, a Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1989 que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração, regulamentada pelo Decreto n. 86.715, de 10 de dezembro de 1981; o Decreto-lei n. 691, de 18 de julho de 1969 sobre técnicos estrangeiros; e a Lei n. 7.064, de 6 de dezembro de 1982 e Decreto n. 89.339, de 31 de janeiro de 1984, sobre pessoal contratado ou transferido, na área da construção civil, para prestar serviços em outro país.

Observe-se que a Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 352 e seguintes, estabelece reserva de mercado com a denominada *lei dos dois terços* ao instituir uma proporcionalidade de empregados brasileiros nas empresas nacionais, segundo um princípio de nacionalização do trabalho, cuja compatibilidade com a internacionalização resultante do Mercosul deve ser aferida.

Dentre os atos e normas expedidas pela Administração Pública incluem-se a Portaria do Ministério do Trabalho n. 3.721, de 31 de outubro de 1990, que baixa instruções para simplificação dos procedimentos da chamada de mão-de-obra estrangeira; a Resolução do Conselho Nacional de Imigração n. 25, de 25 de março de 1994, que dispõe sobre concessão de visto permanente a estudantes estrangeiros admitidos para estágio no Brasil, mediante bolsas de estudo pagas por empresas ou instituições onde os mesmos realizarem os estágios; e a Resolução do Conselho Nacional de Imigração n. 26, de 25 de março de 1994, que dispõe sobre a concessão de visto permanente ao pesquisador estrangeiro que pretender se fixar no País para exercer atividade junto a instituições de pesquisas em ciência e tecnologia.

Acrescente-se que o Brasil ratificou a Convenção n. 97, da Organização Internacional do Trabalho, sobre trabalhadores migrantes (Decreto n. 58.819, de 14 de julho de 1966), a Convenção n. 19 sobre igualdade de tratamento entre estrangeiros e nacionais em acidentes de trabalho (Decreto n. 41.721, de 25 de junho de 1957), a Convenção n. 118 sobre igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros em matéria de seguridade social (Decreto n. 66.497, de 27 de abril de 1970), o Tratado para o Estabelecimento de um Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas (Decreto-legislativo n. 28/92 e Decreto n. 619/92), o Protocolo adicional de Itaipu (Decreto n. 75.242, de 17 de janeiro de 1975), o Acordo de Previdência Social Brasil-Uruguai (Decreto n. 85.248, de 13 de outubro

de 1980) e o Acordo de Previdência Social Brasil-Argentina (Decreto n. 87.918, de 7 de dezembro de 1982) e assinou a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Protocolo de São José da Costa Rica).

II. A necessidade de revisão das leis.

Com o Mercosul são desenvolvidos estudos, através de diversas comissões, sobre as relações de trabalho no Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai abrangendo, também, as linhas gerais de uma proposta para a elaboração de um Protocolo entre os quatro países, com as diretrizes básicas a serem observadas quanto à circulação dos trabalhadores e que terá, certamente, reflexos sobre o nosso direito.

Essas repercussões atingirão, por exemplo, o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80, art. 4º) que ao classificar as hipóteses de ingresso do estrangeiro no Brasil leva em conta os tipos de *vistas*, condicionando a prestação de serviços segundo esse ângulo não-trabalhista de classificação. Vale dizer que o trabalho é mera decorrência, mas não causa de ingresso no País, aspecto que não se coaduna com o Mercosul.

Com efeito, ao dispor sobre admissão, entrada ou impedimento de estrangeiro no País, o Estatuto do Estrangeiro prevê as seguintes hipóteses de concessão de visto que correspondem a uma classificação de ingressos: 1. *trânsito* para aquele que, para atingir o país de destino, tenha que entrar em território nacional; 2. *turista* para o estrangeiro que vier ao País em caráter recreativo ou em visita e que não tenha finalidade imigratória nem intuito de exercício de atividade remunerada; 3. *temporário* para o estrangeiro em viagem cultural, missão de estudos, viagem de negócios, artista, desportista, estudante, cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro, jornalista de rádio, jornal, televisão ou agência estrangeira, ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa; 4. *permanente* - ao estrangeiro: a) que pretenda se fixar no País, sendo que a imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando a política

nacional de desenvolvimento em todos os seus aspectos, principalmente ao aumento da produtividade, à assimilação da tecnologia e à captação de recursos para setores específicos; b) que pretenda se fixar no País como investidor com recursos de origem externa nas condições da Resolução n. 27/94 do Conselho Nacional de Imigração; c) pesquisador que pretenda se fixar no País para exercer atividades junto a instituições de pesquisas em ciências e tecnologia, na forma da Resolução n. 26/94 do Conselho Nacional de Imigração.

Completam a relação os vistos *de cortesia, oficial e diplomático*.

Cabe explicitar a situação do *fronteiriço* que é aquele situado defronte da fronteira do País. Ao natural de país limítrofe – fronteiriço –, domiciliado em cidade contígua ao território brasileiro, respeitados os interesses da segurança nacional, poder-se-á permitir a entrada nos municípios fronteiriços a seu respectivo país, desde que apresente prova de identidade (art. 21). Se pretender exercer atividade remunerada ou freqüentar estabelecimento de ensino nesses municípios, obterá documento especial e carteira de trabalho e previdência social (art. 21, § 1º).

Quanto ao estudante estrangeiro, admitido em estágio no Brasil, é permitido o recebimento de bolsas de manutenção pagas pelas instituições ou empresas onde estagiar, nos termos da Resolução n. 25/94 do Conselho Nacional de Imigração.

Por outro lado, a Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, que criou o Conselho Nacional de Imigração, no art. 1º, declara que em tempo de paz, qualquer estrangeiro poderá, satisfeitas as condições previstas pela mesma lei, *entrar e permanecer no Brasil* e dele sair, resguardados os interesses nacionais e atendidas a segurança nacional, a organização institucional, os interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim as exigências da defesa do trabalhador nacional.

O resumo que acaba de ser feito é suficiente para mostrar que são inadequadas as diretrizes que foram estabelecidas, sendo de toda conveniência elaborar uma nova regulamentação para disciplinar a circulação dos trabalhadores no Mercosul.

III. Propostas para uma nova regulamentação.

A primeira questão que se coloca é sobre a conveniência ou não da normatização do tema no Mercosul e a resposta é afirmativa. Se o propósito que

resulta do Tratado de Assunção é facilitar a migração trabalhista convém indicar as regras destinadas a fixar a estrutura de órgãos necessária para o desenvolvimento das metas previstas e as principais regras com base nas quais poderia ser promovida a referida circulação no território dos Países-membros.

A segunda questão é a forma pela qual as normas de migração no Mercosul devem ser implementadas. Parece-me que seria o caso de se propor um Protocolo entre os países, que permitirá a consubstanciação de um documento apto a atingir os seus fins.

Por outro lado, como foi explicado, as normas internas sobre ingresso de estrangeiros no território de um país precederam a criação do Mercosul e são inadequadas para dar respostas às novas situações que se formam decorrentes do fomento à circulação dos trabalhadores. Foram elaboradas tendo em vista as vicissitudes próprias ao ingresso do estrangeiro como tal e não do trabalhador estrangeiro, daí porque parte de critérios classificatórios que, se correspondem às exigências para as quais se destinam, não têm a mesma funcionalidade, quando se trata de examinar a circulação dos trabalhadores numa Comunidade Internacional. Assim, para dar atendimento às contingências da migração não devem ser classificadas as hipóteses permissivas de ingresso, levando em conta o tipo de visto que pode ser concedido ao estrangeiro na condição de turista, temporário ou permanente. Impõe-se, a partir das situações inerentes ao problema específico, elaborar outra classificação.

A tipologia de uma nova classificação poderia considerar:

- a. as situações nas quais há migração em função das empresas para atendimento das necessidades de serviço, permanentes ou transitórias, em outro país;
- b. as situações nas quais um trabalhador, por necessidade ou conveniência, toma a iniciativa individual de trabalhar em outro país, já contratado ou sem contrato, porque pretende se deslocar à procura de emprego;
- c. o fronteiro.

Acrescentaria a essas hipóteses fundamentais a situação do estrangeiro em viagem cultural, missão de estudos, viagem de negócios, artista, desportista, estudante, cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro, jornalista de rádio, jornal, televisão ou agência estrangeira, ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa e que deveriam ter um tratamento especial.

No que se refere ao *fronteiriço* poder-se-ia permitir a sua entrada nos municípios limítrofes com o seu respectivo país, mediante apresentação de documento de identidade de natureza trabalhista. Seria possível, assim, a formalização do trabalho que presta e que, atualmente, é marginalizado e sem a proteção do ordenamento jurídico.

Não se concederia ingresso ao trabalhador: I - menor de dezoito anos, desacompanhado do responsável legal ou sem a sua autorização expressa; II - considerado nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais; III - anteriormente expulso do país, salvo se a expulsão tiver sido revogada; IV - condenado ou processado em outro país por crime doloso passível de extradição; V - que não satisfaça as condições de saúde estabelecidas pelo Ministério da Saúde do país de ingresso. Essas disposições já são previstas pela nossa lei.

Seria viável a criação de um Conselho de Imigração do Mercosul com poderes para expedir resoluções destinadas a orientar e coordenar as atividades de imigração e para arbitrar questões migratórias.

Poder-se-ia prever a instituição de modelo único de cédula de identidade para o trabalhador migrante, a qual teria validade em todo o território do Mercosul, substituindo as carteiras de identidade ou outros documentos atualmente em vigor.

Dever-se-iam admitir proibições de livre circulação diante de determinadas situações e poderiam ser cogitadas as seguintes: a. cargos, empregos e funções públicas acessíveis aos nacionais; b. atividades consideradas contrárias ao interesse nacional; c. pesquisa e a lavra de recursos minerais, prospecção, exploração e aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica, salvo autorização do Ministério a que estiver afeta a questão. Algumas dessas normas já são encontradas em nossa legislação.

Recomendar-se-ia a simplificação dos procedimentos de chamada de mão-de-obra estrangeira em caráter permanente ou temporário, solicitada por pessoa jurídica ou física e a uniformização dos procedimentos observados em cada país (formulários, autorização de trabalho, procuração com poderes para contratar mão-de-obra, documento de arrecadação da Receita Federal, dados da empresa e do candidato, documentos da pessoa jurídica responsável pela chamada do estrangeiro, documentos do candidato, contrato de trabalho, trâmites dos documentos e órgãos pelos quais deverão tramitar, contrato social ou ato constitutivo da pessoa jurídica

interessada, prova de regularidade da empresa perante a Receita Federal, o Instituto Nacional de Previdência Social).

Como se vê, o Mercosul suscitará novas questões jurídicas também no âmbito das relações de trabalho e que, por mais complexas que venham a ser, não devem desestimular os estudos daqueles que querem dar algum tipo de contribuição para que possam ser corretamente equacionadas.

MERCOSUL: INTÉGRATION ÉCONOMIQUE ET HARMONISATION JURIDIQUE

Paulo Borba Casella

Professor Associado do Departamento de Direito Internacional
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

A integração econômica, além da simples supressão de barreiras tarifárias e do conjunto de medidas de efeito equivalente, nos obriga a focar o Estado e o direito sob novas perspectivas / paralelamente aos aspectos econômicos, excessivamente reiterados, devemos atentar para o alcance jurídico de qualquer processo de integração, especialmente no contexto de um 'mercado comum' / concretamente essa dimensão se coloca pela via da harmonização jurídica, como bem exemplifica o atual momento do Mercosul, completado o período de transição.

Résumé:

L'intégration économique, au delà de la simple suppression des droits de douane et de l'ensemble des mesures d'effet équivalent nous oblige à envisager l'État et le droit sous des nouvelles perspectives / en parallèle aux aspects économiques, trop souvent présentés, on doit faire attention à la portée juridique de tout processus d'intégration, notamment dans le cadre d'un 'marché commun' / concrètement cette dimension se présente par la voie de l'harmonisation juridique, comme nous en donne un bon exemple la situation présente du Mercosul, une fois complétée la période de transition.

La fin de l'histoire: une thèse qui dure, une formule qui revient; de Hegel à Fukuyama. Contrairement à cette thèse, l'idée même d'Occident est celle de l'histoire qui ne s'arrête pas, qui englobe les civilisations pour lesquelles l'histoire s'est arrêtée. Plus qu'un simple hasard ou une nouvelle théorie, on y mettrait en cause l'Occident en tant que tel.

L'homme s'est toujours posé des questions sur soi-même et sur le monde autour de soi. Encore plus que penser, comme le voulait Descartes, se poser des questions serait le signe d'exister, l'évidence d'être là. Assez curieusement nous sommes dans une période où énormément de nouveautés se produisent, nombreuses nouvelles façons d'envisager le monde peuvent être adoptées et l'on se trouve coincée devant la fin de l'histoire. Ce qui peut se dire: se poser toujours ou bien ne

plus se poser des questions. Or, en ce moment, il y a trop de nouveau pour être au bord de la fin de l'histoire.

Contrairement à la fin de l'histoire se dressent et le catalogue des événements internationaux depuis *l'année admirable* de 1989 et des nouvelles perspectives pour envisager le monde. Point n'est besoin de reprendre un tel catalogue assez connu et à succès facile! Nous le tenons tous présent ce catalogue; il n'est point besoin de le répéter inlassablement -- autant que la répétition d'histoires connues soit la clé du succès, nous avertissait déjà sagement Ezra Pound.

Dans ce cadre changeant les dynamiques sont variables: même les données incontestables sont reprises et remises en discussion; en même temps des nouvelles vérités s'imposent du jour au lendemain. Loin de craindre la fin de l'histoire, nous devrions être ravis de pouvoir vivre un moment historique où incontestable et clairement on est en train de voir se faire l'histoire; d'autant plus qu'elle s'internationalise à un rythme inattendu; elle abandonne les modèles idéologiques pour se faire plus pragmatique; on quitte les grands slogans politiques et l'on s'occupe d'autres slogans certes, voire moins grandiloquents et en même temps l'on s'inquiète rigoureusement des taux de change, de la stabilité et de la convertibilité des monnaies, de l'équilibre des bilans de paiements, et des échanges internationaux; les droits fondamentaux de la personne, auxquels viennent s'ajouter plus récemment les droits sociaux, sont désormais des acquis communitaires, des acquis pour l'ensemble du droit international.

Tout une période de foisonnement, les perspectives peuvent changer considérablement selon le point de vue -- soit-il géographique, politique ou historique -- de l'observateur. L'inégalité est inhérente à la condition humaine. Rousseau entamait déjà en 1754 son *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*. Il ne nous reste qu'à situer et le cadre et le contexte dans lequel se déroule le point à faire.

On peut se demander quels seraient les événements les plus marquants depuis la fin de la II Guerre mondiale; des listes divergentes pourraient être dressées, mais sûrement il y aurait lieu pour faire figurer l'intégration économique. Phénomène assez vaste, et à multiples effets, justement la compréhension de l'intégration économique peut -- c'est l'avis d'un juriste -- être située par le volet de l'harmonisation juridique.

À partir du choix du sujet, on peut situer le cadre de l'intégration économique et le contexte interdépendant de l'harmonisation juridique et dresser la

comparaison entre l'expérience européenne et celle non pas de l'ensemble de l'Amérique latine -- un concept qui me fait déjà poser des questions en tant que tel -- mais surtout du ainsi dit "Cône Sud" de celle-ci, ce qui est suffisamment vague et même temps géographiquement convenable pour être utile. Il est inévitable de vouloir établir quelques comparaisons: il reste à voir dans quelle mesure pourront être utiles telles comparaisons.

En ce moment on craint l'immobilité et l'on se pose des questions à l'intérieur de la forteresse Europe, malgré les extraordinaires avancées connues depuis 1951: depuis des années, on l'a déjà dit, oscillant entre "europhorie" et "europhobie", l'on dresse le sombre cadre d'une moins aisément maniable Europe à 15; l'on plaint une Europe à deux vitesses; l'on regrette les risques d'une Europe marche-arrière; avec raison, une Europe qui craint et vit la hantise de la reprise des nationalismes les plus durs et inhumains -- des minorités infimes, dira-t-on; malheureusement on connaît trop bien l'effet de l'action de telles minorités, tant que la majorité reste silencieuse; une Europe qui se pose des questions autour de soi-même, de son avenir, du monde autour de soi, et qui se voit concernée dans la mesure exacte où, tout comme en matière de droit de la concurrence, il y a des "effets qui se produisent sur le marché intérieur"...

En même temps, en Amérique latine, depuis des décennies se succédaient des essais d'intégration, des variations sur un vieil air, des rebondissements autour du même sujet, sans jamais démarrer pour de bon: l'Association latino-américaine de échange (l'AELE), ensuite l'Association latino-américaine de développement et intégration (l'ALADI), selon les Traités de Montevideo (1960 et 1980), le Traité général centro-américain, de Managuá (1960), le Marché commun centro-américain, le Marché commun du Caribe, le Pacte andin - toujours des ressemblances, on se donnait la peine de copier les formules, la façade, voire les structures sans que des résultats équivalents s'y produisent. Malgré tout, l'intégration fonctionnait en Europe, mais il n'y avait pas de progrès substantiels au Nouveau Monde.

Vers la fin des années quatre-vingt, des changements aussi considérables que dans le reste du monde semblent être déclenchés au Nouveau Monde: l'Accord de libre échange entre le Canada et les États-Unis, de 1988, au quel vient s'ajouter le Mexique, en 1992, dans le cadre de l'Accord de libre échange nord-américain (l'ALENA), tandis qu'au Cône Sud, après s'être historiquement méfiés l'un de l'autre, Brésil et Argentine, ayant terminé, par différentes voies, leurs respectifs

régimes militaires, remplacent l'apparat militaire par le commerce régional: on commence à parler d'un marché commun Brésil-Argentine, on l'entame autour de 1985, on démarre le processus en 1988, pour être rejoints par le Paraguay et l'Uruguay dans le cadre du *Traité pour la constitution d'un marché commun entre la République Argentine, la République fédérative du Brésil, la République du Paraguay et la République orientale de l'Uruguay*, signé à Asunción, le 26 mars 1991 (le Traité Mercosul). Ce nouveau processus est déclenché à partir de 1991, et l'on vient d'assister à la fin de la période de transition le 31 décembre 1994, clôturée par le Protocole additionnel au Traité d'Asunción sur la structure institutionnelle du Mercosul, signé à Ouro Preto, le 17 décembre 1994.

On évite la reprise de maints aspects qui avaient été adoptés auparavant pour peu de résultats concrets; on reprend le nom "Marché commun", on se laisse leurrer même par les dates, un significatif laps freudien -- le Traité d'Asunción est signé le 26 mars, mais délibérément on se dit ne pas vouloir reprendre le modèle européen, foncer d'autres portes, tout en voulant aboutir au même endroit. Un marché commun ne se fait pas du jour au lendemain; un marché commun ne se fait pas sans structures communes; un marché commun ne se fait sans règles communes dont l'uniformité d'interprétation et d'application soit assurée par une instance juridictionnelle indépendante des tribunaux nationaux ayant juridiction sur l'ensemble du territoire intégré. Ces données peuvent vous sembler absolument évidentes; et pourtant, malgré la remise en question de tels principes, quelque chose est en train de se faire dans le cadre du Mercosul. Certes, il n'y a pas, au moins pour le moment et il n'y aura pas, pour les prochaines années, un "marché commun" voire même un "marché intérieur", tout comme on le connaît depuis l'Europe; mais on est en train de consolider une zone de libre échange; il peut y avoir des progrès, à partir de 2001, sous forme d'une union douanière, pour le moment imparfaite, mais en train de progresser, vers l'intérieur, dans la mesure où il y a des exceptions qui se réduisent, dans les quatre années qui suivent, entre l'Argentine et le Brésil, dans les cinq pour le Paraguay et l'Uruguay, et aussi vers l'extérieur, par un tarif externe commun (TEC) et un code douanier commun, depuis de 1er janvier 1995; en même temps on est en train de négotier, d'élargir le cadre pour accueillir le Chili et la Bolivie, par des accords préalables jusqu'au 30 juin 1995, on vient de le dire lors du dernier sommet à Ouro Preto, le 16-17 décembre 1994.

L'étendue de l'intégration économique et d'un certain degré d'harmonisation juridique qui sont en train de se faire dans le cadre du MERCOSUL

dépassent les exigences d'une simple zone de libre échange voire même d'une union douanière, sans se présenter encore sous forme d'un marché commun. Assez dur à classer, vous me direz; autant dirait-on encore aujourd'hui à propos de l'Union européenne, où les éléments d'intégration et de coopération se combinent en dehors des formules pré-établies, où l'on a fait des progrès extraordinaires -- dont je suis enthousiaste et me suis porté le semeur, ayant publié le premier livre sur le droit communautaire au Brésil -- tout en se demandant qu'est-ce qui va se passer en 1996 et au-delà.

Est-ce que les rôles se renversent? Pas du tout. Mais, on est en train de le voir: les processus d'intégration ont une dynamique qui leur est propre; cela ne s'improvise pas; cela change difficilement; pour de bons ou pour des mauvais tours ... mais néanmoins peut-on avoir des différentes voies pour aboutir aux mêmes endroits?

Dans une telle mesure il peut avoir un sens de venir ici vous adresser la parole aujourd'hui à propos du Mercosul, voire de l'expérience interaméricaine -- je ne trouve mal à l'aise avec cette abstraction dépourvue de contenu dont on se sert d'autant plus facilement que moins on songe à ce que peut bien être une "Amérique latine"; vue de l'intérieur, les différences s'imposent au-delà des ressemblances. "Amérique latine" n'a de sens que par rapport à cette autre Amérique non-latine, mais il n'y a pas forcément d'opposition entre les deux. L'usage est courant, il le restera probablement, tout comme on parle d'Amérique, la terre d'Américo Vespuccio, parce qu'il l'a décrite, il a su la rendre visible et attrayante pour les Européens, qui ne se sont pas souciés de ne pas lui donner le nom de celui qui l'avait découverte. Au moins, il y a-t-il un pays qui le souvient, la Colombie.

Les différences entre le Brésil et l'ensemble de cette Amérique qu'après mon *caveat* je me résigne à appeler "latine" peuvent être multiples illustrés: on ne s'est pas tellement soucié de Colombo au Brésil; en revanche Portugal et Brésil vont fêter 500 ans de la découverte en avril 2000.

Le sens, le but de venir ici, dans ce cadre prestigieux et accueillant, vous présenter quelques aspects de l'intégration économique dans le cadre du Mercosul, de bien vouloir susciter des discussions autour du sujet de l'intégration économique, par le volet de l'harmonisation juridique, c'est de pouvoir faire des comparaisons. Là peut-on bien apprendre quelque chose, remarquait Michel de Montaigne: "se frotter la cervelle d'autrui" Eh bien, nous y sommes.

Justement je tiens à me voir dans une situation où la tâche devient plus facile à décerner, dans la mesure où l'on choisit un aspect où se manifeste l'étendue et la dimension de l'intégration, ou bien l'harmonisation dirait-on, justement où se combinent les éléments économique et juridique.

L'harmonisation juridique, dans un contexte d'intégration économique se présente simultanément comme un outil et comme un but. On la mentionne déjà dans le Traité de Rome de 1957, en parallèle avec l'uniformisation et l'harmonisation, articles 100 à 102, avec les modifications apportées par le Tue. On en fait de même dans *l'article premier, alinea 4, du Traité d'Asunción de 1991*, verbiis: "*l'engagement pour les États-parties d'harmoniser ses législations, dans les domaines concernés, pour renforcer le processus d'intégration*"

L'harmonisation juridique non seulement est simultanée et peut contribuer pour renforcer l'intégration économique mais elle est la base pour faire progresser l'ensemble de l'intégration. Comme prévoit le Traité d'Asunción de 1991, dans son art. 3, "au cours de la période de transition, qui se déroulera de l'entrée en vigueur du présent Traité jusqu'au 31 décembre 1994, et pour faciliter la constitution du marché commun, les États-parties adoptent un Régime général d'origine, un Système de règlement de différends et clauses de sauvegarde, qui constituent les Annexes II, III et IV" au Traité de 1991. Ce qui est assez surprenant, c'est de constater qu'on l'a effectivement fait dans les délais prévus: le Tec, le régime temporaire des exceptions à celle-ci, le régime d'origine Mercosul, le régime applicable aux zones franches et zones douanières spéciales (Décs. CMC ns. 5, 6, 7 et 8/94).

Au sens le plus large, ce sont des matières indispensable pour établir un degré zéro de l'intégration économique, mais, en même temps, c'est aussi bien de l'harmonisation juridique. L'harmonisation ne se présente pas comme un but absolu ou comme une fin en soi, mais plutôt ce serait un outil pour assurer le degré indispensable d'approximation entre dispositions légales, réglementaires et administratives des États-membres, pour les matières, "ayant une portée directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun", le prévoyait déjà la rédaction originelle de l'article 100 du Traité de Rome de 1957, d'où découlerait que l'harmonisation serait, au moins en principe, limitée aux matières où la diversité des dispositions nationales pourrait entraîner des obstacles au bon fonctionnement du marché commun.

Dans la pratique, une telle cesure s'est avérée excessivement conservatrice et restreinte, dans la mesure où plusieurs domaines, e.g. en matière d'harmonisation fiscale, on est allé bien au-delà d'une telle configuration, vues les exigences du processus d'intégration économique et les conséquences qui se sont manifestées progressivement. Des nouveaux domaines entiers ont été inclus dans le cadre communautaire tels la protection aux consommateurs, le droit de l'environnement et autres.

Or, il n'est point besoin de reprendre des questions concernant l'harmonisation des législations des États-membres de l'Union européenne, mais de cerner son équivalent dans le cadre du Mercosul. Le parallèle se laisse dresser.

La question de l'harmonisation dans le cadre du Mercosul se pose assez souplement: prévue depuis l'article premier du Traité de 1991, elle reste à se faire. Il y a déjà tout un *corpus juris communis* qui se développe, dont aussi des textes concernant l'harmonisation. Parmi des dizaines de Résolutions et Décisions on peut citer: des plans triennaux coordonnés en matière d'éducation (Déc. CMC 7/92) la reconnaissance mutuelle des diplômes et des certificats de niveau élémentaire et niveau moyen non-technique (Déc. CMC 4/94); de la réglementation minimale des marchés de capitaux (Déc. CMC 8/93) à l'harmonisation des subventions aux exportations (Déc. CMC 10/94).

Le foisonnement de la réglementation existe, mais il n'est pas le seul aspect. Dans ce sens il faut surtout considérer les effets externes d'une telle coordination ou harmonisation, telles la coordination des quatre pays du Mercosul vis-à-vis d'autres pays de l'ALADI et des pays tiers (i.a., Résolutions GMC nn. 22/93 et 39/93), la possibilité d'une zone de libre échange entre l'Union européenne et le Mercosul -- dans le cadre de l'Accord interregional signé à Madrid les 15 et 20 décembre 1995 -- à condition que celui-ci ne soit pas dépourvu de sens et vidé d'effets par le changement du SGP -- aussi bien que la possibilité assez incertaine mais qu'on ne pourrait pas négliger, d'une zone continentale américaine de libre échange, l'ALEA l'Association de libre échange américaine, qui reste d'ailleurs un vrai aléa pour le moment.

Il y a un processus d'harmonisation en cours, dans le cadre d'un processus d'intégration économique auxquels s'ajoutent des efforts de coordination d'action vers l'extérieur qui sont en train de se faire dans le Mercosul. Ce qui montre qu'il y a quelque chose qui est en train de se faire.

Beaucoup plus intéressant que dresser l'inventaire de toute la législation du Mercosul qui pourrait aussi avoir une portée à propos de l'harmonisation, depuis les emballages jusqu'aux étiquettes, des sauces mayonnaises et d'autres sauces jusqu'aux résidus de monomère de chlore, qui serait assez efficace pour vous faire endormir, puisque vous connaissez une histoire pareille, et cela depuis quarante ans, se présentent simultanément des phénomènes d'harmonisation qui sont en train de se faire en dehors sinon à côté du Mercosul, aussi bien dans un cadre multilatéral interaméricain que dans des cadres bilatéraux.

Ces phénomènes d'harmonisation sont d'autant plus intéressants que ses résultats sont déjà présents, en plusieurs domaines: en matière de droit international, depuis 1975, par la suite 1979, 1984, 1989 et 1994, sous forme de plus d'une vingtaine de Conventions interaméricaines de droit international privé (les CIDIP's). Celles-ci ne sont pas notre affaire aujourd'hui, mais présentent un intérêt par elles-mêmes, dans la mesure où il y a déjà de résultats qui se sont produits et qui sont en train de se produire dans des délais très courts; aussi bien par le volet bilatéral en plusieurs domaines, dont des matières cruciales comme le droit des sociétés et le droit fiscal, par le Traité entre le Brésil et l'Argentine instituant le régime des sociétés binationales; et en matière fiscale, la Convention entre le Brésil et l'Argentine pour éviter la double imposition et l'évasion fiscale.

Les cinq conférences interaméricaines de droit international privé, les CIDIP, se sont tenues successivement en 1975 au Panamá, en 1979 à Montevideo, en 1984 à La Paz, en 1989 encore à Montevideo -- pour fêter le centenaire des Traités de Montevideo de 1889 -- et dernièrement en 1994 au Mexique. Une sixième doit se tenir dans un délai des quatre ou cinq années qui suivent. Des quatre premières CIDIP résulteront 21 Conventions, et la 5e. CIDIP, Mexique, 1994, mérite mention à part par la récente et très importante *Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux*.

La majorité des CIDIP's a été déjà signée par les quatre États-membres du Mercosul, dont la moitié est en vigueur, la plupart ayant déjà reçu les ratifications du Paraguay et de l'Uruguay. L'Argentine à son tour, a déjà ratifiée une dizaine des CIDIP's. Le Brésil avait signée la plupart des Conventions mais ne les avait pas encore ratifiées. Maintenant une quinzaine de ces ratifications sont en cours dans le Congrès brésilien. Deux ont été ratifiées en 1994 suivies de plusieurs autres dans le courant de l'année 1995. Dans un bref délai ces Conventions pourront aboutir à

l'uniformisation des règles de conflit pour l'ensemble du Mercosul, ce qui est un progrès considérable.

La liste des CIDIP comprend quatre grands domaines: les règles de droit international privé, le droit commercial et l'arbitrage, le droit de la procédure civile et le droit de famille. A partir de ces quatre grandes branches, les Conventions se ramifient, depuis les règles générales de droit international privé, le domicile des personnes physiques, la personnalité et la capacité des personnes physiques en droit international privé, les conflits de lois en matière de lettres d'échange et factures, le chèque, l'arbitrage commercial, les conflits de lois en matière de personnes morales commerciales, les règles de conflit en matière de transport international de marchandises, les commissions rogatoires, l'obtention de preuves à l'étranger, le régime légal des pouvoirs pour être utilisés à l'étranger, l'exécution de mesures intérimaires, la preuve et l'information sur le droit étranger, la compétence internationale pour l'efficacité extraterritoriale des sentences étrangères, l'efficacité extraterritoriale des sentences arbitrales étrangères, les conflits de lois en matière d'adoption internationale de mineurs, la convention sur la restitution internationale de mineurs, la convention sur les aspects civils et pénaux du trafic international de mineurs.

La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux obligations contractuelles, de 1994, qui n'est pas encore en vigueur, aura un rôle à jouer. On la compare à la Convention de Rome de 1980, et dans une certaine mesure aussi à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. En ce domaine il y a aussi un Protocole dans le cadre du Mercosul en matière de juridiction internationale. Il faudra coordonner ces textes pour réussir à les faire fonctionner.

Bref, il y a deux mouvements qui sont discernables: d'un côté, un processus d'intégration économique a sa *vis attractiva*, il entraîne l'harmonisation pour "l'ensemble des matières ayant portée directe sur l'établissement et le fonctionnement du marché commun" et même au-delà -- il est surtout intéressant d'examiner les matières qui ne sont pas directement concernées par un marché commun, où l'harmonisation se fait de même; simultanément, il y a un mouvement à l'échelle continentale que l'on pourrait comparer à l'activité de la conférence de La Haye en vue de l'uniformisation du droit international privé interaméricain, qui s'exprime par l'activité des CIDIP's et qui aboutit, exactement en ce moment, -- surtout depuis un point de vue brésilien --, à des résultats réperables.

Une évaluation de la situation de l'harmonisation des législations des États-membres du Mercosul nous fait constater une remarque qui avait déjà été avancée préalablement: on dépasse le cadre d'une zone de libre échange, voire d'une union douanière, sans pour autant être situés dans un marché commun qui soit présent dans tous ses éléments. Il y a des éléments qui peuvent y mener, sans pour autant avoir déjà manifesté toutes les exigences techniques et institutionnelles dont on en aura besoin.

En même temps il est extrêmement positif de voir quelques développements récents au Brésil: on n'a pas su profiter de la révision constitutionnelle de 1994 pour frayer la voie pour l'intégration; cela reste à faire et il faudra le faire. Ceci doit être repris par le gouvernement Cardoso à partir du 15 février 1995, par tranches successives. En même temps on est en train de reformuler la loi brésilienne sur les conflits de lois, pour y admettre, i.a., une plus souple réglementation de l'autonomie des parties en matière de loi applicable aux contrats internationaux en même temps qu'une plus efficace et simple reconnaissance des sentences arbitrales étrangères.

Il y a beaucoup à faire, mais on ne peut négliger des développements extrêmement intéressants qui se dressent et non plus ce qui se fait soit dans ce cadre, soit en dehors ou à côté du cadre du Mercosul en matière d'intégration économique et d'harmonisation législative. Dans ce sens, je le disais au début, on pourrait le reprendre, en paraphrasant Brillat-Savarin, loin de vouloir épuiser l'histoire, on doit n'en prendre que la fleur.

Je suis à votre disposition pour donner suite à notre entretien par des questions et vous en suis reconnaissant de l'attention.

Notes concernant le texte

La "Convenção destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre a renda", signée entre la République Fédérative du Brésil et la République Argentine, à Buenos Aires, le 17 mai 1980 (au Brésil: dec.-leg. n. 74, du 5 décembre 1981; en vigueur. le 7 décembre 1982; promulguée par le décret n. 87.976, du 22 décembre 1982; textes d'application de cette convention sont la "portaria" n. 22/83 (du 20 jan. 1983); D.O. 25 jan. 1983) et l'"Ato Declaratório Normativo" du CST n. 06/90 (du 20 jun. 1990) qui

spécifie le régime applicable aux entreprises étrangères de transport (v. P.B. Casella (org.), *Direito internacional tributário brasileiro*, S. Paulo, LTr Ed., 1995; esp. ch. IV: Argentina, passim).

Pour une approche historique de l'évolution du DIP dans l'ensemble du continent américain, à propos v., de Jürgen Samtleben, son remarquable *Internationales Privatrecht in Lateinamerika: Der Código Bustamente in Theorie und Praxis* (Tübingen, Mohr Verlag, Band I: Allgemeiner Teil, 1979); aussi bien son "A codificação interamericana do Direito Internacional Privado e o Brasil" (in P.B. Casella e N. Araújo (coord.), *Integração jurídica interamericana: as Convenções interamericanas de direito internacional privado*, S. Paulo/Rio, en prép. 1996).

UNNO STATUTO DELL'IMPRESA PER I PAESE DES MERCOSUR*

Diego Corapi

Professor advogado de Direito Privado da Universidade de Roma Tor Vergata

Resumo:

O autor aborda a constituição do estatuto da empresa para os países integrantes do Mercosul, as normas a serem observadas pelas empresas em si mesmas ou agrupadas e, ainda, a norma sobre a tutela do consumidor e a crise atual da empresa.

Abstract:

The author speaks about the statute of enterprise to the countries that are integrants of the Mercosul, the norms to been observates by the enterprises or that in form groups and, still, the norm about the tutelage of the consumer, completing when he speaks about the actual enterprise's crisis.

Sommario: 1. - Genesi dell'“Estatuto” 2. - La nozione di impresa al centro dell'“Estatuto” 3. - Le norme sull'impresa. 4. - Le norme sulla tutela della concorrenza. 5. Le norme sui contratti di cooperazione tra imprese. 6. Le norme sui gruppi di imprese. 7. Le norme sulla tutela del consumatore. 8. Le norme sulla crisi dell'impresa. 9. - Conclusioni. 10. Appendice: il testo dell'“Estatuto”

1. Anche in America Latina è viva l'esigenza di promuovere un processo di integrazione giuridica per favorire lo sviluppo delle relazioni commerciali nel quadro di un'economia globale.

Le istanze di unificazione, uniformazione e armonizzazione del diritto si sono tradotte negli anni in una serie di iniziative maturate anzitutto in seno al Comitato Giuridico Interamericano (C.G.I.) istituito nel 1967 presso l'Organizzazione degli Stati Americani (O.E.A.) con il precipuo compito di “promover el desarrollo progresivo y la codification del derecho internacional”(art. 3 dello statuto istitutivo del (C.G.I.). Gli sforzi del C.G.I. si sono orientati soprattutto verso il settore del diritto internazionale privato, ed hanno condotto alla stipula di 21

* Il presente scritto è dedicato alla memoria di Ana Maria M. De Aguinis, a cui – come Ella mi scrisse nell'inviarmi un Suo libro – “me une el imaginario y la comunidad intelectual”

convenzioni interamericane tese ad unificare i criteri di determinazione della legge applicabile.

All'opera del C.G.I. si è affiancato, poi, il contributo offerto dai giuristi latinoamericani in seno agli organismi UNCITRAL ed UNIDROIT, attraverso la partecipazione alla redazione dei progetti di unificazione del diritto del commercio internazionale.¹

Il processo di integrazione, favorito da una matrice romanista comune che, ancor più marcatamente che in Europa, ha mantenuto una vocazione universale, trova ora nel Trattato di Asunción istitutivo del Mercosur una cornice istituzionale capace di rendere più agevole e spedito il cammino verso il raggiungimento di una sostanziale omogeneità del sistema giuridico latinoamericano.²

Il Trattato di Asunción ha previsto la istituzione entro il 31 dicembre 1994 di un mercato comune tra l'Argentina, il Paraguay, l'Uruguay ed il Brasile; a tal fine gli Stati membri si sono impegnati ad assicurare la libera circolazione dei beni, dei servizi e dei fattori produttivi, la determinazione di una tariffa esterna comune, il coordinamento delle politiche macroeconomiche e settoriali (art. 1 del Trattato di Asunción). Ma, soprattutto, la realizzazione di uno spazio economico comune implica l'esigenza di procedere all'armonizzazione delle legislazioni nazionali nei settori interessati dal processo di integrazione (art. 1 ult. comma Trattato di Asunción).³

1. Per un quadro di queste iniziative e dei loro risultati si veda A.M. Garro, *Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades*, Quaderno n. 5 del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero diretto da M.J. Bonell, Roma 1992. Una particolare importante iniziativa è riferita da F. Pernazza, Il Progetto Unidroit sui Principles for International Commercial Contracts e l'unità e specificità del sistema giuridico latino-americano, in *Dir. del comm. int* 1994, 491.

2. Il Tratado para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay è stato stipulato ad Asunción, Paraguay il 26 marzo 1991. Con la decisione n. 1/91 del Consejo del Mercado Común (organo superiore per l'amministrazione ed esecuzione del Trattato di dell'Economia dei paesi membri) si è approvato un Protocollo per la risoluzione delle controversie (Protocollo di Brasilia). Ulteriori decisioni del Consejo del Mercado Común hanno regolato diversi aspetti dell'integrazione prevista dal Trattato di Asunción. Un successivo accordo n. 18 del 23 gennaio 1992 ha deciso l'alcance parcial de Complementation Economica. I testi di tutti questi accordi e decisioni sono pubblicati in appendice al volume di A.M. De Aguinis, *Empresas e inversiones en el Mercosur*, Buenos Aires, 1992.

3. Sui presupposti di carattere economico della integrazione regionale (soprattutto dal punto di vista argentino) si veda C.A. Ghersi y D. Francescuti, *Razones y Fundamentos par la integración regional, in Mercosul. Perspectivas desde el derecho privado* (a cura di C.A. Ghersi), Buenos Aires 1993.

In tale nuovo contesto istituzionale in cui l'obiettivo del riavvicinamento delle normative nazionali è assunto come momento fondante del fenomeno di integrazione, matura la consapevolezza che un'economia senza barriere presuppone innanzitutto l'attenuazione delle disomogeneità giuridiche tra i soggetti che animano il mercato.

Di qui la necessità di volgere l'attenzione all'impresa quale motore di un'economia integrata e la considerazione della importanza dell'elaborare di un quadro normativo di riferimento unitario capace di offrire soluzioni comuni alle problematiche connesse all'organizzazione ed allo svolgimento dell'attività imprenditoriale.

In un terreno, quindi, reso fertile dalla necessità di conseguire in tempi brevi gli obiettivi imposti dal Trattato di Asunción, è nato l' "Estatuto de la empresa para los países del Mercosur"

Il progetto è il frutto di un'iniziativa promossa dal Centro di Studi Latinoamericani dell'Università di Roma – Tor Vergata in collaborazione con l'Istituto Italo-Latino Americano (IILA) e l'Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA).

Il dinamismo del Presidente del Centro, Sandro Schipani, ha condotto alla costituzione di un gruppo di lavoro che si ha avvalso del contributo di giuristi italiani e latinoamericani.⁴

L'attività del gruppo di lavoro si è articolata in una serie di incontri preliminari svoltisi tra l'Italia e l'Argentina prima di culminare nella elaborazione di uno schema di statuto, alla cui discussione ed approfondimento è stato successivamente dedicato il seminario di studi tenutosi a Roma nel dicembre del 1993 presso l'Istituto Italo-Latinoamericano.

I lavori svolti in quella sede offrono una testimonianza diretta di come l'interazione tra sistemi dotati di autonoma specificità ma legati da una medesima radice giuridica possa condurre alla maturazione del dibattito su un tema comune quale quello della disciplina dell'attività di impresa nell'ambito del sistema economico.

4. Partecipavano al gruppo: Carlo Angelici dell'Università di Roma – La Sapienza, Salvador D. Bergel dell'Università di Buenos Aires, Diego Corapi dell'Università di Roma – Tor Vergata, Susana Czar de Zalduendo e Ana Maria De Aguinis dell'Università di Buenos Aires, Luis Olavo Baptista dell'Università di San Paolo, Siegbert Rippe dell'Università di Montevideo, Antonio Serra dell'Università di Sassari.

Nel caso di specie, poi, la collaborazione è risultata particolarmente produttiva perchè ha posto a confronto le esperienze dei Paesi del Mercosur, che solo recentemente hanno intrapreso il cammino verso la costituzione di uno spazio economico comune, con quello di un Paese come il nostro, che già da tempo, invece, vive le complesse dinamiche connesse al processo di integrazione europea.

Inoltre, il tema ha offerto la possibilità di partecipare l'esperienza maturata in Italia sull'opportunità di approntare uno schema normativo organico per l'impresa volto ad eliminare le disarmonie e la frammentarietà di interventi settoriali, esperienza che si è concretizzata in una serie di iniziative e di proposte delle quali il progetto Ferri rappresenta il risultato più significativo.

Il progetto, elaborato nel 1983 da una commissione legislativa presieduta dal Prof. Giuseppe Ferri con l'obiettivo, appunto, di disegnare un quadro unitario entro il quale coordinare la disciplina dei singoli aspetti dell'attività di impresa, ha rappresentato un punto di riferimento costante durante i lavori che hanno condotto alla redazione dell' "Estatuto"⁵

L'affermazione decisa una sostanziale parità di trattamento dell'impresa privata e pubblica, l'esigenza che anche quest'ultima operi secondo criteri di economicità, la consapevolezza che il corretto funzionamento del mercato passa per la tutela della concorrenza e la considerazione unitaria del fenomeno dei gruppi di società sono tra i principi che hanno ispirato l'elaborazione del progetto Ferri e che ora l' "Estatuto" ha fatto propri.

Dal progetto Ferri l'"Estatuto" riprende anche la struttura in forma di articolato legislativo ripartito per titoli ciascuno dei quali disciplina un aspetto della vita dell'impresa: l'esercizio dell'attività economica nell'ottica di un'effettiva condizione di paritetività tra organismi pubblici e privati; la tutela della concorrenza; i contratti di cooperazione tra imprese; i gruppi di impresa; la protezione del consumatore; la crisi dell'impresa.

5. Il progetto Ferri fu elaborato da una commissione nominata dal Ministro di Grazia e Giustizia e presieduta dall'insigne Maestro del diritto commerciale. Tra i componenti ebbe l'onore di essere presente chi scrive. Lo schema di provvedimento elaborato dalla commissione con la relazione che lo accompagna è stato pubblicato in *Quaderno della Giustizia* n. 28 del novembre 1983, p. 17 ss. e in *Riv. soc.* 1984, 243. Per un'analisi e un commento si veda D. Corapi, Attualità di uno statuto dell'impresa, in *Dottori Commercialist* n. 1, 1982, p. 7 ss., Actualité d'un statut de l'entreprise au regard du droit italien, in *Rev. soc.* 1984, 723 e Prospective dans l'organisation et le statut de l'entreprise italienne, in *Les Petites Affiches* n. 49, 25 avril 1983, p. 97 ss.; P.G. Jaeger, La nozione di impresa dal codice allo statuto, Milano 1985; P. Spada, L'incognita "impresa" dal codice allo statuto, in *Giur. comm.* 1985, I, 748.

Se ne evince un quadro in cui la realtà dell'impresa è colta in una dimensione oggettiva e l'accento spostato dal profilo dell'imprenditore a quello dell'attività economica, nel riconoscimento che l'efficienza del sistema presuppone anche la considerazione degli interessi di soggetti diversi, quali i creditori od i consumatori.

L'auspicio è che la costituzione di una piattaforma normativa unitaria sia realmente avvertita, nell'ambito del Mercosur, quale condizione imprescindibile del processo di riavvicinamento delle legislazioni interne, nella consapevolezza che solo una convergenza sui grandi temi dell'impresa renderà possibile procedere verso il superamento delle asimmetrie giuridiche.

A tal fine occorre istituzionalizzare l'"Estatuto" utilizzando i meccanismi normativi previsti dal Trattato di Asunción per tradurlo in "decision" del Consiglio del Mercato Comune, previa risoluzione del Gruppo del Mercato Comune oppure in forma di accordo internazionale.

Solo una volta assunta una qualifica normativa formale l'"Estatuto" potrà spiegare efficacia vincolante nei confronti dei Paesi membri, che saranno tenuti ad adattare le normative nazionali ai principi in esso espressi.

Se l'"Estatuto" non potrà avvalersi degli strumenti normativi predisposti dal Trattato di Asunción esso resterà relegato al rango di mera elaborazione dottrinale, la cui efficacia resterà condizionata al consenso della comunità giuridica latinoamericana sulle norme proposte e alla loro introiezione spontanea nei diversi sistemi.

Alla speranza di veder tradotto l'"Estatuto" in una forma giuridica adeguata che ne possa assicurare un'effettiva vigenza negli ordinamenti del Paesi del Mercosur si associa il desiderio che esso costituisca un'occasione per cominciare a considerare l'impresa in termini globali non soltanto a livello nazionale ma anche e soprattutto in un ambito sovranazionale dove una siffatta considerazione è spinta dall'esigenza di sviluppare una disciplina armonica e adeguata alle necessità dell'integrazione economica tra i diversi paesi.

2. La principale caratteristica dell' "Estatuto" è di porre la nozione di impresa al centro della ricostruzione dei principi fondamentali della disciplina dell'attività economica.

Questa impostazione costituisce una novità per i paesi dell'America Latina, nei cui ordinamenti, seguendo la tradizione europea, il fondamento della disciplina dell'attività economica resta, invece, il soggetto cui tale attività è imputata, cioè il "commerciante" oppure, sul piano oggettivo, non l'attività ma l'"atto di commercio", nozioni entrambe che postulano la distinzione tra codice civile e codice di commercio.⁶

Anche nel nostro ordinamento, del resto, dove pure, con l'unificazione dei codici del '42, le nozioni di "atto di commercio" e di "commerciante" sono scomparse, ciò ha portato soltanto a dar rilievo ai due aspetti – soggettivo (l'imprenditore: art. 2082 cod. civ.) e oggettivo (l'azienda: art. 2555 cod. civ.) – dell'impresa.⁷

6. Sulle codificazioni del diritto civile e del diritto commerciale in America Latina si veda S. Schipani, *Los códigos latinoamericanos de la "transfusion" del derecho romano y de la independencia hacia códigos de la "mezcla" y "códigos tipo" in Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana* (coordinator A. Levaggi), Buenos Aires 1992, p. 15 ss.; H. Eichler, *Privatrecht in Lateinamerika*, in *Festschrift für E.C. Hellbling*, Berlin 1981, p. 481 ss. In particolare sulla codificazione commerciale in Argentina e Uruguay si vedano, rispettivamente, il Libro del Centenario del Código de Comercio, pubblicato dalla *Comision Nacional de Homenaje a los Doctores Salmacio Vélez Sarsfeld y Eduardo Acevedo*, Buenos Aires 1966 e R.O. Garcia y S. Rippe, *Evolucion y panorama del derecho comercial uruguayo*, Montevideo 1989. Sulla codificazione commerciale in Brasile si veda Fran Martins, *Curso de direito comercial*, 10ª ed., Rio de Janeiro 1985. Progetti di riforma sono stati elaborati in Brasile (dove, tra l'altro, si è proposto nel 1965 un codice delle obbligazioni che unifica questa parte del diritto privato) e in Argentina (dove una riforma del codice civile, proposta nel 1987, prevede anch'essa l'unificazione con il codice di commercio).

7. La più netta individuazione dell'impresa come attività e dell'impresa come complesso di beni destinati ad uno scopo produttivo (azienda) quali profili giuridici dominanti nel sistema del diritto commerciale italiano dopo l'unificazione dei codici e la perdita dell'autonomia normativa è di G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, 10ª ed., Torino 1993, *Diritto commerciale*, in *Enc. del dir.* v. XII, il quale, peraltro, rileva anch'egli, che il codice del 1942, improntato a principi essenzialmente diversi da quelli del codice di commercio precedente, non considera l'impresa ma l'imprenditore e che la nozione di impresa come attività si ricava dalla definizione di imprenditore: "l'impresa è appunto l'attività dell'imprenditore e ogni tentativo di scindere l'una nozione dall'altra e di ammettere l'esistenza di una impresa, il cui titolare non sia l'imprenditore, muove – ad avviso dell'illustre Maestro – da una inesatta considerazione della legge e non può essere condiviso" (G. Ferri, *Manuale*, cit., p. 45). Fondamentale nella ricostruzione sistematica di Giuseppe Ferri è, poi, identificazione tra impresa commerciale, non condivisa però dalla restante dottrina commercialistica. Per un quadro complessivo di questa problematica G. Oppo, *Impresa e imprenditore*, *Enc. giur.* v. XVI^o. Rimasta senza seguito l'originale definizione dell'impresa come diritto soggettivo, proposta da R. Nicolo nella sua plusione romana, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. comm.* 1956, I, 1977, l'esigenza di una rivalutazione del ruolo dell'impresa è stata avvertita in relazione alle problematiche poste dallo sviluppo del sistema economico, recepite dagli studi aziendalistici sulla nozione di *firm* (a partire dalla fondamentale indagine di M. Miller & F. Modigliani, *Dividend policy, Growth and the Valuation of Shares*, 34 J. BUS. 411 (1961)). Frutto di tale riconsiderazione è in Italia il già ricordato progetto Ferri sullo Statuto dell'impresa, rimasto peraltro senza esito. Di fronte al recente avvio di radicale trasformazione del sistema economico italiano verso la privatizzazione e la liberalizzazione dei mercati si accentua l'esigenza di una revisione della nozione di impresa quale perno

Una considerazione globale dell'impresa ha trovato, peraltro, spazio nell'ambito del diritto della Comunità europea, volto alla individuazione delle attività economiche rilevanti nel mercato. Questa finalità, e insieme, la necessità di formulare le normative in un contesto istituzionale che integri ordinamenti degli Stati membri assai diversi utilizzando concetti giuridici legati soltanto a tale contesto e fuori dal riferimento ai singoli ordinamenti, hanno portato il diritto della Comunità europea alla elaborazione di una nozione di impresa assai ampia.⁸

Una esigenza analoga a quella sentita nell'ordinamento comunitario si è posta nella elaborazione dell'"Estatuto": nell'art. 1 si sancisce che esso regola "l'esercizio di ogni attività economica destinata alla produzione e scambio di beni e servizi". Questa è, dunque, la nozione assai ampia di impresa da cui muove lo schema normativo per elaborare i principi fondamentali che la governano.

Significativo della tecnica usata nella redazione di questa e delle altre norme dell'"Estatuto" è che la norma non detta "sic et simpliciter" una definizione dell'impresa, ma definisce invece l'ambito di applicazione della disciplina che si va ad introdurre. Ove possibile, invero, si è evitata la formulazione di definizioni che possano costituire fonte di divergenti interpretazioni nel contesto degli ordinamenti dei diversi Paesi in cui esse andranno inserite, per privilegiare formulazioni operative, scevre per quanto possibile di riferimenti concettuali.

3. L'"Estatuto" è diviso in sei titoli che riguardano gli aspetti fondamentali di rilevanza dell'impresa nel sistema economico. Il titolo I° (L'impresa) pone i principi generali in base a cui l'attività di impresa deve essere svolta perchè abbia rilevanza e efficacia nell'ordinamento giuridico: l'amministrazione deve essere autonoma e ispirarsi a criteri di efficienza; la gestione

della disciplina dell'attività economica: da ultimo è tornato su questa esigenza con riferimento in particolare alle proposte di riforma della legge fallimentare F. Corsi, *Impresa e mercato in una nuova legge fallimentare*, in *Giur. comm.* 1995, I, 329. Per una valutazione complessiva dell'evoluzione della nozione di impresa dalla codificazione ad oggi e dalle prospettive future G. Cottino, *Imprese, imprenditore, società tra ieri e oggi*, nel volume *Per i cinquant'anni del codice civile* (a cura di M. Sesta), Milano 1994, p. 217.

8. P. Verrucoli (a cura di), *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Milano 1977; A. Grisoli, *Impresa comunitaria*, in *Enc. giur.*, v. XVI^o; M. T. Cirenei, *Le imprese pubbliche*, Milano 1983.

deve rispettare i principi di trasparenza e uguaglianza di trattamento dei partecipanti, investitori e creditori (art. 2 dello Statuto).

Si tratta di garanzie di legittimità dell'agire il cui rispetto è condizione del riconoscimento degli effetti dell'attività economica organizzata in un ordinamento. In sostanza, le ragioni dell'economia che portano al rilievo dell'attività di impresa possono trovare accoglimento solo se questa attività rispetta principi di fondo della convivenza civile. L'impresa è libera nel mercato, ma il mercato ha regole di funzionamento che impongono il "fair play" e il rispetto dei valori presenti nella società.⁹

L'osservanza di questi principi dovrà essere garantita da un organismo autonomo: anche qui l'"Estatuto" è fortemente innovatore e in linea con le tendenze emergenti verso la privatizzazione e liberalizzazione dei sistemi economici. In questo contesto è attività di impresa nel mercato richiede adeguate forme di intervento pubblico non più con provvedimenti di amministrazione attiva che intervengono direttamente sulle diverse situazioni, ma con la predisposizione di controlli esterni dello svolgimento corretto dell'attività attraverso organismi regolatori indipendenti.¹⁰

Nell'"Estatuto" si precisa, poi, che i medesimi principi, le medesime regole e i medesimi controlli di organismi indipendenti si riferiscono anche all'impresa pubblica.

Anche dal punto di vista della disciplina dei singoli atti posti in essere l'impresa pubblica o con partecipazione dello Stato è soggetta alle stesse norme che regolano gli atti delle altre imprese senza distinzioni nè privilegi (art. 4 dell'"Estatuto"). Si riafferma così l'unitarietà delle diverse forme di impresa e l'esigenza che le regole giuridiche ad esse relative ripetano le caratteristiche

9. Anche il mercato non è un qualcosa di selvaggio, che fiorisce da solo, ma è il risultato di una coerente azione delle forze politiche e sociali. Insisteva in questo senso G. Carli, *Il Codice e il processo di sviluppo economico*, in *Riv. dir. civ.* 1980, I, 6. Sul punto per un particolare, ma fondamentale aspetto G. Visentini, *Etica e affari*, CERADI saggi I, Roma 1995, p. 101.

10. Sugli organismi indipendenti di controllo si veda C. Franchini, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1988, 549. Sulla trasformazione di questi organismi è espressione si veda M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna 1992 e, con riferimento alla proposta di introduzione di un organismo di controllo nel settore delle opere pubbliche, D. Corapi, *Il controllo sulle opere pubbliche. Appunti di diritto comparato*, in *Riv. dir. comm.* 1993, I, 453. Per una valutazione complessiva dei nuovi istituti del diritto amministrativo nel rapporto diritto privato-diritto pubblico, G. Oppo, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.* 1994, I, 25; G. Visentini, *La legalità nell'organizzazione dell'economia*, CERADI Saggi n. 1, cit., p. 79.

essenziali dell'attività economica organizzata nel mercato: l'intervento pubblico nell'economia può esprimersi in modi diversi, ma se assume carattere di impresa deve essere coerente con essa. Quando ciò non è, l'intero sistema economico ne risulta adulterato e, in definitiva, sconvolto.

Queste norme, che riflettono le preoccupazioni derivanti dalla presenza di un forte intervento pubblico nell'attività d'impresa, non sono tuttavia inutili anche nella mutata prospettiva di una privatizzazione e liberalizzazione del sistema economico, comune oggi ai paesi del Mercosur e all'Italia. Intanto perchè il cammino da percorrere verso tali obiettivi è ancora lungo e richiede la massima chiarezza di impostazione (oltre che grande determinazione politica). Poi, soprattutto, perchè anche in un contesto definitivamente mutato, resterà uno spazio di attività economica di rilevanza pubblicistica per la quale sarà ancor più necessaria una regolamentazione basata sui principi riaffermati nell'"Estatuto".¹¹

4. Il titolo secondo dell'"Estatuto" è relativo alla tutela della concorrenza. Le norme si ispirano a quelle analoghe del Trattato di Roma della Comunità Europea (artt. 85 e 86), che a loro volta costituiscono una rielaborazione delle norme contenute nella madre di tutte le regolamentazioni anti-trust, la legislazione degli Stati Uniti d'America (*Sherman Act* e *Clayton Act*).

L'aspetto più interessante è costituito dalla previsione di un sistema permanente di comunicazione, coordinamento e cooperazione tra gli organismi incaricati di applicare le norme *anti-trust* nei diversi paesi del Mercosur, i quali dovranno così provvedere ad armonizzare l'interpretazione (art. 7 dell'"Estatuto"). In assenza di organismi sovranazionali (come quelli della Comunità Europea: Commissione e Corte di Giustizia), questa previsione mira a supplire alle necessità di una armonica politica della concorrenza in tutto il Mercosur.

11. Queste considerazioni sono confermate dall'analisi della situazione italiana, per cui si veda G. Visentini, *L'evoluzione del sistema finanziario italiano. I problemi attuali*, CERADI Saggi n. 1, cit., p. 3. In generale sulle diverse ma ineliminabili modalità dell'intervento pubblico in un sistema economico privatizzato e liberalizzato si veda C.L. Schultze, *The Public Use of Private Interest*, The Brookings Institution, 1977, trad. it. a cura di M. Rodriguez con introduzione di G. Anselmi, Milano 1993.

5. Il successivo titolo terzo dell'“Estatuto”, sui contratti di cooperazione tra imprese, si limita a disciplinare in un solo articolo (art. 8) la caratteristica fondamentale di questi contratti di carattere associativo come le società, ma diversi dalle società perchè realizzano la cooperazione senza porre in essere un organismo comune, centro di attività economica e di rilevanza giuridica unitaria.

Non si considera, invece, l'impatto che le diverse forme di cooperazione tra imprese possono produrre sul mercato: resta, dunque, nell'ambito della generale normativa *anti-trust* la possibilità di un intervento delle autorità dei diversi paesi nel campo delle concentrazioni che si realizzano attraverso rapporti di collaborazione (le c.d. *joint ventures* concentrative).¹²

6. Il titolo quarto dell'“Estatuto” affronta il tema dei gruppi di imprese.

Si tratta, come è ben noto, di uno dei momenti più delicati della disciplina dell'impresa, in cui si confrontano due impostazioni completamente diverse. Preso atto della rilevanza dei collegamenti tra imprese e della direzione unitaria che essi consentono, molti ordinamenti giuridici tengono ferma, tuttavia, una considerazione distinta delle diverse unità giuridiche in cui le imprese facenti parte di un gruppo si articolano, dando rilievo al legame tra di esse solo in fattispecie singole e con effetti limitati.¹³ Altri ordinamenti giuridici rovesciano questa impostazione e danno, invece, rilevanza globale al rapporto di direzione unitaria cui soggiacciono le imprese di un gruppo.¹⁴

12. Sulle *joint ventures* nella tipologia delle concentrazioni si veda D. de Nozza, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna 1988. Sulla distinzione tra concentrazione e cooperazione tra imprese nell'art. 3, Regolamento n. 4064/89 del Consiglio CE del 21 dicembre 1989, si veda il commento di G. Olivieri in R. Alessi - G. Olivieri, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino 1991, p. 205 ogg.

13. Seguono questa impostazione, tra gli altri, gli ordinamenti della Francia, della Gran Bretagna, degli Stati Uniti; su di essi si vedano rispettivamente gli studi di V. Di Cataldo, C.B. Vanetti e A. Mazzoni, in *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico* (a cura di A. Pavone Larosa), Bologna 1982.

14. Segue questa impostazione, in particolare, l'ordinamento tedesco con la normativa sui *Konzerne* nell'*Aktiengesetz* 1965, 3, 16-19, 291-292, 319-327 e, sulla scia di questo, il controverso progetto di 7ª Direttiva comunitaria sull'armonizzazione del diritto delle società. Su tale disciplina A. Piras, *I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano*; A. Cerrai *I gruppi di società nel diritto comunitario*, in *I gruppi di società*, cit.

Tutti i paesi del Mercosur, tranne il Brasile¹⁵ seguono la prima impostazione. Le norme dell'“Estatuto” hanno, pertanto, tenuto conto della situazione e propongono una disciplina che senza dare legittimazione completa al rapporto di direzione unitaria del gruppo, ne considera però le conseguenze più rilevanti e più gravi.

Dopo aver individuato all'art. 9 la nozione di impresa controllante, non soltanto si prevede all'art. 11 l'obbligo della presentazione di bilanci consolidati e di rendiconto distinto delle operazioni infragruppo, ma all'art. 12 si stabiliscono inoltre obblighi e responsabilità dell'impresa controllante nei confronti delle società controllate per i danni derivanti dall'aver seguito le direttive o istruzioni della controllante, nonché responsabilità personali degli amministratori della impresa controllante in solido con gli amministratori delle società controllate. Con ciò si risolvono le questioni che si pongono quando tali problemi sono impostati alla luce dei principi generali sul conflitto d'interessi.¹⁶

Infine, all'art. 10 si sancisce che nell'acquisizione del controllo di società si debbano salvaguardare gli interessi dei soci di minoranza e dei creditori di tutte le società coinvolte nell'operazione (inclusa la società che acquista il controllo).

Nel complesso si tratta di norme che – considerando insieme la situazione di mero controllo e quella di direzione unitaria di gruppo – mirano a risolvere armonicamente i problemi di fondo che queste situazioni pongono, senza prendere posizione espressa per l'una o l'altra delle impostazioni sui gruppi di imprese.¹⁷

15. Sulla disciplina dei gruppi di società nel diritto brasiliano si veda Fran Martins, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1985, v. 3, p. 445 ss.; A. Piras, ob. cit.

16. Nell'ordinamento italiano, che segue la prima impostazione, sarebbero applicabili gli artt. 2391 e 2631 del codice civile, che vietano agli amministratori, con la comminatoria anche di sanzioni penali, il voto nelle operazioni in cui abbiano un interesse anche “per conto altrui” (e quindi anche della capogruppo), in conflitto con quello della società da essi amministrata (in ipotesi appartenente ad un gruppo). Queste norme applicate rigorosamente escluderebbero qualsiasi possibilità di operare come gruppo. Si finisce, perciò, per ricorrere ad una loro applicazione morbida, che vanifica la distinzione di posizioni giuridiche postulata dal codice civile, senza peraltro dare soddisfacente soluzione alle esigenze di tutela dei soci e dei terzi poste dall'operatività del gruppo.

17. Sulla necessità di introdurre norme analoghe nell'ordinamento italiano cresce il consenso: da ultimo il tema è stato dibattuto in un convegno del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, svoltosi a Courmayeur il 31 marzo-1 aprile 1995 (i cui atti sono in corso di pubblicazione). Per un panorama della problematica si veda R.M. Petriccione, *Gruppi di Società*, in *Dig. IV, Disc. priv.*, Sez. *Comm.*, v. VI, M. Lutter, *The Law of Groups in Europe: A Challenge for Jurisprudence*, in *Forum Internazionale*, v. 1°, 1983, I.

L'“Estatuto” insomma, tiene conto della impossibilità di dettare una disciplina organica per tutti i paesi del Mercosur, vista la fondamentale differenza che i diversi ordinamenti presentano in materia.

7. Una disciplina altrettanto innovativa, ma più decisamente orientata anche sul piano dottrinale, è quella proposta nel titolo quinto dell'“Estatuto” riguardo alla tutela del consumatore.

Anche queste norme fanno tesoro della esperienza dell'ordinamento statunitense e degli ordinamenti europei. In particolare si tiene conto dei principi e norme per un'armonizzazione in materia, fissate dalla direttiva comunitaria.¹⁸

L'art. 13 sancisce l'obbligo dell'impresa di operare con lealtà e buona fede nei confronti dei consumatori e gli articoli 14 e 15 introducono una responsabilità oggettiva della impresa che produca o metta in circolazione un prodotto difettoso.

8. L'ultimo titolo dell'“Estatuto”, il sesto, detta i principi fondamentali in materia di crisi dell'impresa.

Si muove dalla considerazione dell'importanza della conservazione dell'impresa come unità produttiva che coinvolge interessi di soggetti diversi (oltre ai creditori e ai soci, i dipendenti, i terzi consumatori dei suoi prodotti o utenti dei suoi servizi, l'interesse pubblico più in generale).

Pertanto, pur confermandosi la necessità di una procedura che provveda nel modo più equo e più economico alla eliminazione dal mercato delle

18. Sulla direttiva comunitaria 25 luglio 1985 n. 374 in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi e sulla sua attuazione nei paesi membri della Comunità europea (in Italia con il d.p.r. 24 maggio 1988 n. 224) si veda G. Alpa-M. Bin- P. Cendon, La responsabilità del produttore, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XIII^o, Padova, 1989. Sul problema della responsabilità del produttore in un contesto regionale quale il Mercosur, che superi le barriere degli ordinamenti statali si veda C.A. Ghersi, Responsabilidad civil regional por productos elaborados y traslacion del riesgo por las empresas a los consumidores, in *Mercosur*, ob. cit., p. 209. E' evidente cche la introduzione di una “responsabilidad regional” presuppone l'armonizzazione delle discipline statali in materia di fondo: l'“Estatuto” è un tentativo di introdurre tali principi fondamentali.

imprese non più in grado di perseguire la loro attività,¹⁹ si dà rilievo alla esigenza di assecondare attraverso idonee procedure il recupero delle imprese in crisi non irreversibile.²⁰ Così l'art. 16 prevede il superamento della crisi con procedimenti extra-giudiziali e giudiziali e l'art. 18 sancisce che la liquidazione debba perseguire l'obiettivo del mantenimento, nei limiti del possibile, delle unità produttive e che a tal fine, ma per un periodo di tempo limitato, si possa prevedere una continuazione dell'esercizio dell'impresa.

9. Una conclusione di carattere metodologico generale può forse trarsi dall'esame della normativa proposta con l'"Estatuto"

Il carattere fondamentale di questa normativa è quello di essere una legislazione per principi, sulla scia delle *Generalklauseln* del BGB, che non è volta a dettare una disciplina esaustiva degli istituti considerati, ma soltanto a individuarne i caratteri essenziali e, in qualche caso, anche a stabilire la stessa necessità della loro introduzione nell'ordinamento.²¹

L'esigenza che si intende soddisfare è – come si è detto – quella di creare i presupposti per l'armonizzazione dei diversi ordinamenti giuridici

19. L'esigenza della "par condicio", "ratio" delle procedure concorsuali è stata analizzata e discussa dalla recente dottrina americana che ha riesaminato il problema con i metodi della "law and economics" e ha ribadito che "the bankruptcy system provides a way to override creditors' pursuit of their own remedies to make them work together" (Th. H. Jackson, *The logic and limits of bankruptcy Policy*, 1986, p. 17; J. Ayer, *The Role of Financial Theory in Shaping Bankruptcy Policy*, in 3, *American Bankruptcy Institute Law Review*, 53 (1995).

20. L'esigenza di recupero e conservazione per la collettività delle strutture aziendali ancora valide nonostante l'insolvenza è stata avvertita in diversi ordinamenti giuridici. Su di essi si veda M.J. Bonell, *La crisi delle tradizionali procedure commerciali: uno sguardo oltre frontiera*, in *Giur. comm.* 1981, I, 680. Negli Stati Uniti, oltre agli studi riportati da J. Ayer nell'articolo citato nella nota precedente, il tema è stato messo in luce nei suoi riflessi di carattere generale da J.W. Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in Nineteenth Century United States*, *Univ. of Wisconsin L. J.*, 1964 p. 26. In Italia la risposta a tale esigenza (giudicata, peraltro, frammentaria e insufficiente) è stata data dalla varia legislazione di salvataggio e, da ultimo, dalla legge 3 aprile 1979 n. 75 (c.d. legge "Prodi") sulla amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Per una valutazione di questa normativa si veda G. Oppo *Profilo sistematico dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. dir. civ.* 1981, I, 233 e, in relazione ad un problema specifico ma cruciale, D. Corapi, *Creditori anteriori e creditori di massa nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 291.

21. L'importanza di una legislazione per principi o per clausole generali è stata riproposta da S. Rodota', *Ideologia e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.* 1967, I, 347.

considerati e, quindi, la possibilità di realizzare gli obiettivi dell'ordinamento regionale sovranazionale del Mercosur.

E' da notare come questa esigenza riproponga l'importanza di un quadro normativo di fondo, ovvero di una "codificazione" come base dell'intervento legislativo nei singoli settori.

E' una conferma, ove mai fosse necessaria, che la realtà del diritto non può essere chiusa in formule astratte e definitive avulse dalle soluzioni richieste nelle diverse circostanze della vita economica e sociale. Se è vero, quindi, che all'interno di alcuni ordinamenti giuridici le esigenze che condussero alle grandi codificazioni sembrano oggi meno pressanti e si assiste ad una maggiore articolazione delle fonti primarie e a diverse opzioni metodologiche rispetto alla sistematica codicistica tradizionale, è vero altresì che in altre situazioni, quali quelle determinate dalle esigenze di integrazione dei rapporti economici a livello transnazionale, l'esigenza di individuazione e posizione di principi fondamentali torna a trovare in testi normativi di principio la più idonea soluzione.²²

22. Il dibattito sul significato della codificazione oggi è stato aperto in Italia da N. Itri, L'età della codificazione, 3^a ed, Milano 1989 (ma la prima stesura del saggio è del 1978). Ribadisce l'importanza della codificazione R. Sacco, Codificare: modo superato di legiferare, in *Riv. dir. civ.* 1983, I, 117. Per altri riferimenti G. Tarello, Codice I) Teoria Generale e R. Sacco, Codice II) Diritto comparato e straniero, in *Enc. giur.*, v. VI^o. Negli ordinamenti di *common law* il problema si pone con riferimento al ruolo del precedente giudiziale come base del sistema: anche in quei paesi, invero, lo sviluppo di interventi legislativi settoriali mette in discussione la centralità della tradizione giurisprudenziale. Negli U.S.A. G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge 1982, sottolinea la necessità di studiare le conseguenze di questa evoluzione e di ritrovare su altre basi i fondamenti dell'ordinamento.

Roma, 11 de diciembre de 1993

ESTATUTO DE LA EMPRESA PARA LOS PAISES DEL MERCOSUR

TITULO I - LA EMPRESA

Art. 1 - Ambito di Aplicación

El presente Estatuto regula el ejercicio de toda actividad económica destinada a la producción e intercambio de bienes y servicios.

Art. 2 - Gestión de las Empresas

Los administradores de la empresa tanto privada como pública tienen autonomía para la toma de decisiones y deben utilizar criterios de eficiencia en su gestión.

La gestión de la empresa deberá respetar los principios de transparencia y de igualdad de tratamiento de los participantes, inversionista y acreedores. Un organismo autónomo e interdependiente garantizará la observancia de tales principios.

Art. 3 - Igualdad de tratamiento para las empresas competidoras

Las empresas, incluida la empresa pública, tendrán acceso al mercado con el mismo tratamiento fiscal, crediticio y de otro género. Las facilidades sectoriales o regionales deben ser concedidas en igualdad de condiciones. El monopolio y la reserva de actividades deben ser previstos por ley, contemplando el marco de los acuerdos de integración.

Art. 4 Empresa pública o con participación estatal

Los actos que realicen y las relaciones creadas por las empresas públicas en el ejercicio de su actividad empresarial están sujetas a las mismas normas que regulan los actos de las otras empresas sin distinciones ni privilegios. La participación del capital estatal no modifica el derecho aplicable a las sociedades.

TITULO II - TUTELA DE LA COMPETENCIA

Art. 5 - Prohibición de actos que atentan contra la libre competencia, Abuso de posición dominante.

1. Quedan prohibidos y serán sancionados de conformidad con la ley, los acuerdos y las prácticas concertadas que tengan por objeto o como efecto, impedir, restringir o distorsionar la competencia en la producción e intercambio de bienes y servicios. La inaplicabilidad de las precedentes prohibiciones será decidida por regulación expresa de las autoridades, fundándose en motivos de mejoramiento de la producción y la distribución o en el fomento del progreso técnico y económico. Queda también prohibida la concentración del poder económico en una o más empresas que, mediante el control que adquieren o ejercen sobre otra u otras, produzca consecuencias dañosas al eliminar total o parcialmente la competencia.

2. Será sancionado el abuso de posición dominante por el cual una o más empresas obstaculicen o impidan la competencia efectiva en el mercado.

Art. 6 - Actos anticompetitivos

Además de otros establecidos por las disposiciones nacionales se consideran comprendidos en el artículo anterior los actos que consistan en:

- a) imponer o acordar, directa o indirectamente, precios de compra o de venta y otras condiciones no equitativas en las transacciones;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo tecnológico o las inversiones;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o según los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de esos contratos;
- f) repartir mercados o fuentes de abastecimiento.

Art. 7 - Organismos de aplicación

Los organismos de aplicación de las normas sobre competencia en los países del MERCOSUR, mantendrán un sistema permanente de comunicación, coordinación y cooperación procurando armonizar la interpretación de esas normas.

TITULO III CONTRATOS DE COOPERACION ENTRE EMPRESAS

Art. 8 Formas de cooperación entre empresas, Responsabilidad de los partícipes

La colaboración entre empresas en el desarrollo de sus actividades podrá asumir formas contractuales tales como el consorcio, la unión transitoria de empresas, el grupo de interes económico, el riesgo compartido y las agrupaciones de colaboración. En estos casos las empresas se mantienen independientes y la responsabilidad frente a terceros se regirá por el contrato de cooperación publicitado en la forma establecida por ley y por los contratos particulares eventualmente celebrados al efecto con terceros.

TITULO IV - LOS GRUPOS DE EMPRESAS

Art. 9 - Ambito de aplicación

A los efectos del presente Título se entiende por controlante la empresa que ejerce respecto de una o más sociedades, actividades de coordinación y de dirección por medio de la participación en el capital de estas últimas.

Art. 10 - Formación del grupo

En la adquisición del control de sociedades se debe respetar el interés de los socios minoritarios y de los acreedores, inclusive de la empresa controlante.

Art. 11 - Balance Consolidado del Grupo - Informe de los Administradores de la Empresa Controlante

La empresa controlante deberá confeccionar y publicitar el balance consolidado del grupo del cual resulte su situación patrimonial y financiera, así como las utilidades y pérdidas del mismo.

Los administradores de las sociedades controladas deberán rendir cuenta separadamente de las operaciones concluidas con la empresa controlante o con otras empresas del grupo o con terceros, a pedido o en el interés aun indirectos de la empresa controlante.

Art. 12 Deberes y responsabilidades de la Empresa Controlante, Responsabilidad de los administradores en el grupo

La empresa controlante tiene la obligación de mantener indemne a la sociedades controladas de todo perjuicio derivado de seguir las directivas o instrucciones de la controlante. No tendrán derecho a reclamar indemnización si se comprueba una compensación adecuada en un período razonable.

La empresa controlante y sus administradores responden solidariamente con los administradores de las sociedades controladas por los daños ocasionados sin la compensación adecuada.

Los acreedores y socios minoritarios de las sociedades controladas tienen el derecho de promover acción de responsabilidad por los daños sufridos personalmente. Los socios minoritarios podrán reclamar también la reparación de los daños causados a la sociedad y podrán requerir la designación de un administrador judicial.

TITULO V - PROTECCION AL CONSUMIDOR

Art. 13 - En las relaciones con los consumidores, la empresa debe actuar con lealtad y buena fe, lo que impone – entre otros – los siguientes deberes:

- a) publicitar los bienes o servicios ofrecidos, de forma tal que no induzca a error o engaño;
- b) informar al consumidor sobre los riesgos y características inherentes al producto ofrecido.

Art. 14 La empresa será responsable por los daños sufridos por el consumidor en su salud, cuando el producto no responda a la seguridad que era dable esperar.

La responsabilidad en este caso será objetiva y el sujeto imputado solo podrá liberarse probando la causa ajena.

Art. 15 La responsabilidad del fabricante por defecto del producto se extenderá al fabricante del componente implicado en la causación del daño, al importador, al distribuidor y a todo aquel que haya puesto su marca, nombre o cualquier otro signo distintivo sobre el producto. La responsabilidad en estos casos es indistinta.

Sin perjuicio de la garantía por vicios redhibitorios, responderán solidariamente por los defectos de calidad y cantidad del producto, que lo tornen inadecuado para la función atribuida o que disminuyan su valor.

TITULO VI - LA CRISIS DE LA EMPRESA

Art. 16 - Procedimientos de superación. Crisis irreversible. Procedimientos especiales

Las crisis de la empresa puede ser superada por procedimientos extrajudiciales o judiciales. Tales procedimientos deben ser reservados a las empresas económicamente viables.

Las empresas cuya crisis sea irreversible o cuya superación exija un sacrificio irrazonable de los intereses de los acreedores deben ser liquidadas judicialmente.

La ley podrá prever que por razones de interés general algunas empresas queden sometidas a procedimientos preventivos o liquidatorios especiales, lo que puede extenderse a las empresas que exploten servicios públicos.

Art. 17 Responsabilidad de administradores

La ley debe prever acciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de aquellos que han administrado la empresa en crisis.

Art. 18 - Conservación de la empresa

La liquidación debe perseguir en la medida de lo posible, la preservación total o parcial de las unidades productivas,

Con el objeto de lograr un mejor resultado en la liquidación, puede autorizarse la continuidad de la explotación de la empresa, excepcionalmente y por tiempo limitado a la finalidad perseguida.

Art. 19 - Crisis de empresas que forman un grupo

La crisis de las empresas del grupo puede ser superada mediante fusión, escisión, venta o liquidación de una o varias empresas.

En caso de procedimiento judicial este deberá ser único.

DIREITO DE INTERNACIONAL

O CASO CLÁSSICO DO NAVIO *LOTUS* À LUZ DA CIÊNCIA MODERNA

José Roberto Franco da Fonseca

Professor Associado do Departamento de Direito Internacional da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O caso relativo ao navio *Lotus* foi submetido à Corte Permanente de Justiça Internacional numa época em que o direito criminal e o processual penal ainda não tinham pleno desenvolvimento científico.

Hoje, todavia, esse tema deve ser estudado à luz da moderna teoria dos conflitos de leis processuais.

Abstract:

The lawsuit concerning the ship *Lotus* was submitted to the Permanent Court of International Justice in a time when criminal and procedural law were not entirely been developed by science.

Nowadays, however, this matter should be studied under the approach of modern theory of conflict of procedure laws.

1. Introdução

1.1 - Prévia questão metodológica.

A eleição do tema não deve fazer supor filiação do autor à metodologia casuística ou indutiva, originada na Inglaterra e contrastada na Europa continental pelos dedutivistas, no âmbito do Direito Internacional. Ambos os métodos, a rigor, apresentam algumas inconveniências, havendo necessidade de sua conjugação, não sem que daí decorra o fato de indução ou dedução virem, isoladamente, a prevalecer uma sobre a outra forma de juízo (Marotta Rangel, pp. 10-13), nesse esforço de conjugação. Sendo a regra jurídica síntese integrativa de fato, valor e norma, o método para sua apreensão não se reduzirá à mera indução nem à só dedução, senão transcenderá a ambas as formas de juízo (Miguel Reale, *passim*).

A eleição do tema deveu-se a outras circunstâncias metodológicas. É que, tendo sido o caso do navio *Lotus* julgado em 7 de setembro de 1927 pela Corte Permanente de Justiça Internacional, decidido por voto de desempate do presidente do colegiado e tendo suscitado longa discussão e controvérsia na doutrina, merece aqui

reapreciado, à luz dos princípios, só mais tarde formulados às vezes ou só mais tarde consolidados na Alemanha e Itália, da Teoria Geral do Direito Penal e da Teoria Geral do Processo Penal.

1.2 - Precisões terminológicas.

Na apreciação do caso, assim os julgadores como os doutrinadores que o comentaram usam, às vezes sem rigor técnico ou científico, termos de conteúdo equívoco (do ponto de vista lógico) que só mais tarde a ciência penal e, mais inequivocamente, a processualística vieram aclarar e precisar. Acresce que os internacionalistas, de um modo geral, costumam empregar terminologia que nem sempre se adequa à da teoria geral moderna do Direito, talvez pelo fato de o Direito Internacional achar-se fortemente impregnado do impacto socio-cultural e político dos fatos dinâmicos que imprimem sua marca ao macrossistema das relações internacionais.

Assim ocorre quanto ao termo *jurisdição*.

Embora tenha o termo a acepção técnica de função do Estado, de caráter substitutivo em relação às partes, de atuação da verdade concreta da lei com o escopo de composição de litígios, os internacionalistas anglo-norte-americanos e os franceses usam-no no sentido equivalente ao de *soberania* (que, mais abrangente quanto à extensão, compreende o exercício com exclusividade das funções legislativa, administrativa e jurisdicional). Quando querem se referir à jurisdição em sentido estritamente técnico, os ingleses usam a locução "judicial jurisdiction" (Hudson, p. 20 e ss.).

Assim ocorre, também, com o termo *competência*.

Embora no sentido técnico sua acepção seja a de limites (objetivos, subjetivos ou funcionais, geográficos) ao exercício de uma das funções do Estado (no caso concreto, limites da jurisdição), o termo é empregado não-raramente como designativo do próprio *poder* (considerado sem limites, em sua extensão lógica). Tal equivocidade não é tão grave, pois se pode discutir a validade de tal variação, muito embora fosse preferível o rigor lógico aplicável à ciência jurídica.

1.3 - Precisões quanto ao objetivo temático, suscitado pelo caso em exame.

O caso clássico do navio *Lotus* pode suscitar dupla indagação teórica, adstrita ao campo do Direito Internacional, assim como outras indagações, que se

devem circunscrever ao âmbito da Teoria Geral do Direito Penal, por um lado, e da Teoria Geral do Direito Processual Penal, por outro lado.

No âmbito do Direito Internacional, o duplo problema suscitado está relacionado com a existência (que pode ser monística ou dualisticamente apreciada) de um ordenamento jurídico da sociedade internacional e de um ordenamento jurídico interno de cada Estado-membro daquela sociedade. Tal existência (ou co-existência) leva à necessidade teórica e prática de estabelecer as lindes (competência internacional): a. da *legislação* substantiva penal; b. da *jurisdição* penal dos diversos Estados. Veremos, mais adiante, que tal duplo problema, na verdade, irá reduzir-se (v. *infra*, 1.4) a uma única verdadeira questão: a da distribuição internacional da *jurisdição* penal (dado o princípio da territorialidade da *lei* penal).

Tal é o objetivo deste nosso estudo. Ficam excluídas, pois, as demais indagações acima referidas, específicas do âmbito teórico do Direito substantivo Penal e do Direito Processual Penal, a não ser quanto aos aspectos intimamente ligados à solução do problema acima equacionado. Tais indagações são as que dizem respeito à possibilidade de co-autoria em crime culposo (hoje pacificamente admitida), à diferença entre co-autoria em crime culposo e culpas concorrentes (em que as ações são diferentes, mas concorrem ou convergem para a produção do evento), o problema natureza unitária ou pluralística desses crimes.

1.4 - Conclusões metodológicas: os verdadeiros termos do problema.

De tudo quanto se aduziu a título introdutório, deflui que o equacionamento do problema suscitado pelo caso estudado, para se permanecer no âmbito do Direito Internacional, reduz-se à questão da divisão internacional (limites, ou competência) das jurisdições estatais. Determinado o Estado ao qual se atribue a jurisdição criminal (para um fato delituoso que, em tese, possa interessar a mais de uma jurisdição possível), esgota-se a solução (uma vez que, quanto à *lei* penal substantiva aplicável, será a lei do foro).

Os fatores de complicação do problema, no caso concreto analisado, são vários, mas não chegam a desnaturar a verdadeira estrutura da equação, acima formulada. Tais complicadores começam pelo lugar esdrúxulo da consumação do delito: dois capitães, dirigindo cada um, um barco de uma bandeira diferente, agem, cada um deles, em ações diferentes mas convergentes para a produção do evento, com culpas concorrentes; do abaloamento, resultam mortes, a bordo só de um dos barcos, que vem a naufragar; sobrevivem ambos os capitães culpados e aportam em águas

territoriais do Estado do pavilhão, que era ostentado pelo barco naufragado. Este último Estado arroga-se, fundado em suas leis processuais internas, o poder de jurisdição sobre o fato delituoso e condena os capitães.

2. O Caso *Lotus*

2.1 A lide.

Em 2 de agosto de 1926, no alto-mar, o capitão Demons, que comandava o barco *Lotus*, de pavilhão francês, agiu com culpa e abalroou o barco *Bez-Kourt*, de pavilhão turco, cujo capitão, de nacionalidade turca, também agiu com culpa que concorreu para o naufrágio do seu barco e a morte de oito marinheiros e tripulantes turcos que nele se encontravam. O *Lotus* resgatou os náufragos sobreviventes, entre os quais o capitão turco, e foi aportar em Istambul. As autoridades processaram criminalmente e condenaram à pena privativa de liberdade; assim o capitão francês como o turco. Fizeram-no, fundadas em suas regras internas de: a. Direito Penal (art. 6º), que rezava que *"o estrangeiro que cometer ofensa que possa prejudicar a Turquia ou um súdito turco (...) será punido de acordo com o Código Penal turco, na condição de ser a prisão efetuada na Turquia"*; b. Direito Processual Penal, que recomendava a unidade de procedimento no caso de conexão.

A França, exercendo o instituto da proteção diplomática (Rezek, pp. 275-284), protestou formalmente junto à Turquia e ambos os Estados, em 12 de outubro de 1926, acordaram em submeter a lide (de pretensão indenizatória) à Corte Permanente de Justiça Internacional.

Como fundamento principal de sua pretensão, a França alegava que a Turquia agira ilicitamente, tendo em vista terem ambos os Estados litigantes, ratificado o art. 16, da Convenção de Lausanne, de 24 de julho de 1923, que rezava: *as questões de competência judicial nas relações entre a Turquia e as outras potências contratantes seriam reguladas conforme os princípios do Direito Internacional. E, concluía a França, era princípio de Direito Internacional costumeiro o absterem-se reiteradamente os Estados de exercitar sua jurisdição criminal em matéria de abaloamento, deixando-a sistematicamente, para ser exercida pelo país da bandeira do barco em que ocorrem os danos.*

2.2 - A decisão da CPJI.

A decisão do Tribunal foi tomada por voto de desempate, proferido pelo juiz-presidente.

Quanto ao fundamento da pretensão francesa, decidiu-se que se a escassez de decisões judiciais criminais que se puder inferir das coleções de jurisprudência interna constituísse uma prova suficiente do princípio invocado pela França, o resultado lógico seria simplesmente o reconhecer que os Estados freqüentemente se abstiveram, de fato, de exercer a persecução penal que lhes incumbia, e não reconhecer que eles estivessem movidos por uma consciência de que tal abstenção lhes fosse obrigatória juridicamente (caso em que, sim, se poderia invocar um costume internacional).

De consequência, decidiu o tribunal que *"o que se passa a bordo de um navio em alto-mar deve ser considerado como se tivesse ocorrido no território do Estado, cuja bandeira o navio usa. Se, pois, um ato delituoso, cometido num navio, em alto-mar, produz seus efeitos sobre um navio que usa outra bandeira ou sobre um território estrangeiro, devem ser aplicados ao caso os mesmos princípios que se aplicariam se se tratasse de dois territórios de Estados diferentes e, portanto, deve concluir-se que nenhuma regra de direito internacional proíbe ao Estado, de que depende o navio, onde os efeitos do delito se manifestaram, considerar esse delito como se tivesse sido cometido no seu território e exercer a ação penal contra o delinqüente"* (Lotus, arrêt. n. 9, 1927, CPJI, série A, n. 10, pp. 25 e 28).

2.3 - Opiniões divergentes. Apreciação crítica.

Houve declarações de votos divergentes dos juizes Lader (Hudson, pp. 46-50), Weiss (*idem*, pp. 50-7), Lord Finlay (*idem*, pp. 57-62), Nyhelm (*idem*, pp. 62-5), Moore (*idem*, pp. 65-83 e Altamira (*idem*, pp. 83-91).

A leitura desses votos é interessante, posto que a discussão sobre seu conteúdo fuja aos propósitos deste sumário estudo. Isso ocorre porque o propósito de nossas considerações é a aplicação, ao caso clássico do navio *Lotus*, dos princípios consolidados na moderna teoria geral do Direito Penal e na moderna teoria geral do Direito Processual Penal, princípios que, à época do julgamento, se não encontravam, ainda, precisamente formulados doutrinariamente. Além do esforço de aplicação de tais princípios doutrinários, é pretensão do presente trabalho apontar as soluções que,

posteriormente ao julgamento, vieram a ser dadas ao problema pelo Direito Internacional positivo, naquela época omissis.

Tais considerações doutrinárias e dogmáticas seguem-se nos ns. 4 e 5 *infra* (no que diz respeito à questão da "competência processual internacional"). É claro que tal exposição deve ser necessariamente precedida do estudo (feito no n. 3 *infra*) das relações entre o direito interno e o internacional (pois o problema reduz-se à divisão internacional de "competências" jurisdicionais).

Não se podem analisar, pois, quer a decisão da Corte quer os votos divergentes, à luz de princípios modernos, à época não-formulados com clareza nem transformados, ainda, em direito positivo no plano internacional.

3. Direito Interno e Direito Internacional

Para o estudo das relações entre a ordem jurídica interna e a internacional, é de mister, preliminarmente, se situe exatamente, dentro de um ou de outro dos sistemas, a regra definidora da competência processual penal dos Estados.

Ora bem, até a data do julgamento do caso *Lotus* e até algum tempo após tal data, não havia regra internacional (essa foi, ademais, a decisão da CPJI). As soluções eram dadas pelas normas de Direito Processual Penal Internacional (*interno*) dos Estados, tal como formuladas em seus códigos de procedimentos.

A partir, porém, da Convenção de Bruxelas, de 23 de setembro de 1910, que dispunha sobre questões meramente atinentes à responsabilidade civil em caso de abaloamento, elaboraram-se regras, no ordenamento internacional, sobre *jurisdição penal* competente. Assim, a Convenção de Genebra sobre o alto-mar (assinada em 29 de abril de 1958) e a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (de Jamaica, 1982).

Diante disso, faz-se necessária tentativa de sistematização das teorias sobre a harmonização das ordens interna e internacional, no respeitante às regras determinadoras da *jurisdição penal* competente.

3.1 - Doutrinas internacionalistas.

Sustentam, com variantes, os internacionalistas que as regras *internas* de Direito Processual Penal Internacional, porque pressupõem concurso ou conflito de leis emanadas de diferentes Estados, são essencialmente integrantes de uma ordem jurídica supraestatal, internacional. Têm sua fonte original, objetiva e única, na organização

jurídica da humanidade, decorrendo ou do renascido *direito natural* ou da imperiosidade da vida social dos povos e desenvolvendo-se num Direito Internacional *das gentes*, superior aos vários direitos subordinados, direitos internos.

Dentre os internacionalistas, os mais extremados são monistas. Outros há, nada obstante, dualistas, que admitem um direito interno e um *das gentes*, embora a fonte originária se situe no âmbito deste último. Destes, alguns afirmam o primado da ordem jurídica internacional: sustentam que as normas delimitadoras dos sistemas jurídicos coexistentes, como normas supraestatais de *Superdireito* (no sentido formulado por Zitelmann), se filiam ao direito das gentes, e este, ao criar a norma jurídica, cria a linha da sua competência, de modo que, na distribuição das competências, a comunidade supraestatal traça a superfície convexa, dentro da qual fica o *branco* preenchível pelo Estado. Tal é a interessante teoria de Pontes de Miranda (p. 72, n. 43; 142, ns. 128 e 129; e 143, n. 130). Para outros, a ordem jurídica estatal cria, por regras de *Sobredireito*, forma de elaboração do direito das gentes; assim, delega ou atribui competência, no exercício de uma verdadeira legislação de *competência sobre competência*.

3.2 Doutrinas nacionalistas.

Partindo do *divortium aquarum*, traçado por Triepel, entre o Direito Internacional e o direito interno, os nacionalistas sustentam, quanto às relações entre a ordem jurídica internacional e a interna, serem inteiramente diferentes esta e aquela (senão conflitantes às vezes), quanto às situações que regem e quanto às fontes de que promanam. A ordem jurídica interna rege relações ou somente entre indivíduos ou entre esses e o Estado; a ordem internacional rege aquelas entre Estados iguais, coordenados; a primeira promana da vontade de um Estado, manifestada na lei, enquanto a segunda decorre de consenso ou vontade coletiva dos Estados, expressa nos tratados ou no costume.

3.3 - Conclusões, Metodologia adequada.

Para bem situar-se a regra definidora da jurisdição criminal, no plano internacional, há que se estabelecer distinção entre categorias diversas de regras de *Sobredireito*.

Uma primeira categoria é a das regras de Direito Internacional Privado (indicativas de *leis civis e comerciais* aplicáveis a casos de natureza especial), as quais

são *nacionais, internas*, de acordo com a concepção dualista nacionalista, acima sumariada. Só é concebível regra internacional, neste caso, na hipótese de tratado tendo por conteúdo a uniformização legislativa, continuando a matéria de direito interno por sua natureza.

Uma segunda categoria é a das regras de Direito Processual Internacional Criminal (indicativas do *foro* criminal competente). Nestas, a matéria é, por sua natureza, internacional. Pode prevalecer regra interna na inexistência de regra internacional (como decidido no caso *Lotus*); se existir regra internacional, esta prevalecerá.

O método, pois, consiste em analisar a *natureza da matéria* regulada pela regra de *Sobredireito*.

4. Competência Processual Penal; Doutrina e Direito Interno Brasileiro

4.1 Princípio geral.

Assim na doutrina como no direito positivo processual penal internacional, a regra é a de que a competência é do foro da consumação do delito. Exceção é aberta, no Direito brasileiro (Código de Processo Penal, art. 89), para os crimes cometidos a bordo de embarcações nacionais em alto-mar, que serão processados e julgados pela justiça do primeiro porto brasileiro em que tocar a embarcação, após o crime ou, quando se afastar do país, pela do último em que houver tocado. Tal exceção decorre do regime jurídico do navio em alto-mar, considerado extensão do território de sua bandeira e, portanto, só confirma a regra. Alternativa (art. 91): a prevenção.

4.2 - Especificidades do caso *Lotus*.

No caso em exame, todavia, para responder à questão sobre o lugar da consumação do delito, há especificidades decorrentes da própria estrutura do fato *penal sub iudice*. Tais especificidades são variáveis complicadoras, que podem ocorrer no caso dos chamados "crimes à distância" por um lado, e, por outro lado, no caso mais específico de abaloamento, em que há culpas concorrentes e resultados produzidos a bordo de uma das embarcações envolvidas.

Com relação aos crimes à distância (naus de pavilhões diferentes, navegando em espaço internacional), a "Exposição de motivos" do Código Penal de

1940 esclarecia ter sido adotada a teoria da *ubiquidade* (resultante da combinação da *teoria da atividade* e da *teoria do efeito*). O Código Penal brasileiro vigente, com a redação dada ao seu art. 6º pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, reitera que se considera "*praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado*" Já Aníbal Bruno (pp. 225-6) considerava a teoria da ubiquidade cientificamente correta, praticamente satisfatória na medida em que impede a inconveniência dos conflitos negativos de competência.

Mas o segundo fator de complicação, no caso do abaloamento analisado, está em duas outras especificidades, a saber: terem ambos os capitães (de naus de pavilhões diferentes) agido com culpa (negligência ou imprudência de um, imperícia de outro) e, mais, terem as mortes ocorrido no navio turco. Não se trata, pois, de co-autoria em crime culposo (caso em que haveria um único fato); mas, sim, de concorrência de fatos culposos, onde há dois fatos, embora o evento se tenha dado a bordo de uma das naus envolvidas.

Quanto à existência, no Direito Penal brasileiro, de regra (Cód. Penal, art. 7º, § 3º) que se poderia entender assemelhada à do art. 6º do Código Penal turco, invocada no caso *Lotus*, tal fato é inteiramente irrelevante. É que essas regras dizem respeito à *lei penal* substantiva aplicável (no caso de a vítima ser de nacionalidade brasileira ou turca, respectivamente) e não ao *foro competente*. Sendo o Direito Penal eminentemente *territorial*, tais regras (porque pressupõem a entrada do criminoso no país ou sua prisão aí) são despiciendas, no que se refere à determinação do foro criminal competente. Não seria admissível o equívoco metodológico de indagar-se qual a lei *substantiva* aplicável, para daí inferir-se (por força da territorialidade da lei penal) qual o *juízo competente*, o que consistiria em violentação de qualquer lógica.

5. Competência Processual Penal: Direito Internacional Positivo

O principal fundamento da decisão da CPJI, no caso *Lotus*, consistiu em que tudo o que pode ser exigido de um Estado é que não ultrapasse os limites que o Direito Internacional impõe à sua jurisdição; dentro desses limites, seu título para o exercício da jurisdição repousa em sua soberania.

De feito, inexistia à época regra de Direito Internacional, quer convencional quer costumeira, sobre conflitos positivos de competência processual

penal internacional. Entendeu a CPJI que tampouco foi provada a existência de qualquer princípio geral proibitivo da competência avocada pela legislação turca.

O fato é que, posteriormente, o Direito Internacional positivo passou a regular, especificamente, a matéria.

Assim, o art. 309 da Convenção de Direito Internacional Privado, assinada a 18 de fevereiro de 1928, em Havana (VI Conferência Interamericana), disporia que "*nos casos de abalroamento culpável, em alto-mar ou no espaço aéreo, entre navios ou aeronaves de pavilhões diversos, aplicar-se-á a lei penal da vítima*", silenciando, todavia, sobre o juízo competente. Depreender-se-á do art. 304 ("nenhum Estado contratante aplicará em seu território as leis penais dos outros") que o foro competente é também o da nacionalidade da vítima? Mas, e se as vítimas forem várias, de diversas nacionalidades? E que lei é a "da vítima": a da nacionalidade ou a do domicílio?

Já a Convenção de Bruxelas, de 10 de maio de 1952, tentou a unificação de regras relativas à competência criminal em matéria de abordagem, tendo sido derogada pela Convenção assinada em Genebra, em 29 de abril de 1958, sobre o alto-mar, que assim dispõe no seu art. 11: "*No caso de abalroamento ou qualquer outro incidente de navegação ocorrido a um navio em alto-mar e que possa acarretar a responsabilidade penal ou disciplinar do capitão, ou de qualquer outra pessoa a serviço do navio, nenhuma ação penal ou disciplinar pode ser intentada contra eles, a não ser perante as autoridades judiciais ou administrativas, seja do Estado da bandeira, seja do Estado da nacionalidade de tais pessoas*" acrescentando (§ 3º) que "*nenhum arresto ou detenção poderá ser decretado, mesmo para atos de instrução, por autoridades outras que não as do Estado do pavilhão*", silenciando, quanto a estas medidas processuais penais cautelares, para a hipótese de pavilhões diversos.

Finalmente, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, assinada em 1982, na Jamaica, transcreve, em seu art. 97, a mesma redação acima mencionada.

Ganham respaldo, pois, no Direito Internacional positivo, os arts. 89 e 91, do Código de Processo Penal brasileiro.

6. Bibliografia

- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 2ª ed. Rio : Forense, 1956. v. I, t. I, p. 166.
- CAMPOS, Barros Romeu Pires de. *Direito Processual Penal Brasileiro*. São Paulo : Sugestões Literárias, 1969. v. I, p. 104-6.
- HUDSON, Manley O. *World Court Reports*, Washington, 1935. v. II, p. 20.
- JESUS, Damasio E. *Direito Penal-Introdução e Parte Geral I*. São Paulo : Bushatsky, 1972. t. I, p. 185-206.
- MAROTTA RANGEL, Vicente. *Direito e Relações Internacionais*. 3ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988, p. 9-16.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2ª ed. São Paulo : Max Limonad, 1953. v. I.
- REALE, Miguel. *Filosofia de Direito*. São Paulo : Saraiva, 1953. v.I.
- REZEK, J.F. *Direito Internacional Público*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- SOARES, Guido F.S. *O caso Lotus* (material de classe, DDInt Fac. Dir.da USP).
- VABRES, Donnedieu de. *Introduction á L'étude du Droit Pénal International*, Paris, 1922

DIREITO DO TRABALHO

FUNDAMENTOS DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

João Carlos Casella

Professor Assistente do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O receio de encarecer seus produtos e perder a concorrência para outras empresas ou países determinou que o nascimento e desenvolvimento do Direito do Trabalho dependesse, internamente, de generalização e, externamente, da *internacionalização* de suas regras. A esse fundamento de ordem econômica (*concorrência internacional*) somam-se outros, de ordem política (como a *paz universal*) e de ordem social (como a *justiça social*). Os três fundamentos são importantes mas, atualmente, é o anseio de realizar a *justiça social* que predomina, dificultado pelo grande desnível econômico que existe entre países desenvolvidos e países subdesenvolvidos. Daí ser indispensável uma ação internacional no sentido de estabelecer uma nova ordem econômica mundial.

Abstract:

The concern in not making one's products more expensive and losing the competition with other companies and countries made the birth and development of Labor Law depend internally on the generalization and externally on the *internationalization* of its rules. Other elements of a political nature (such as *universal peace*) and of a social nature (such as *social justice*) are added to this economic element (international competition). The three elements are important but at present it is the desire to warrant *social justice* that prevails, hampered by the great economic differences existing between the developed and the undeveloped countries. This makes it necessary for international action to be taken to establish a new world economic order.

Desde suas origens o Direito do Trabalho possui “*nota de universalidade*”. como afirma Evaristo de Moraes Filho.¹

Esse caráter universal é explicado pelas mesmas razões “políticas, econômicas, sociológicas e filosóficas” que determinam seu desenvolvimento.²

1. *Introdução ao Direito do Trabalho*, 2ª ed, São Paulo, Ltr., 1978, p. 173; Wagner Giglio, a seu turno, alude à “vocação internacional” do Direito do Trabalho, com igual sentido (*O.I.T. e Convenções Internacionais do Trabalho Ratificadas pelo Brasil*, São Paulo, Sugestões Literárias, p. 19, 1973).

2. Giglio, Wagner, ob. cit., p. 19.

A aplicação da filosofia liberal-individualista às relações de trabalho formadas sob o impacto da Revolução Industrial, que desequilibrou o mercado de trabalho em prejuízo dos trabalhadores, conduziu à imposição, pelos empregadores, “das mais vís condições de trabalho que a história registra”³

De um lado, mesmo tendo consciência de que a melhoria das condições de vida, de trabalho e de remuneração dos trabalhadores ensejariam benefícios econômicos importantes (melhoria na produção; redução dos efeitos danosos da greve), os empregadores relutavam em fazer concessões temendo que, não-generalizadas, ficariam em desvantagem em relação à concorrência, que seguiria produzindo a custos inferiores.⁴

Assim, a pretensão à *generalização* das eventuais concessões aos trabalhadores representava, a um só tempo, um obstáculo para sua implementação (ante o temor à concorrência) e um estímulo à mesma (na medida em que a pregação pela generalização incluía a aceitação, pelos empresários, de tais concessões).

Por outro lado, tal situação não era um fenômeno localizado já que o modo de produção, com a adoção dos mesmos meios tecnológicos e da mesma forma de organização do trabalho, era igual em diversos países, circunstância que produzia idênticos problemas a requerer iguais soluções. Também o intercâmbio de trabalhadores, facilitado pela evolução dos transportes e comunicações, contribuía para a disseminação de idênticas preocupações.⁵

Vê-se, assim, que a *generalização* antes referida na verdade tinha dimensão maior, na medida em que ultrapassava fronteiras nacionais, demonstrando o *caráter universal* do problema e, em conseqüência, da busca de sua solução.

Como bem observa Wagner Giglio, os trabalhadores não demoraram a perceber essa indivisibilidade do problema a recomendar sua união, à margem de fronteiras: “... a melhoria de tratamento em qualquer país ensejava-lhes reivindicar iguais benefícios”⁶ Essa circunstância, somada ao interesse dos empregadores em evitar conturbações sociais capazes de interferir na produção, viabilizado se generalizadas as concessões, fez do foro internacional o palco adequado para o estudo e debate da situação dos trabalhadores e suas reivindicações.

3. Sussekind, Arnaldo Lopes, *Direito Internacional do Trabalho*, 2ª ed., São Paulo, Ltr., p. 82, 1986.

4. Giglio, Wagner, ob. cit., p. 19.

5. Moraes Filho, Evaristo de, ob. cit., p. 173.

6. Ob. cit., p. 19.

Firmou-se, assim, o *caráter universal* do Direito do Trabalho, então em elaboração. O empenho era no sentido de obter soluções em todos os locais onde o problema existisse, ainda que tais soluções fossem alcançadas independentemente umas das outras, por estes ou aqueles países.

Paulatinamente, os Estados foram abandonando a postura liberal que adotavam frente à questão social e, sensíveis aos apelos de pensadores da época, de diversas áreas do conhecimento e de diferentes ideologias, passaram a intervir nas relações de trabalho.

Essa postura intervencionista dos Estados fê-los interessados diretos na questão trabalhista na medida em que, se de um lado resolviam a questão social, internamente, de outro poderiam estar criando encargos maiores para seus empresários e, com isso, opondo-lhes dificuldades na concorrência internacional, com reflexos negativos para a economia nacional.

Tal preocupação haveria de levá-los a buscar compromissos recíprocos com outros países, através de tratados internacionais⁷ e, mais adiante, da instituição de organismos internacionais permanentes.

Já aqui, pois, não se está perante a simples universalidade do Direito do Trabalho, mas, sim, diante de sua *internacionalização*. Aquela – concebida como uma ampliação, para além-fronteiras, da *generalização* que marcou o Direito do Trabalho desde seu início – não se confunde com esta, concebida como um *compromisso* entre Estados acerca das relações de trabalho.

Para realçar essa distinção pode-se valer da invocação que Evaristo de Moraes Filho faz do conceito de Direito Internacional do Trabalho de Troclet, a saber: “... *parte do direito internacional que regula as relações dos Estados entre si, tendo em vista os nacionais considerados como trabalhadores atuais, futuros ou ex-trabalhadores*”⁸

A internacionalização do Direito do Trabalho não se resumia a uma simples harmonização de legislações nacionais preexistentes, para facilitar transações internacionais. Ao contrário, foi considerada “... *como uma condição indispensável à existência mesma, à preservação e ao desenvolvimento de legislações nacionais*”⁹

7. Giglio, Wagner, ob. cit., p. 20.

8. Ob. cit., p. 173 - os grifos e os destaques não constam do original.

9. Valticos, Nicolas, Droit International du Travail, in *Traité de Droit du Travail* (dir. G.H. Camerlynck), t. VIII, Paris, Dalloz, p. 3, 1970.

Sua importância pode ser avaliada à luz da seguinte ponderação de Nicolas Valticos: *Enfim, firmara-se fortemente a idéia de que a Legislação do trabalho seria internacional ou não seria.*¹⁰

Os fundamentos genéricos da internacionalização do Direito do Trabalho a rigor confundem-se com os próprios fundamentos deste, como assinala Wagner Giglio.¹¹ Especificamente, porém, vale destacar a *concorrência internacional*, a *paz universal* e a *justiça social*.¹²

O realce dado ao fundamento de ordem econômica – a concorrência internacional – justifica-se quando menos sob o prisma histórico.

Como assinala a doutrina, um dos grandes entraves à adoção de normas de proteção ao trabalho, pelos Estados, residia no temor a uma situação desvantajosa na concorrência internacional. É que, adotada tal proteção, determinado país industrializado estaria, *ipso facto*, onerando seus produtores-empregadores e, em conseqüência, provocando uma majoração no preço dos produtos. Ora, na medida em que produtores-empregadores de outros países não estivessem sujeitos a ônus iguais (e pudessem seguir pagando salários ínfimos a seus empregados e deles exigindo jornadas alongadas) é evidente que estes poderiam oferecer seus produtos a preços melhores no mercado internacional em relação àqueles. Tal situação de desvantagem afetaria diretamente os empregadores e, de maneira reflexa, os próprios Estados.

Dessa forma, a adoção de normas de caráter internacional teria a virtude de eliminar esse obstáculo, funcionando como uma espécie de “código de concorrência leal” e de vencer as resistências internas à adoção de normas de proteção ao trabalho pela subtração do principal argumento de seus opositores.¹³

Não é possível negar a importância decisiva que teve esse argumento para a internacionalização do Direito do Trabalho e, pois, para o próprio Direito do Trabalho. Entretanto, é certo também que, com o correr do tempo, a internacionalização do Direito do Trabalho passou a encontrar amparo mais acentuado em outras razões, minimizando-se a importância do fundamento econômico aqui exposto.

10. Ob. cit., p. 3 - os destaques não constam do original.

11. Ob. cit., p. 19.

12. Valticos, Nicolas, ob. cit., p. 113.

13. *Idem, ibidem*, p. 114.

Essa mudança de enfoque – que Nicolas Valticos localiza em torno de 1904¹⁴ – decorreu da verificação de que muitos países industrializados haviam editado as primeiras leis trabalhistas independentemente de qualquer internacionalização, malgrado possibilitadas por algum avanço tecnológico significativo ou por algum tipo de proteção aduaneira. Outrossim, verificou-se também que os encargos decorrentes da legislação trabalhista eram apenas *um* dos *muitos* fatores que contribuíram para a formação do preço final dos produtos.¹⁵

Todavia, como em alguns países o argumento da concorrência internacional continuava a ser invocado pelos adversários da adoção de uma legislação trabalhista, surgiu a tese de que, se a internacionalização do Direito do Trabalho não era mais uma *condição* da existência de leis nacionais era, porém, um fator de contribuição para seu desenvolvimento.¹⁶

Foi com essa nova roupagem que esse argumento permaneceu no espírito das organizações e pessoas durante a Primeira Grande Guerra e ao seu final. Reflexo disso é que o argumento da concorrência internacional tem lugar na Parte XIII do Tratado de Versalhes, mas apenas em terceiro lugar.¹⁷

À vista de tais circunstâncias, Nicolas Valticos conclui que “... a *idéia da concorrência internacional deixava de ser o argumento essencial*”, conservando, porém, “... *um certo peso*”¹⁸

A partir da constituição da OIT, esse argumento chegou a ser invocado em algumas ocasiões e para finalidades específicas. Todavia, sua importância vem decrescendo paulatinamente.¹⁹

Hoje, a relevância desse argumento, embora presente, é reduzido, uma vez que o peso da legislação trabalhista nacional ou internacional nos custos da produção não incide automaticamente sobre o caráter competitivo de uma indústria, tanto porque há vários outros fatores que influem em sua composição como, também, porque podem ser compensados por maior e melhor produtividade da mão-

14. *Idem, ibidem*, p. 114.

15. *Idem, ibidem*, p. 114-5.

16. *Idem, ibidem*, p. 115.

17. *Idem, ibidem*, p. 115.

18. *Idem, ibidem*, p. 116.

19. V. Valticos, Nicolas, ob. cit., p. 116-7.

de-obra, repercutindo, apenas, nas relações entre países em que essas outras condições são semelhantes.²⁰

Outros fundamentos da internacionalização do Direito do Trabalho foram lembrados ao longo do tempo. A parte XIII do Tratado de Versalhes refere-se, sucessivamente, ao argumento de ordem *política* (a paz mundial), ao argumento de ordem *social* (a necessidade de justiça social) e ao argumento de ordem econômica (concorrência internacional).

A percepção de que as privações e a miséria advindas das péssimas condições de trabalho colocavam em risco a *paz mundial* ficou patente durante a Primeira Grande Guerra Mundial, a tal ponto que foi a primeira das razões invocadas no Tratado de Versalhes. É certo que os conflitos internacionais não têm por causa principal essa situação injusta, predominando outros fatores. Mas é certo, também, que não há como estabelecer uma paz duradoura senão com base na justiça social, como significativamente se inseriu na Constituição da OIT na Declaração de Filadélfia, de 1944.

O argumento de ordem *social* – isto é, a melhoria da condição humana, a realização da justiça – estivera presente já nos primórdios da internacionalização do Direito do Trabalho, suscitando o apelo de políticos e pensadores da época no sentido de uma intervenção dos Estados e da comunidade internacional no plano dessas relações e foi expressamente consignado no Tratado de Versalhes, como visto.²¹ Seu conteúdo não se resume em eliminar a injustiça social, mas alcança o propósito de proporcionar o progresso material e espiritual do ser humano.²²

Esse propósito de padronização internacional da melhoria das condições sociais tem sido obstado pelo grave desequilíbrio econômico que se verifica entre países desenvolvidos e países subdesenvolvidos. A própria ação normativa da OIT tem sido prejudicada por isso: suas regras tendem a uma maior generalidade para conciliar as diferenças entre os países, cada vez mais acentuadas.²³

20. *Idem, ibidem*, p. 118.

21. Essa declaração solene representou uma grande inovação no Direito Internacional, em 1919, transformando o Homem em sujeito de Direito Internacional, circunstância capaz de explicar a razão da anterior preferência pela invocação dos outros argumentos (Valticos, Nicolas, ob. cit., p. 126-7).

22. Valticos, Nicolas, ob. cit., p. 128.

23. Sussekind, Arnaldo L., ob. cit., p. 29-30.

Em virtude disso, grande parte da população acha-se à margem da justiça social, o que tem levado a OIT a concitar os países a que estabeleçam uma nova ordem econômica em bases justas e equitativas.²⁴ Só assim seria possível chegar a um “*contrato de solidariedade*” entre os países, ensejando a melhoria da condição social dos trabalhadores.²⁵

Como é possível ver, diferentes são os *fundamentos* da internacionalização do Direito do Trabalho²⁶ e, bem assim, diferentes as épocas em que surgiram e o peso e a nuance de cada qual, ao longo do tempo.

O fundamento de ordem econômica – a concorrência internacional – teve um peso decisivo em seu início, conserva sua influência até hoje, mas sua relevância acha-se minimizada.

Na verdade, a questão econômica, hoje, é outra. O brutal desequilíbrio entre países desenvolvidos e países subdesenvolvidos é que determina a existência de condições de grave injustiça social nestes últimos e requer a solução desta – pela simples razão de que é preciso melhorar a condição social de três quintos da força de trabalho mundial, que vive nessas condições²⁷ – mercê de uma ação internacional no sentido do estabelecimento de uma nova ordem econômica.

24. *Idem, ibidem*, p. 32-33.

25. *Idem, ibidem*, p. 32.

26. Nicolas Valticos também coloca dentre tais fundamentos a necessidade de uma política social acompanhada de uma regulamentação técnica precisa; a ação por um desenvolvimento econômico e social equilibrado; a regulamentação de situações em que intervém um elemento internacional; a consolidação de legislações nacionais; o parâmetro para as leis nacionais (ob. cit., p. 129-37). Montoya Melgar, A., também alude a fundamentos semelhantes (*Derecho del Trabajo*, 8ª ed., Madrid, Tecnos, p. 192, 1987).

27. Sussekind, Arnaldo L., ob. cit., p. 33.

DIREITO PROCESSUAL

ART. 145 DO CPC: DA INABILITAÇÃO DE ENGENHEIRO CIVIL PARA PROCEDER A LEVANTAMENTO AGRONÔMICO EM IMÓVEL RURAL

Antônio Cláudio da Costa Machado

Professor Assistente do Departamento de Direito Processual da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

A finalidade do presente trabalho é a demonstração de que o texto do § 1º do art. 145 do Código de Processo Civil, com a nova redação que lhe deu a Lei n. 8.455/92, tornou explícita a proibição de escolha, pelos juizes de direito ou federais, de profissionais não habilitados para perícias enquadráveis em atividades regulamentadas, como as que realizam os engenheiros, arquitetos ou engenheiros agrônomos sob o manto disciplinar da Lei n. 5.194, de 24.12.66, e da Resolução n. 218, de 29.06.73, do Confea, que discrimina especificamente a atuação do engenheiro agrônomo da do engenheiro civil.

Abstract:

The target of the present work is the demonstration that the legal disposition of the § 1º of the art. 145 of our Civil Procedure Law, with the new redaction given by the Law n. 8.455/92, established express prohibition that the state or federal judges nominate disqualified professionals for judicial examinations concerning activities that demand legal regulation, as those proceeded by engineers, architects or agronomic engineers under the legal discipline of the Law n. 5.194, 24.12.66, and of the Resolution n. 218, 29.06.73, of Confea, which distinguishes particularly the work of the agronomic engineer from the that one concerning the civil engineer.

PARECER

1. O parecer requerido.

Solicita-nos o doutor Jorge Augusto Lima Barreto, falando em nome da Procuradoria Geral do Estado de Sergipe, parecer jurídico tendo por objeto o questionamento relativo à validade ou invalidade de nomeação judicial de engenheiro civil, em processo expropriatório, para a realização de perícia sobre imóvel rural: levantamento agrônomo com vista à implantação de projeto de irrigação para exploração de fruticultura.

Especificamente, indaga-nos o consulente nestes termos:

“1 - Até que ponto a norma vedativa da Resolução 218, de 29.06.73 (arts. 1º e 5º), que é baseada na Lei Federal n. 5.194, de 24.12.66, estende seu alcance?”

“2 - Baseado na Resolução 218/73 (Confea) o laudo pericial que é confeccionado por engenheiro civil como perito oficial é nulo ou anulável?”

“3 - Constitucionalmente, a eficácia da Lei Federal 5.194/66, que deu origem à Resolução 218/73 do Confea tem poder imperativo paritário ao Estatuto da OAB, Lei 4.215/63, no que diz respeito à vedação de funcionários públicos atuarem contra pessoas jurídicas de direito público?”

2. Observações introdutórias.

Inicialmente cumpre-nos deixar claro que as dúvidas levantadas pelo nobre consulente e colega têm caráter fundamentalmente processual, razão por que não podemos deixar de focalizar o problema apresentado, desde logo, pelo ângulo da disciplina que o Código de Processo Civil vigente estabelece para a prova pericial.

Somente depois dessa primeira e necessária abordagem, é que podemos enfrentar questões outras como as concernentes ao papel da Lei n. 5.194/66, a eficácia da Resolução n. 218/73 do Confea e sua influência sobre a atividade dos órgãos jurisdicionais no que diz respeito à nomeação de peritos.

3. As modalidades introduzidas no CPC pela Lei Federal n. 8.455/92.

Dentre as alterações introduzidas pela Lei n. 8.455/92 na disciplina da prova pericial, algumas têm direta relação com o tema que ora nos ocupa. Referimo-nos aos três parágrafos do art. 145, que foram criados pela Lei nova, e ao § único do art. 424, que teve sua redação remodelada. Além disso, cumpre salientar que a importantíssima regra estabelecida pelo inciso I do art. 424 (não modificada) ganhou uma nova dimensão normativa com a entrada em vigor dos §§ do art. 145. Vejamos.

3.1. A explicitação da exigência de que o perito esteja inscrito em órgão de classe competente.

3.1.1. Dispõe o § 1º do art. 145 do CPC:

“§ 1º Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, seção VII, deste Código.”

Como se pode facilmente perceber, a intenção do legislador processual, ao criar essa nova regra, foi a de tornar exigência expressa do Código, o que a doutrina já consagrava há muito tempo, vale dizer, a necessidade de nomeação de peritos dentre os profissionais de atividades regulamentadas.

Escrevendo em 1986 – muito antes, portanto da vigência da Lei n. 8.455 – Vicente Greco Filho já observava:

“hoje, as profissões técnicas de nível médio e nível superior estão suficientemente regulamentadas por lei federal, de modo que é nesse diploma que se encontra a especialidade de cada uma” (Direito Processual Civil brasileiro, São Paulo, Saraiva, v. II, p. 211, 1986).

Tornou-se explícita e indiscutível, destarte, a partir de 1992, a proibição de escolha de profissionais não-habilitados para perícias enquadradas em atividades regulamentadas. Note-se que o § 1º do art. 145 diz “os peritos serão” e não que eles “poderão ser”.

Sobre a novel disciplina tivemos a oportunidade de comentar, um ano após a entrada em vigor da Lei n. 8.455/92, que tal disposição não tem caráter absoluto, devendo assim ser interpretada:

“porque matérias há que não correspondem a cursos e títulos universitários, e profissionais com nível universitário há que não possuem órgãos de classe”

E concluímos:

“a exigência desses dois elementos conjugados depende, portanto, de a perícia ter por objeto assunto tratado especificamente em curso universitário e também de os profissionais possuírem órgãos legalmente instituídos que os aglutinem” (Antônio Cláudio da Costa Machado, *CPC Interpretado*, São Paulo, Saraiva, p. 109, 1993).

É o caso dos engenheiros e arquitetos que têm sua profissão minuciosamente regulada pela Lei n. 5.194/66. Assim, se a perícia demanda conhecimentos técnicos em uma dessas áreas não será possível ao juiz, conforme o disposto no § 1º do art. 145 do CPC, nomear outro profissional que não aquele que esteja inscrito no CREA.

Com o fim de ilustrar a proibição estatuída pela lei processual, trazemos à colação a seguinte ementa:

“agravo de instrumento – Nomeação de perito sem comprovação de registro no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA) – Inadmissibilidade – Recurso provido” (*Jurisprudência Catarinense*, v. 45, p. 327).

Se assim se decidia antes de 1992, por força de interpretação doutrinária, como não se decidirá hoje frente ao texto expresso do § 1º do art. 145 do estatuto processual?

3.1.2. Outro aspecto normativo que merece realce, porque corrobora o entendimento que sustentamos, está no novo § 2º do art. 145 que reza:

“os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos.”

É evidente que tal comprovação só é exigida no contexto de aplicação do § 1º, isto é, na hipótese de existir profissional de nível universitário, além do órgão de classe, e surgir no curso da produção da prova pericial dúvida sobre a habilitação técnica do nomeado (neste sentido, nosso *CPC Interpretado*, ob. cit., p. 109, ainda). Ora, a exigência expressa de prova da habilitação em caso de dúvida

põe às claras a vontade da lei de retirar a eficácia processual de laudo elaborado por profissional sem a devida habilitação técnica.

Neste diapasão, mais uma vez registramos que, mesmo antes de 1992, assim já entendiam nossos tribunais, *verbis*:

“quanto ao reclamo da autora, na parte relativa à impugnação do Assistente da ré, sob o enfoque de que o mesmo não possui a necessária habilitação para o exercício da peritagem contábil, é de se frisar que o expert comprovou encontrar-se devidamente registrado no Conselho Regional de Contabilidade de Santa Catarina, na categoria de contador, estando habilitado para o exercício da profissão de contabilista” (Jurisprudência Catarinense, v. 45, p. 236).

Inegável, portanto, a inafastabilidade da exigência de habilitação técnica, comprovável por certidão do órgão de classe, quando se trate de profissão regulamentada.

3.1.3. Por último, resta dizer alguma coisa sobre o § 3º do art. 145 que prescreve:

“nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preenchem os requisitos dos parágrafos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz.”

Como pudemos esclarecer no trabalho de nossa lavra já referido, este § 3º só confere liberdade de nomeação ao magistrado na hipótese de inexistência, no território da comarca, de profissional qualificado (*CPC Interpretado*, ob. cit., p. 109 e 110), o que acontece, por exemplo, se não há um engenheiro inscrito no CREA para vistoriar uma ponte, ficando autorizado o juiz, para viabilizar a prestação jurisdicional, a nomear um tecnólogo ou outro profissional de sua confiança.

4. A imperatividade da Lei n. 5.194/66 e da Resolução n. 218/73 do Confea para determinar a nomeação de perito pelo juiz.

4.1. Estabelecida a premissa de que o Código de Processo Civil, por seu art. 145, remete e vincula o juiz à regulamentação profissional pertinente no que concerne à nomeação de peritos, examinemos agora, em particular, a questão dos engenheiros.

. A Lei n. 5.194, de 24.12.66, dispõe no seu art. 2º:

“art. 2º: O exercício, no país, da profissão de engenheiro, arquiteto ou engenheiro agrônomo, observadas as condições de capacidade e demais exigências legais é assegurado: a) aos que possuam, devidamente registrado, diploma de faculdade ou escola superior de engenharia, arquitetura ou agronomia, oficiais ou reconhecidas, existentes no país.”

Dada a necessidade de detalhamento e regulamentação das muitas atividades especializadas que compõem a engenharia e a arquitetura, e não sendo a própria Lei n. 5.194/66 a sede normativa adequada à realização desse mister, dispôs o seu art. 27:

“art. 27 São atribuições do Conselho Federal: ... f) baixar e fazer publicar as resoluções previstas para regulamentação e execução da presente lei, e, ouvidos os Conselhos Regionais, resolver os casos omissos.”
(grifos nossos)

Com amparo no poder que lhe foi conferido por lei federal, e considerando os termos genéricos em que o art. 7º da Lei n. 5.194/66 refere-se às atividades profissionais do engenheiro, do arquiteto e do engenheiro agrônomo, o Confea baixou a Resolução n. 218, em 29.06.73, assim discriminando a atividade do engenheiro agrônomo da do engenheiro civil:

*“art. 5º - Compete ao Engenheiro Agrônomo: I - o desempenho das atividades 01 a 18 do art. 1º desta Resolução referente a **engenharia rural**; construções para fins rurais e suas instalações complementares; irrigação e drenagem para fins agrícolas; fitotecnia e zootecnia; melhoramento animal e vegetal; recursos naturais renováveis; ecologia ... química agrícola;*

alimentos ... edafologia ... processo de cultura e de utilização do solo ...” (grifos nossos)

“art. 7º - Compete ao **Engenheiro Civil** ou ao **Engenheiro de Fortificação e Construção**: I - o desempenho das atividades 01 a 18 do art. 1º desta Resolução referente a edificações, estradas, pistas de rolamentos e aeroportos, sistemas de transportes, de abastecimento de água e de saneamento; portos, rios, canais, barragens e diques; drenagem e irrigação; pontes e grandes estruturas; seus serviços afins e correlatos.”

Note-se, para o fim que nos ocupa, que a atividade 06 do art. 1º da Resolução vem assim discriminada:

“Atividade 06 - vistoria, perícia, avaliação, arbitramento, laudo e parecer técnico”

Discorrendo sobre os limites ao poder de regulamentar, assim se manifesta Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *verbis*:

“... o regulamento tem limites decorrentes do direito positivo. Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada, e a legislação em geral, e as fontes subsidiárias a que ela se reporta.” E segue: *“Ademais, sujeita-se a comportas técnicas. Assim, não cria, nem modifica e sequer extingue direitos e obrigações, senão nos termos da lei, isso porque o inovar originariamente na ordem jurídica consiste em matéria reservada à lei.”*

Quanto à titularidade da atribuição regulamentar assevera Bandeira de Mello:

“além deles (o Legislativo e o Judiciário), as entidades político-administrativas menores e as autarquias de serviços ou estabelecimentos públicos exercem ditas prerrogativas, para efeito de aplicação das leis que regulam a sua organização e ação.” (Princípios Gerais

de Direito Administrativo, 2ª ed., Rio, Forense, v. I, pp. 360-2, 1979).

Ora, em face do claro teor da lição do mestre, não resta nenhuma dúvida de que o Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea), como autarquia federal que é, tem poder regulamentar *ex vi legis* para dizer o que cabe a cada categoria de engenheiro fazer ou não-fazer (art. 27, “f”, da Lei Federal n. 5.194/66). Destarte, o que o Confea determina em sua Resolução n. 218/73 evidentemente vincula o juiz de direito ou federal no que concerne à prática do ato de nomeação de perito, haja vista a prescrição contida no art. 145 e seus §§ do CPC.

4.2. Voltando nossos olhos agora, especificamente, para o disposto nos arts. 5º e 7º da Resolução n. 218/73 do Confea, parece-nos bem fácil sustentar o enquadramento da situação concreta apresentada na primeira previsão (engenheiro agrônomo) e não na segunda (engenheiro civil) e isso por algumas razões: a. pelo menos em sede de princípio, o levantamento agrônômico em imóvel rural insere-se na **engenharia rural**; b. o escopo do levantamento proposto é a verificação da viabilidade da implantação de um **projeto de irrigação**; c. a finalidade do possível projeto de irrigação é permitir a exploração da fruticultura, que é **fim agrícola**, de caráter **alimentar**, depende de conhecimentos de **edafologia** (ciência que estuda os solos), e se identifica com **processo de cultura e de utilização do solo** (v. texto do art. 5º que reproduzimos, em parte, no item 4.1.).

Em suma, ainda que desprovidos de formação técnica de engenharia, ousamos afirmar que o levantamento agrônômico de imóvel rural para fins de projeto de irrigação não se encaixa na competência de engenheiro civil, de acordo com os artigos mencionados da Resolução n. 218 do Confea.

5. A falta de conhecimento técnico do engenheiro para realizar perícia fora de sua área de especialização. A doutrina processual. A jurisprudência.

5.1. Comentando o inciso I do art. 424 do CPC, cujo teor normativo foi reforçado pelas modificações introduzidas no art. 145, tivemos a possibilidade de ensinar que:

“a falta de conhecimento técnico ou científico torna a prova pericial, formalizada no laudo, absolutamente inidônea para a demonstração do fato litigioso. Logo, o juiz deve valorá-la dessa maneira (art. 131), quer porque a parte o requereu, quer de ofício. A carência de conhecimento especializado deve estar suficientemente comprovada para que o magistrado a reconheça, não se podendo perder de vista que conhecimento técnico não é sinônimo de diploma universitário (pode ser se a lei expressamente o exigir, como v. g., nos casos dos engenheiros, arquitetos, médicos, psicólogos)” (CPC Interpretado, ob. cit., p. 362).

Visto que no caso dos engenheiros, o conhecimento técnico exigido pelo CPC (art. 145, §§ 1º e 2º) deve necessariamente se expressar no registro formal no CREA (Lei n. 5.194/66, art. 2º, “a” e § único), e numa habilitação específica nos termos da Resolução n. 218/73 do Confea (arts. 1º a 22), resta-nos examinar como a doutrina e a jurisprudência tem encarado este último aspecto normativo.

5.2. Antes de mais nada, é necessário ressaltar que o perito há de ser um profissional especializado na área em que se exige a sua intervenção, há de possuir capacitação técnico-científica particularizada num determinado ramo do conhecimento humano (neste sentido, José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, v. II, p. 227, 1976; Vicente Greco Filho, ob. cit., v. II, p. 211).

Esta singela circunstância processual, por si só, já justificaria o reconhecimento da autoridade do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea), para declarar que categoria de engenheiro pode realizar um levantamento agrônomico em imóvel rural.

Sob o ponto de vista da especialização do profissional, muito apropriada se nos afigura a lição de Ernane Fidelis dos Santos, cujas palavras tomamos a liberdade de transcrever:

“há perícias que só devem ser feitas por profissionais habilitados, como ocorre com o engenheiro, inclusive o agrônomo, o médico e o contador ... A falta de conhecimento técnico pode ser verificada a qualquer momento e no correr da própria perícia. O neurologista pode até ter conhecimentos psiquiátricos mas se, ao iniciar os trabalhos, verificar que o caso exige conhecimento mais especializado, deve declinar da perícia para o especialista” (Manual de Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, v. 2, p. 159, 1986).

O exemplo apresentado por Fidelis dos Santos é extremamente feliz para ilustrar o entendimento que vimos sustentando: da mesma forma como não pode um médico neurologista oferecer laudo pericial a respeito de fatos que demandem conhecimentos psiquiátricos (próprios do médico psiquiatra), não pode um engenheiro civil realizar levantamento agrônomo em imóvel rural para fins de implantação de projeto de irrigação, matéria própria do engenheiro agrônomo. O paralelo é perfeito porque também na medicina as especialidades são muitas e a formação acadêmica e curricular de um especialista muitas vezes não tem nada, ou muito pouco, a ver com outra. Qual de nós submeteria a um cardiologista um caso de fratura exposta de perna? O raciocínio vale para a perícia agrônoma que nos ocupa.

Tome-se outro paradigma, agora jurisprudencial. Há alguns anos se decidiu que:

“engenheiro topográfico não tem conhecimento técnico-científico para realizar perícia mecânica em máquina de terraplanagem” (Revista dos Tribunais, v. 506, p. 255).

A idéia é a mesma. Não basta ser formado em engenharia e nem possuir registro no CREA para que um profissional esteja habilitado para qualquer espécie de exame, vistoria ou avaliação judicial. Só estará habilitado para uma perícia mecânica o engenheiro mecânico nos termos do art. 12 da Resolução n. 218/73 do Confea.

A falta de conhecimento técnico de engenheiro civil para um levantamento agrônomo em imóvel rural é tão flagrante quanto o de um topógrafo para perícia mecânica em máquina de terraplanagem, como a de um neurologista para o exame de alguém que sofra problemas psiquiátricos como nos ensina Fidelis dos Santos.

Em qualquer desses casos a solução processual será uma e somente uma:

“é inidônea a prova se o perito não tem conhecimento técnico necessário à elaboração do laudo” (RTJ 83/964, 1ª col.) (o acórdão é citado por Theodoro Negrão, *in CPC e legislação processual em vigor*, 17ª ed., São Paulo, RT, p. 197).

6. Conclusões. Respostas às indagações formuladas.

Examinado o caso concreto que nos foi apresentado sob os enfoques do Código de Processo Civil, da Lei n. 5.194/66, da Resolução do Confea n. 218/73, falta-nos apenas responder objetivamente aos questionamentos formulados pelo consulente, doutor Jorge Augusto Lima Barreto, o que passamos a fazer nos seguintes termos:

1. À primeira indagação, respondemos que a Resolução n. 218/73 (corpo de regras regulamentadoras das atribuições das várias categorias de engenheiros) vincula de forma absoluta o juiz de direito, ou federal, no que concerne à nomeação de engenheiro, arquiteto ou agrônomo para perícias judiciais. A sujeição do órgão jurisdicional aos ditames normativos da Resolução n. 218/73 acontece por duas razões: a. porque tal resolução representa o instrumento formal pelo qual o Confea (Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia) regulamentou a Lei n. 5.194/66 que estabelece a necessidade de disciplina do exercício dessas profissões; b. porque o CPC, por seu art. 145, §§ 1º e 2º exige a nomeação de profissional de nível universitário devidamente inscrito no órgão de classe competente, o que significa, no caso dos engenheiros, que a lei processual remete o juiz à Lei n. 5.194/66 e seu regulamento, a Resolução n. 218/73.

2. À segunda indagação, respondemos fazendo uma distinção: a nomeação de engenheiro civil para uma perícia que exige engenheiro agrônomo (ex

vi do disposto no art. 5º da Resolução n. 218/73 do Confea) permite à parte impugná-lo e pedir a sua substituição por falta de conhecimento técnico e ao juiz reconhecer tal circunstância de ofício, determinando a substituição (CPC, art. 424, I). Quanto ao laudo oferecido por perito não-habilitado – porque não-substituído a tempo de ofício ou a requerimento da parte – tal documento é inidôneo, como tem decidido nossos tribunais, para gerar convencimento do juiz sobre o fato litigioso (CPC, art. 131).

3. À terceira e última indagação respondemos que embora não exista na Lei n. 5.194/66 nenhuma regra semelhante à prevista pelo inciso VI do art. 85 do Estatuto da OAB – que declara impedido de exercer a advocacia contra as pessoas jurídicas de direito público em geral quem seja servidor público – o Código de Ética do Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro Agrônomo (Resolução n. 205, de 30.09.71, do Confea) dispõe no seu art. 7º, letra “e”:

“art. 7º - Exercer o trabalho profissional com lealdade, dedicação e honestidade para com seus clientes e empregadores ou chefes, e com espírito de justiça e equidade para com os contratantes e empreiteiros.

Em conexão com o cumprimento deste artigo, deve o profissional: ...

e) não-praticar quaisquer atos que possam comprometer a confiança que lhe é depositada pelo seu cliente ou empregador.”

Dada a normatividade da prescrição acima transcrita é lícito afirmar que um engenheiro que tenha vínculo funcional ou empregatício com uma pessoa jurídica não pode funcionar como perito em causa em que esta figure como parte.

Era o que nos parecia conveniente declarar acerca da consulta formulada.

TRABALHOS ACADÊMICOS

LA RECONSTRUCTION DES DROITS HUMAINS D'APRÈS CELSO LAFER: POINTS DE REPÈRE POUR L'ÉTUDE DE LA PROBLÉMATIQUE DE LA RUPTURE TOTALITAIRE ET DES DROITS HUMAINS

Eduardo Carlos Bianca Bittar

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da USP

Resumo:

O pensamento de Hannah Arendt em torno da ruptura totalitária, assim como em torno das atividades fundamentais da *vita activa* e da *vita contemplativa*, sob as luzes das premissas helenistas, e dentro de uma perspectiva existencialista, constitui fecundo material para a reflexão contemporânea acerca do problema que indica a natureza do homem como ser social: os direitos fundamentais.

Résumé:

La pensée de Hannah Arendt autour de la rupture totalitaire aussi qu'autour des activités fondamentales de la *vita activa* et de la *vita contemplativa*, sous les lumières des prémisses héliénistes, et dans une perspective existencialiste, constitue féconde matière pour le raisonnement contemporain sur le problème qui prend l'homme comme un être social: les droits fondamentaux.

Table de matières:

1. La survenance de la philosophie du droit.
2. Le totalitarisme et la rupture historique.
3. Hannah Arendt: le discours et l'importance de l'espace publique.
4. *Displaced persons* et le droit à avoir des droits.
5. La naissance des droits fondamentaux et leur évolution.
6. La pensée, les principes et les réflexions arendtiennes.

Bibliographie.

1. La survenance de la philosophie du droit.

L'organisation des hommes en société est un phénomène politique qui se mélange avec les normes de la morale, des coutumes sociaux et des prescriptions juridiques. Dès le début des temps de la pensée, le problème fondamental de toutes les recherches rationnelles qui a fait l'être humain se tourner vers les questions

ontologiques, ces genres de questions qui remettent le sujet comme le seigneur des découvertes plus intrinsèques des choses. C'est ne pas faux de dire que le but de toute investigation ontologique est l'essence de l'objet recherché.

Dans le domaine de la pensée juridique, des paradigmes ont été formés dans la course temporelle de l'histoire, conséquence directe des élaborations philosophiques des penseurs qui cherchaient la raison d'être du Droit, autant que science et autant que norme de conduite sociale. Un des ces paradigmes multiséculaires est celui du droit naturel, venu de la tradition conceptuelle aristotélique du juste naturel (*dikaion physikón*) et qui se fait toujours présent à travers la dicotomie *nomos-physis*. Historiquement, l'idée de droit naturel s'est originée de la nécessité de laïcisation dans le contexte de rupture avec la pensée médiévale, représentant l'idéal d'immutabilité caractéristique de la science du droit. À son nom est toujours liée la conception d'une loi supérieure et qui est au delà de la mutation et de la pluralité de l'éphémère.

Dans cet ordre d'idées on peut détacher quelques lignes fondamentales de l'histoire du paradigme de la philosophie du droit autant que résultat de l'expérience historique. Ainsi, d'abord, ce qui a été conçu comme juste naturel dans le contexte de l'Antiquité, et qui a été reçu par la tradition médiévale, ensuite, devient le modèle moderne de Droit naturel depuis l'avènement des travaux rationalistes de H. Grotius. La raison réflexive, qui apparaît comme valeur centrale de tous les raisonnements modernes, a introduit la notion de doute dans le domaine de la connaissance humaine, ce qui a été suffisant pour ouvrir les chemins de la recherche des fondements du Droit hors des domaines de la foi religieuse et de la révélation divine de la vérité. Le travail scientifique, à ce temps-là, a commencé à détruire les dogmes de la connaissance et à les changer par des postulats qui composent l'ensemble de ce qu'on appelle gnoséologie. Les premiers pas vers la dissolution de l'idée du droit comme phénomène fondé sur une raison universelle naturelle où sur des arguments notamment religieux n'avaient plus d'espace dans le corps des travaux de la pensée depuis le commencement d'une nouvelle période historique, celle de la modernité.

La positivisation des droits humains, pendant le XVIIIème siècle, a contribué pour renforcer la thèse de la relativité historique de ce qui était conçu comme droit humain par nature, une fois que le siècle XIX apporte des nouvelles revendications essentielles, en faisant que la raison n'accepte plus le concept, ce qui le fait proprement replonger dans l'obscurité de ce que l'on conçoit comme mythique

dans le contexte des sciences juridiques, pour fonder les études sur une nouvelle conception épistémologique; c'est formé le paradigme de la philosophie du droit, notion qui est venu pour déplacer le concept déjà surpassé du droit naturel.

Actuellement, la philosophie du droit est vue comme le produit de la pensée des juristes préoccupés avec le développement d'une science batit sur l'imaterialité d'un idéal métaphysique indeterminé. Ainsi, la philosophie du droit n'est pas un étude unitaire et singularisé par la vision limitée de la réliaté. Par contre, il s'agit d'une science qui se répandit en se pluralisant par la complexité de ces cotés d'études. Alors, des subdivisions didactiques, nécessaires en fonction de l'espécification et de l'aprofondissemnt des abordages scientifiques, peuvent relever la méthode, la forme des lois, le fait et la société, où l'idéal de réalisation du valeur du juste, ce qui constitue proprement des rames de la philosophie du droit, respectivement, méthodologique, ontologique, sociologique et deontologique.

Le questionnement sur la position et le rôle de la philosophie du droit dans le contexte actuel de développement de la technique scientifique juridique se détache comme la fonction essentiel du juriste integré aux plus évidents et plus importants changements sociaux. L'univers de la recherche autour du significat du Droit, de son essence, de son *telos*, s'ouvre à nouveau devant les régards de ceux qui pensent et vivent les problèmes de la pratique juridique dans la complexité historique dans laquelle les valeurs de la culture se rencontrent.

La proposte d'étude de la reconstruction des droits humains à partir des expériences vécus au cours du XXème siècle, siècle où toute l'humanité a dû subir deux conflits mondiaux, intègre non seulement la nécessité d'analyse des événements actuels et de ces conséquences pour l'homme, mais aussi l'idée de critique scientifique de la réalité aux rôles fondamentaux de la philosophie du droit, pensée de la pensée juridique. Si le Droit est un produit culturel social, et si la science du droit s'occupe de son développement, sa philosophie ne peut qu'atteindre son *telos* propre en poursuivant les questions qui ont lieu dans la mutation historique de la réalité. L'étude autour de la question de reconstruction des droits humains ne s'éloigne pas de ces objectifs.

2. Le totalitarisme et la rupture historique.

Des notions d'harmonie linéaire, de procès historique, d'évolution systématique traversent tous les raisonnements qui ont travaillé le problème du Droit

jusqu'au XXème siècle. Tout était conçu comme conséquence d'un phénomène naturel de causalité qui permet la prévision des conséquences et des effets. Cela n'est qu'une forme d'établir une norme de contrôle sur la pluralité des faits historiques, le plan, par excellence, de l'infini et de l'indétermination. Des nouveaux questionnements ont été faits nécessaires dès le moment qu'un coup historique s'est produit au cours du XXème siècle: le totalitarisme.

La rupture historique qui s'est produite en conséquence de l'avènement de l'idéologie totalitaire est la préoccupation centrale des études arendtiennes. D'ailleurs, basé sur l'ordre juridique caractérisé par l'amorfisme structurel, ainsi comme sur la nébulosité de la systématique bureaucratique organisationnel, le régime du totalitarisme a été précisément l'élément de désordre dans l'idée de rationalité libérale qui était le corollaire de toute la pensée depuis la Révolution Française et l'ascension des principes bourgeois. Le totalitarisme s'est répandu en se basant sur le modèle positiviste du droit, qui faisait de la loi l'instrument de pouvoir capable de consentir la *reductio ad Hitlerum*. Le pouvoir se justifie à travers la loi, étant donné que ce qui est établi originellement par la volonté de l'État devient légitime dans le contexte de la légalité; désormais, la loi perd ses fonctions originelles de moyen d'organisation de la société et de garantie d'un système basé sur les principes démocratiques de conservation de droits et de participation légitime dans les décisions politico-juridiques.

Dans cet ordre d'idées, le totalitarisme s'est installé en détruisant la logique du raisonnable historique; plus de causalité, plus d'effets: dès l'avènement du système totalitaire, tout est possible. En fait, la régression totalitaire a surpassé des siècles de traditions juridiques et s'est imposé par la force de l'arbitraire, ce qui signifie non seulement un coup historique, mais aussi l'ascension et l'apparition d'un modèle absolument originel dans le contexte des études des sciences politiques, étant donné que le régime totalitaire n'a rien à voir avec l'absolutisme et la tyrannie. Les progrès technologiques du XXème siècle, des traits qui prouvent l'ascension de la technique et de la raison appliquée à la production et à la vie pratique, se contradisent avec l'intervention d'un système de gouvernement basé sur l'irrationalité de la force arbitraire.

Dans le contexte d'émergence de l'idéologie du pouvoir totalitaire, la personnalité humaine disparaît, parce que le système, à travers l'établissement d'une peur générale et constante dans la société, réduit les idées de participation publique et de vie privée aux figures de la méfiance et de la suspicion. La pression, ce jeu de

nerfs, massacre la liberté plus essentiel de l'être: celle d'être soi-même dans le contract social. La torture menace tous les consciences et réduit la personnalité à ce que le régime veut qu'elle soit.

3. Hannah Arendt: le discours et l'importance de l'espace publique.

Tout dialogue avec les idées de Hannah Arendt détache le discours comme le plus important mécanisme de participation et d'actuation sur la réalité, pensée notamment traversée par le model grec d'organisation démocratique. Les valeurs de la communication, de l'agremiation et de la participation dans la pluralité constituent les points centraux du contact publique humain. Toute société libéral se fonde sur la prémisse constitutive qui résulte de l'utilisation du *logos*, raison fondante de toute l'esphère publique et de toute la complexité des relations humaines, comme source de toute réalisation humaine qui puisse vinculer à tous. L'importance de la manutention de l'ouverture participative de l'espace publique implique des conséquences sur le concept de légitimité; le pouvoir ne seras légitime que quand il s'affirme comme conséquence d'une décision prise en accord logistique par la pluralité des agents en publique.

La sphère publique, dans la pensée arendtienne, est le lieu de l'*areté* inhérente à ceux qui sont naturellement disposés pour la vie politique: les êtres rationels (*physei politikón anthros*). Le principe aristotélique qui détache l'argument de la formation teleologique de l'homme pour la vie dans l'espace commun se rélatione intrinsèquement avec l'évidence phénoménologique de l'importance de la parole, écrite ou parlée, pour la communication entre ceux qui partagent l'ambience social. Le publique, diféremment du privé, est caractérisé, ou bien doit être caractérisé, par les éléments de la visibilité, de l'apparence de tout ce qui potentiellement peut être transmit aux autres, et de la structure mondaine artificielle qui est le produit des travaux humains et qui conditionnent l'existence sur le monde. La préoccupation arendtienne se base sur le problème de la pluralité des hommes, capables de interchanger des informations à travers le contact humain du langage rationel; dans la normalité du fonctionnement de ce phénomène, l'homme se révèle comme individualité qui peut se montrer aux autres par moyen des manifestations de communication, dans le sens classique du terme (action en commun).

Il faut souligner que la limitation existentielle de l'homme sur le monde fait que la mortalité soit le point archimédien de toute l'especulation métaphysique, ainsi comme la caractéristique central de la condition humaine. Néanmoins, la circonstancialité de la vie humaine sur le monde ne fait pas de l'homme un être anonyme, parce qu'il est toujours possible que l'individu laisse un morceau de son expérience dans la mémoire des générations. Cette capacité de se faire présent aux autres à travers ces actes donne une certaine durabilité à la notion classique de vie (de la naissance jusqu'à la mort physique) et permet que quelques faits deviennent immortels et qu'ils rencontrentconstitue dans l'espace publique (*agorá* dans l'Antiquité) son lieu caractéristique entre les hommes.

Une autre évidence se détache pour renforcer l'autorité de l'argument qui est pour une forme de vie qui permet le contact public: rien sur le monde est fait pour une seule génération; il reste toujours implicite dans toutes les activités humaines, surtout dans la plus futile de toutes, la labeur, l'idée de durabilité du monde et des créations humaines qui peuvent être transmises à travers le temps, d'où on peut parler d'un héritage culturel, d'un héritage politique, d'un héritage juridique, technologique... Tout ce qui appartient aux domaines du mondain conditionne l'homme et, étant donné que l'homme, autant que genre, n'a pas une limite d'existence, les faits sociaux, les actions, les progrès technologiques, l'évolution de la science et de la pensée, la morale, les habitudes, les traditions s'éternisent dans une succession jusqu'à l'infini des générations humaines.

Mais le totalitarisme est venu pour prouver qu'il était capable de détruire la vie publique, ainsi comme d'éliminer la vie privée, par la régression de la participation qui soutient la société. L'oppression installe le régime de la peur, en cachant la vérité et en détruisant la communicabilité inhérentes à la vie publique, éléments fondamentaux de la subsistance de la communauté d'après les conclusions arendiennes. L'extrémisme révolutionnaire a rendu surprise toute la société civilisée du XX^{ème} siècle, société celle qui se basait sur les postulats de la cohérence juridique et de la prévision naturaliste des faits. Rien dans la modernité n'a mieux prouvé l'idée de que les droits humains ne sont que des fruits de l'actualisation de l'homme dans le monde social que le totalitarisme, une fois que tout est possible dans l'idéologie du régime.

4. *Displaced persons* et le droit à avoir des droits.

Une autre importante conséquence des totalitarismes nazi et stalinien a été la création de ceux qu'on appelle *displaced persons*, les anonymes qui, une fois marginalisés par l'incohérence idéologique d'un système d'oppression, n'ont rencontré aucun lieu qui puisse les avoir comme des citoyens. La condition de ces personnes s'est originé d'un mélange de problèmes économiques, sociaux et politique-idéologiques entre les deux guerres mondiales. Pourtant, dans l'histoire de la pensée, les droits ont été toujours attachés aux principes intrinsèques de l'existence d'un pouvoir organisé qui puisse les sauvegarder aux individus. La fissure de cette erreur est apparue exactement au moment que des grandes masses de personnes ont été réduites à des organismes inutiles pour le monde, une fois qu'aucun État ne pouvait déffendre, juridiquement, ces droits contre l'oppression et la torture du système totalitaire. Le point faible de toutes les théories libéralistes était découvert... La conclusion fondamentale de toute cette expérience détruit le model paradigmatique construit par la tradition jusnaturaliste grocienne; les droits humains sont intrinsèquement attachés à l'idée de *status civitatis*, une fois que tous les droits dérivent de la convention humaine et dépendent directement d'un système de lois d'un État qui se détache pour la protéction de l'individu.

Ces groupes d'anonymes qui ont été exclu de l'ordre national, ce qui a originé la formation de masses humaines sujettes au génocide, crime qui n'était pas prévu par le droit international et qui a rendu stupéfaits les personnes qui pouvaient prévoir les conséquences de ce régime. Ceux déplacés se sont vus comme des êtres inutiles sur le monde, une fois qu'aucune loi, qu'aucun système, qu'un aucun pays pouvait les considérer comme des sujets de droits. La citoyenneté s'est montré une *conditio sine qua non* pour l'exercise des droits humains; la prémisse imanentiste de l'existence des droits inhérents aux hommes s'est montrée aussi fausse que l'idée de la prévisibilité historique des phénomènes. La réaction n'a pas tardé. Le genocide a commencé a être conçu comme un crime contre l'humanité; il était très vif dans la mémoire humaine pour qu'il puisse avoir été facilement oublié.

5. La naissance des droits fondamentaux et leur évolution.

La philosophie politique, et encore humaniste, arendtienne s'est directement formée sur la conscience d'une nouvelle découverte, celle de que tout est

possible et que le futur peut apporter des nouveautés inattendus. Le problème de l'imprévisibilité du futur a désormais donné le coup d'éclat nécessaire pour que des providences puissent être prises en raison de l'idée de prévention. Le droit à avoir des droits est un des fondements de toute la réflexion arendtienne, ce qui est devenu la question fondamentale des discussions de l'après-guerre.

Les conquêtes juridiques ont été faites à partir de l'expérience totalitaire de la IIème guerre mondiale. Les premières réponses aux problèmes du génocide et des *displaced persons* datent de 1954 et de 1961 et encore d'autres les ont suivis. La nécessité d'exorciser le fantôme de l'indétermination de l'apparition d'un autre coup d'État fondé sur des bases totalitaires n'a que suscité le problème des droits humains dans l'esphère du droit international, d'où des divers questionnements sont venus.

Quant à ce qui concerne à l'origine des droits humains, progressivement, dans le contexte de l'évolution de la pensée humaine sur l'homme autant qu'homme, on peut distinguer des très sensibles pas vers l'affirmation de ce qu'on admet par droits fondamentaux. Premièrement, les Écritures et l'égalité, la philosophie stoïcienne et l'univers humain, les postulats chrétiens, l'individualisme et la réflexion moderne sur l'ego, ainsi comme les conflits religieux du XVIIème siècle, ont contribué pour former l'esprit humain autour de la question des droits fondamentaux. Deuxièmement, la sécularisation et la rationalisation de la culture ont donné le contribut final pour le procès de positivation de ces droits au cours du XVIIIème siècle avec les Révolutions Américaine (1776) et Française (1789). L'homme, dans cette période, avait déjà s'affirmé comme le maître de son propre destin, le seul responsable pour la conduction de son histoire et de son développement. Non plus l'objet passif de l'histoire, mais le sujet actif de tout le procès de changement du social. D'abord le cartésianisme et le problème subjectif de la connaissance du *cogito, ergo sum*; ensuite, le contratualisme roussaunien, qui n'a été que le signe plus caractéristique de cette pensée antropocentriste.

On peut distinguer la formation d'une première génération de droits qui s'est imposé dans une perspective d'opposition aux pouvoirs étatales au cours du XVIIIème siècle. L'individu est le sujet des droits fondamentaux contre l'opression royale. Le contexte était celui de l'illuminisme et les idées n'étaient pas plus fécondes que celles de défendre l'esphère de l'individu de l'abus de pouvoir. L'actuation du gouvernement ne serait différente que celle d'abstention; c'est la liberté négative, ne pas être bousculé par les mains du pouvoir, parce que l'économie marche par elle

même comme conséquence de l'impulse des forces invisibles du marché, selon le model doctrinaire de Adam Smith.

La survenance de divers changements sociaux emmènent le problème de la justice distributive s'est rapidement posé, et la gouvernabilité a été difficulté par le répandissement des questions sociales. C'était plus le cas d'avoir des droits comme garanties positivées, mais le cas d'avoir les conditions de répondre aux nécessités élémentaires de la vie, comme la santé, le loisir... Les charges et les avantages sociaux n'étaient pas très bien partagés dans la société, ce qui a fait émergir des problèmes encore de raison individuelle, mais, maintenant, caractérisés par le domaine de la nécessité. La Révolution Industrielle avait produit ces premières effets dans l'escala social; ces marques s'ont fait sentir sur les ouvriers, le seul éloigné des richesses produites pendant le processus d'acumulation primitive et de production en escale industrielle par l'avènement des techniques bourgeoises de production. Les premières garanties surgent au cours du XIXème siècle (Constitution Française de 1848), mais l'affirmation mondiale des conquêtes acquéris par l'exercice de la grève et de la manifestation ouvrière n'a été fait qu'au cours du XXème siècle, avec la construction des postulats constitutionnalistes sur ces droits, aussi fondamentaux que les droits de première génération, malgré le manque de prévision des penseurs liberaux.

Une troisième, et aussi une quatrième, ligne de droits apparaît dans le contexte du monde contemporain, où se détache l'idée de colectivité, de groupe, de famille, d'humanité. L'ONU est l'organ responsable par la légitimation et l'affirmation de cette nouvelle construction social, dans le sens que les droits sont les produits de l'évolution historique de l'homme dans la vie sociale, qui cherche la protection des valeurs de la paix, du développement des nations, de l'environement, des fonds océaniques comme patrimoine commun de l'humanité... Les questions ne se réduisent plus à des sujets individuelles, se détachant, tant de fois, de l'ambience régional d'un État pour atteindre le *status* de problème humain, mondiale. Les frontières ne limitent plus les droits et les questions d'aspect global émergent ayant comme conséquence l'affirmation de la falibilité de l'aplication de la conception individualiste des droits dans le monde contemporain.

Ce procès évolutif des droits dans le contexte juridique, constitutionnel et international, ne font que périr le model libéral des droits humains. Toute l'arbitraireté de l'affirmation jusnaturaliste se réduit aux contingences du changement pour qu'on puisse admettre le principe de l'historicité de la construction de justice,

soit au plan des droits fondamentaux, soit au plan du droit conçu comme système de réalisation de l'ordre social.

6. La pensée, les principes et les réflexions arendtiennes.

Les clés de la pensée de Hannah Arendt sont des prémisses héliénistes qui accentuent la nécessité de perfectionnement de la vie démocratique, parmi lesquelles on détache: la transparence de l'actuation politique, idée qui détruit le dogme déterministe qui attribue au pouvoir la capacité de corrompre; visibilité de tous les procès qui sont dans le domaine du publique; intersubjectivité, essence de l'actuation humaine et de la réalisation de la nature humaine, selon les orientations aristotéliques; participation, valeur fondant de la construction de la société véhiculé par le pouvoir de l'*archein* (*actione*), ce qui représentent l'*initium* de tout procès socio-historique.

D'une part c'est l'aversion à toute obscurité, à tout ce qui est secret et qui se cache des yeux du jugement publique. Aux idées d'oppression et de peur, établis par la diffusion du mensonge et de l'incertitude bureaucratiques, le système arendtien oppose les idées classiques qui fondent l'État bâti sur le modèle d'organisation juridique et démocratique. D'autre part il ne s'agit que d'un retour, dans le sens de reconstitution ou de reconstruction, mais, de toute manière, un refaire le présent et un construire le futur sur les principes héliéniques de liberté, publicité et participation. Enfin, c'est une pensée qui rétablit l'état et la fonction naturel de l'art politique dans le contexte de la modernité.

La synthèse des idées arendtiennes ne témoigne que la nécessité de remise en question de toute la vie moderne. Une diversité énorme d'arguments peuvent être éloignés comme preuve de cela, mais il ne faut pas beaucoup pour montrer que tout un héritage intellectuel s'est déjà formé autour des fécondes réflexions et des prémisses qui ont bousculer les thèmes de la politique, de l'existencialisme, de la subjectivité de l'esprit humain, parmi d'autres.

Au même temps qu'on faisant une apologie de l'action (*vita activa*) et une application philosophique pour l'humanité, Hannah Arendt ne nous a pas laissé un corps théorique inanimé pour que l'on fasse vivre à nouveau. Le mouvement lui est inhérent, une fois que ces conceptions sont en plein accord avec les problèmes de la modernité. Métamorphoser sa pensée est surtout établir un dialogue avec ses idées,

avec son oeuvre; cela permet proprement qu'on y rencontre potentiellement la substance pour composer des arguments pour l'être humain dans sa pleine nature.

Toute bataille pour les droits humains ne s'écarte pas d'affronter la proposte qui pose d'autres questions fondamentales, telles comme, selon Celso Lafer dans ces conclusions sur la thématique:

a.) la citoyeneté doit être conçue comme le droit à avoir des droits, en vue de la question suscitée par les *displaced persons* dès les conflits mondiaux;

b.) la nécessité de repression du génocide comme crime contre l'humanité entière;

c.) les droits d'association et de résistance civile contre l'opression de l'abus de pouvoir et de la supression de droits;

d.) le droit à l'information, rapport fondamental pour la subsistance d'une sphère publique éclairé par la force du libre discours.

Sur le même plein, la bataille pour la conquête des droits humains ne se relève que comme un tour vers l'intérieur de l'homme, dans sa subjectivité, ainsi comme vers son extérieur, dans sa capacité d'établir des relations sociaux, recherche qui se montre à nos yeux comme incessante. D'un univers restrict de prémisses dans la Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen de 1789, enconçées par l'article II ("Le but de toute association politique est la conservation des droits *naturels* et imprescriptibles de l'homme; ces droits sont la *propriété, la sûreté, et la résistance à l'opression*"), jusqu'à une multiplicité de garanties essentielle dans la contemporanéité, la problématique ontologique humaine ne se montre que toujours présente. Cette présence suscite des réflexions qu'à partir d'un model philosophique peuvent être faites sous la perspective de l'homme autant qu'essence. En résumé, les thèmes de la liberté, de la participation, des droits fondamentaux n'ont qu'une seule cellule en commun pour les donner l'unité, à savoir, l'homme, celui-ci qui a été, véritablement, le point central de toute la recherche arendtienne.

Bibliographie

- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. de Roberto Raposo. 2ª ed. Rio de Janeiro : Ed. Documentário, 1979.
- ARENDT, Hannah. *The human condition*. Chicago : The University Chicago of Press, 1958.
- ARENDT, Hannah. *The life of the mind*, v. I-II. New York : Harcourt, 1978.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lafer: a reconstrução dos direitos humanos, in *Revista Brasileira de Filosofia*, fasc. 153, v. XXXVIII, 1989.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo : Companhia das Letras, 1988.
- LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1979.

DA ESTÉTICA DO DIREITO

Eduardo José da Fonseca Costa

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da USP

*"Não sucederá que o canto, o poema épico, a Musa,
vão desaparecer necessariamente diante da alavanca do
tipógrafo, ao desaparecerem as condições necessárias à
própria épica?"*
(Karl Marx)

Resumo:

Uma compreensão estética do fenômeno jurídico tem suas raízes no processo histórico. Os estilos do Direito e da Arte no Brasil tiveram maior proximidade durante o predomínio dos cafeicultores na ordem econômica e nas instâncias do poder político. A classe cafeicultora detinha a apropriação monopólica dos meios de produção material e intelectual. Em decorrência disto, Direito e Arte passaram a exprimir as formas ideológicas dominantes. Mas, por força da sobrevivência do Capitalismo Industrial, esta superestrutura tornou-se obsoleta. Então, para atender às vicissitudes desta nova forma de capitalismo, teve o Direito de modificar-se. Estética e Direito não mais seriam compatíveis. Gradualmente, a Arte passaria a padecer de manifestações e de público. Eis o fim do direito artístico. Eis a morte da arte.

Abstract:

An aesthetic comprehension of the juridical phenomenon is established in the process of History. Brazilian Law and Art's style had near resemblance each other during the predominance of Coffee Barons at the economical order and at the instances of political power. The whole tribe of coffee growers possessed the monopoly of the means of material and intellectual production. On account of it, Law and Art began to give voice to the dominant ideology. But this superstructure became obsolete because of the arrival of Industrial Capitalism. Then Law had to be modified so that it could support the vicissitudes of that brand-new sort of capitalism. Esthetic and Law wouldn't be compatible any longer. Gradually Art would begin to do without manifestations and public. That's why artistical law is ending. That's why art is dying away.

I

A experiência jurídica mostrou-nos que o Direito pode ser objeto de valorações estéticas. Este fato, no entanto, fora pouco incorporado à contemplação dos estudiosos do fenômeno jurídico. Poucos foram os que entenderam que este acontecimento poderia ser injetado no *corpus philosophicum*. Não se vislumbrou, portanto, uma ciência que estudasse o sentimento de belo que caracteriza a estesia do Direito

A palavra latina *ars, artis*, significa todo e qualquer meio hábil para a obtenção de determinado fim. *Tékhne* é seu correspondente no grego; *poiésis* tem-lhe um sentido semelhante. *Poiésis*, contudo, ao passar dos tempos, passou a traduzir-se pela idéia de produção, de fabricação, de criação.

Como se sabe, ocupa-se o Direito de uma estrutura de significações normativas especificamente operado à capacitação da decidibilidade de conflitos e da previsibilidade de comportamentos. Em última instância, trata-se de um instrumento a buscar um fim; trata-se, pois, de uma *tékhne*, de uma manifestação de *ars*.

A elaboração arquitetônica desse conjunto de normas, sofisticado objeto de *ars*, dá-se por um seguimento coordenado de atos de *poiésis*, ou seja, por uma atividade *poética*. E, dessa forma, enquanto manifestação expressa e sensível, esse objeto torna-se fito de valores estéticos.

Esse entendimento de um direito tomado como fato artístico, no entanto, somente fez razão de sê-lo nos sistemas jurídicos ocidentais vigentes entre o final do século XVI e o início do século XX. Por força da historicidade de todas as instituições da vida social e, por via reflexa, de seus sistemas compreensivos, a Estética Jurídica só pode ser compreendida como categoria histórica, não como categoria ontológica. Está enraizada nas relações materiais da vida. Jamais poderia partir do aperfeiçoamento geral do espírito humano. Só tem explicação clara e profunda quando subordinada ao quadro histórico em que se processa.

No decurso desses anos, parte considerável da *poiésis* do Direito brasileiro deveu-se historicamente à nossa condição de legatários das instituições jurídicas e políticas da Metrópole portuguesa. Soubemos herdar-lhes o raciocínio mórbido do Estado legal-burocrático e a insânia patológica de uma cultura patrimonialista ("*Nicht nur der Vernunft von Jahrtausenden - auch ihr Wahsinn bricht an uns aus. Gefährlich ist es, Erbe zu sein*"). Em verdade, Portugal não

fundou no Brasil uma pátria, mas um prolongamento do seu Estado. Teve sua feição dada pela elegância sóbria do Direito Romano. Seus dogmas eram embebidos na tradição e nas fontes eclesiásticas. Sua renovação fazia-se à luz do gênio dos juristas da Escola de Bolonha. Uma tétrica herança, portanto, ao incipiente Estado brasileiro, o qual viria tornar-se um eterno portador do cadáver de si mesmo, como no dizer de Nietzsche, lutando para libertar-se das raízes do passado.

Sufocante a carapaça administrativa da comunidade política reinante, raros seriam os ares renovadores, quando muito tecidos no seio da aristocracia político-intelectual brasileira. Postada na morfologia de um estamento pensante e firmada na apropriação privada dos meios intelectuais de produção, esta aristocracia foi materialmente provida por letrados da burguesia fundiária. Foram os filhos da classe cafeicultora do Sudeste que, como que enfileirados em linha de produção fordista, teceram *poeticamente* as garantias jurídicas para as novas formas de produção emergidas. Fizeram mais: deram ao invólucro filamentososo do burocratismo do Estado a cor letrada e romântica da doutrina liberal. Em outras palavras, transpuseram o hiato que separava a civilização material emergente e a cultura mental retardatária, anacrônica e obsoleta.

As manifestações das belas-artes, as relações jurídicas, os sistemas filosóficos, as formas políticas de Estado, em suma, todas as categorias integrantes da nova superestrutura, passaram a resultar da incidência de uma determinada constelação de valores, encarnados como expressões ideais das relações materiais predominantes, sobre o substrato sociológico da realidade vivencial das relações produtivas da burguesia. Assim, o Direito, como no dizer de Marx, passava a se constituir na própria vontade da classe cafeicultora erigida em lei, ou seja, numa *tékhnè* capaz de assegurar as possibilidades aquisitivas dos gestores da política e da economia. Galgada a posição de predominância no processo social por força do monopólio dos meios de produção material e intelectual, passaram os hábitos de conduta a amoldar-se ao modo de pensar da classe cafeicultora.

As *gens de lettres*, cultoras da beleza e da poesia dos incompreendidos, negavam a si o contato com a vida social, ora desprezando a realidade como sinal de revolta, ora se vendo impotentes para transformá-la. Elocubrações intelectuais eram tidas como antípodas do engajamento político. O letrado torna-se letrado para prover os assentos senatoriais, a farda ministerial, a pompa da carruagem solene. A febre sem correspondência com a realidade sócio-

econômica revela um estado de patologia alheante: a letargia da *intelligentsia* brasileira.

Nesse estado de coisas, o Direito serviu como *instrumentum regnum* de interesses materiais específicos. O espírito burguês se tornou a cela inesgotável das formas ideológicas dominantes, desvinculadas artificialmente do estágio do processo de desenvolvimento das classes sociais. Os valores, se nos fosse permitido considerá-los ontologicamente, seriam fatores talhados pelo siso da mesma unidade: a unidade das condições materiais e intelectuais da existência impostas pela elite econômica, a qual preenchia largamente as associações de mando político.

II

No Direito e na Literatura houve-nos o Romantismo, o Realismo, o Naturalismo, o Parnasianismo e o Simbolismo, todos como estilos eminentemente burgueses de expressão.

O Romantismo Jurídico, no que lhe era característico, soube apreço os usos e costumes como revelações das forças intelectuais e morais da humanidade e como fonte viva da consciência popular (*Volkgeist*). Diria Castro Alves: "*A praça! A praça é do povo / Como o céu é do condor*" Para abraçar os motivos populares, o Direito deveria romper com os espartilhos das formas fixas e regulares, passando a assumir-se fluido e relativo. Prevalece a emotividade no discurso colorido e idealista da sua dialógica discursiva. O Cristianismo era entendido como o berço da Moral que permeia o Direito. Tem-se o apogeu da Escola Histórica do Direito de Savigny, da *libre recherche du droit*, de François Géný e do *Freies Recht*. Libertação parecia ser o lema que a tudo parece mover. Combate-se o normativismo e a Razão, a qual deve ser destruída (*Die Zerstörung der Vernunft*).

Já o Realismo Jurídico seria a negação do irracionalismo romântico. O Direito é tido como fato social e como fato social deve ser enquadrável no minucioso determinismo das causalidades que lhe estabelece o Sociologismo. O Direito concreto se revela na experiência social da vida, captado portanto pela observação e pela experiência. Sua validade é empírica: só vale se é eficaz. A regra jurídica deveria ser a síntese explicativa de uma classe de resultados cientificamente previsíveis. Seu ideal basilar era a ordenação, a quantificação e a mensurabilidade do fenômeno jurídico, tal como bem se manifesta na obra *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, de Pontes de Miranda. O jurista tem a ironia trágica dos sociólogos. Tem a deprecidade natural dos lúcidos, tal como se mostra nas palavras de Machado de Assis: "*Marcela amou-me durante quinze meses e onze contos de réis, nada menos*". Surge a Jurisprudência dos Interesses.

O Naturalismo Jurídico é, por excelência, o apologista do poder corrompedor. Indaga constantemente as leis que regem as estruturas sociais e os processos fáticos, dando-lhes por vezes uma explicação sócio-biológica do tipo darwinista-social. Pelo método indutivo e experimental, deve buscar cientificamente as causas que possibilitam a análise do direito dos oprimidos e degredados. Desmistificam os comportamentos *par excellence*. Assim como os literatos expõe o conflito animalesco entre os ditames da moral vigente, dos instintos sexuais e das

taras patológicas, o jurista-naturalista encara a explosividade das relações entre o direito da classe dominante e o direito dos aliados que perambulam pelas ruas. Seu espírito se bem esclarece nas palavras de Aloísio Azevedo: "*e André, tonto e ofegante, sentia vertigem quando seus olhos topavam as trêmulas e agitadas carnes da histórica, completamente desvertidas nas alucinações do espasmo*".

O Parnasianismo Jurídico busca o culto da lei. O vocabulário dicionarizante dos textos legais, ricos em hipérbatos e atrelados à perfeição estético-racionalista, exprime o rigor consagrado das formas fixas. O encarecimento do belo torna-se uma ânsia de vida íntima. É a arte pela arte, o direito pelo direito. O jurista se equivale ao filólogo. Assim se expressaria Olavo Bilac: "*Assim procedo. Minha pena / Segue esta norma. / Por te servir, Deusa Serena, / Serena Forma*". A radicalização da separação dos poderes é a única forma segura de manter-se a independência legislativa. Imutáveis são os sistemas jurídico-políticos. A interpretação da lei deve ater-se ao *mens legislatoris*. Sobrestima-se a vigência, ou seja, a validade formal das normas de direito. Tem-se o apogeu do Pandectismo, da Escola da Exegese, da *Analytical School*. Surge a Jurisprudência dos Conceitos.

Por fim, temos o Simbolismo Jurídico, o qual se apega à transcendentalidade dos valores, por um processo que diminui o sentido lógico das normas. Valoriza-se a Axiologia Jurídica. Só o esbatimento das linhas e a diluição das formas torna depurado o conhecimento. Diria Cruz e Sousa: "*ó formas vagas, fluidas, cristalinas*". Somente o reconhecimento da transitoriedade das compilações e da imaterialidade da verdade jurídica pode habilitar o homem a dar o justo ao caso concreto. É a não-conceptualidade em voga. É a intuição emocional como diretora da realidade subjetiva do justo, tão real quanto a realidade objetiva. Eis a evanescência dos valores. As normas só valem se tiverem fundamento, *i.e.*, validade material. Surge a Jurisprudência dos Valores.

III

De longos anos, a cúpula administrativa do Estado exercia seu domínio real e útil, propriedade estática e dinâmica, sobre a universalidade do aparelho do Estado, como se este lhe fosse patrimônio próprio. A comunidade política organizada comportava-se como mera junta administrativa dos negócios comuns a toda classe cafeicultora. Na apropriação monopólica das oportunidades de aquisição privilegiadas, a classe latifundiária-exportadora não poupou coisa alguma. Monopolizou a direção da produção dos bens no interesse dos fins lucrativos dos seus membros. Vivificou sua atividade econômica com o *tonus* que o cordão umbilical do oficialismo lhe transmitia. Desenvolveu juridicamente novos modelos de regulação de conflitos na esfera dos órgãos legislativos e dos tribunais de justiça. Expressou em letras a rebeldia sonhadora dos moços. Era o homem pensante de então, a um tempo, em um único ser, a encarnação do *homo economicus*, o *homo politicus*, o *homo juridicus* e o *homo litteratus*. Era, pois, o monossomo!

A partir da Primeira Guerra Mundial, a estrutura econômica brasileira, baseada na monocultura cafeeira, torna-se vulnerável, provando-se-nos o elevado grau de dependência do desenvolvimento das forças produtivas internas aos fatores internacionais. Paulatinamente, o espectro do capitalismo industrial dá à sociedade o matiz cinzento da industrialização tardia. Uma liberdade *sui generis* de economia, assentada na rede oficial dos favores, dá a virtualidade pública à atividade privada, tornando a expressão "*livre iniciativa brasileira*" uma *contraditio in terminis*. Ainda assim, nossa sociedade permanecia abissalmente cindida pelo antagonismo das classes. Acentua-se a desintegração orgânica da cultura, o que acelera o processo de intensificação do pluralismo jurídico e hostiliza a sociedade à recepção das manifestações artísticas. Vai-se cumprir a profecia de Cioran: "*os modos de expressão estando esgotados, a arte se orienta para o nonsense, para um universo privado e incomunicável. Um estremecimento 'inteligível', seja ele na pintura, na música ou na poesia, parece-nos realmente ultrapassado e vulgar. O 'público' desaparecerá brevemente; a arte o seguirá de perto*". Eis a infalibilidade matemática da certeza histórica de Hegel: a morte lamuriosa da arte. Só o lirismo não-poético das palavras secas pode sugerir o universo não-oficial dos tipos humanos marginalizados pelo capitalismo arcaico. A vanguarda passa a se nortear pelo gesto destrutor das sintaxes tradicionais. A tecnologia impõe a reavaliação da criatividade e a remodelação da Inteligência nacional. Serão os novos artistas os

mártires de uma revolução melancólica. Novas pesquisas, tresloucadas para interpretar o estar-no-mundo, ampliam um universo de temas antiestéticos. Os minutos de poesia se comprimem. Instaura-se a economia e a arquitetura funcional do verso. Os conjuntos das relações humanas desloca a alma da Arte para o utilitarismo dos benefícios transitórios. A estandardização dos produtos industriais habitua os pensantes na combinação entre estilos do passado. As disparidades nas condições materiais da vida e a conseqüente fragmentação cultural atomizam as lutas pelos interesses e aprofundam a introspecção psicológica no questionamento da existência. O artista se prostra no isolamento subjetivo que lhe impõe a realidade. A arte padece da força épica das massas que o erguiam. O estilo lapidar e a linguagem intencionalmente pobre do Direito exprime com clareza a consciência que o Estado tem de si quando ordena. É o fim da Estética Jurídica e de sua *epistême*. Direito e Arte passam a se encontrar irredutíveis, um em face do outro.

Dessa forma, não se há de negar: belo, o Direito não mais o será; justo, quase nunca o foi. Quão longe estamos, pois, da Bela Justeza que arde única como chama no Olimpo. Cabe-nos a insensatez de sermos os Prometeus acorrentados. Valerão nossos figados mais que os anos de injustiça? Se nos for a sentença do abutre a sentença que Júpiter impor, ainda não será mais penosa que nossa melancolia. Pois se Stendhal apontava a pena e aguçava o ritmo de seus romances lendo um Código Civil, é remetendo-se à realidade brasileira que se inspiraria a escrever um ensaio sobre a miséria humana.

BIBLIOGRAFIA

- FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 6ª ed. Porto Alegre : Globo, 1984.
- NICOLA, José de. *Língua, Literatura e Redação*. 8ª ed. São Paulo : Scipione, (v. 1, 2 e 3), 1990.
- NUNES, Benedito. *Introdução à Filosofia da Arte*. São Paulo : DESA (Coleção Buriti, v. 7), 1966.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito* (trad. L. Cabral de Moncada). São Paulo : Saraiva, 1934.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: preliminares históricas e sistemáticas*. 3ª ed. São Paulo : Saraiva, 1980.

VICO E O DIREITO INTERNACIONAL

Hilton Catanzaro Guimarães

Aluno de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP

Resumo:

O Direito Internacional clássico pertence à época heróica das relações internacionais, ao passo que o direito comunitário à época humana, conforme a teoria de Vico dos três estados históricos, a saber, divino, heróico e humano. Ao princípio do egoísmo do segundo estado opõe-se o princípio da solidariedade do terceiro.

Resumé:

Le Droit International classique appartient à l'âge héroïque des relations internationales, tandis que le droit communautaire à l'âge humain, d'après la théorie de Vico sur les trois états historiques, à savoir, le divin, le héroïque et l'humain. Au principe de l'egoïsme du deuxième état s'oppose le principe de la solidarité du troisième.

Este ensaio pretende demonstrar que o Direito Internacional clássico, ou seja, o corpo de princípios e costumes que regulam a conduta dos Estados europeus, desde a quebra da unidade medieval até as guerras mundiais do século XX, representa o período aristocrático ou heróico da história das relações internacionais. Para provar que o Direito Internacional tem caráter profundamente aristocrático, sirvo-me da teoria da história exposta pelo filósofo Giambattista Vico em sua monumental obra *Principi di scienza nuova*.¹

I - Direito Natural

Que o Direito Internacional esteja em conexão íntima com o direito natural, confirma-se pela evolução teórica concomitante de ambos na obra de autores como Grocio, Pufendorf e Wolff. Contudo, cumpre lembrar que há três espécies de direito natural e que o Direito Internacional é expressão de apenas uma delas.

Segundo Vico, o primeiro direito natural foi divino, o segundo heróico e o terceiro humano. Pelo divino, os homens acreditavam que eles e todas as suas

1. Todos os excertos em italiano contidos neste ensaio foram tirados dos livros quarto e quinto da obra *Principi di scienza nuova*, de G. Vico; Arnoldo Mondadori Editore, 1992.

coisas existissem em virtude dos deuses, ou seja, que os deuses fossem ou fizessem tudo. No heróico, a força era decisiva, mas a religião precedente não permitia que ela se encadeasse indefinidamente. Assim, os primeiros povos se apascentavam perante a afirmação da força como perante um oráculo. No direito natural humano, impera a razão humana.

A guerra é o fenômeno mais importante do Direito Internacional clássico. Seu sentido genuíno é o de determinar a quem pertence o direito disputado, como um duelo entre os Estados em conflito. Num sistema acéfalo como o dos Estados europeus em seu apogeu, a guerra substitui o processo e o resultado do conflito exprime a sentença.

Dentre as três espécies de direito natural referidas, é o direito natural heróico que reflete o Direito Internacional como direito da guerra. Duelo de Estados (*duellum* vem de *duorum bellum*), a guerra consagra o direito do mais forte, na mitologia o direito de Aquiles, “*che pone tutta la ragione nella punta dell’asta*” Todas as incontáveis guerras entre Estados europeus pressupunham a convicção dos beligerantes acerca da naturalidade do direito do mais forte. Nesses juízos armados, os adversários estimavam “*la ragione dalla fortuna della vittoria*”, o que manifesta a sabedoria da providência divina, pois os Estados se enfrentavam como grandes animais,² incapazes de razão, e era preciso que “*da guerre non si seminassero guerre*” na expressão justíssima de Vico. A idéia da justiça ou injustiça dos Estados vinha de eles serem propícios ou contrários aos deuses.

Assim como os auspícios fundaram o poder monárquico dos pais nas famílias e lhes conservaram o primado nas cidades aristocráticas, assim também as conquistas foram legitimadas aos conquistadores pela fortuna das armas, a fim de que “*le nazione riposassero sulla certezza de’lor imperi*” Tudo isso provém do conceito inato de providência que as nações partilham universalmente, a partir do qual todos os eventos adquirem sentido normativo. No caso específico da guerra, a vitória de um dos beligerantes é interpretada como sinal ou auspício de que o direito lhe pertence. Não é por acaso que Vico usa a expressão “*giustizia eterna*” para designar a justiça que se faz pela guerra, pois cumpre distinguir o valor normativo do evento da vitória e a justiça que procura a verdade dos fatos para decidir sobre o direito.

2. A idéia é de Carl Schmitt e se encontra em sua obra sobre a teoria do Estado de Hobbes, em conexão com as fábulas de La Fontaine.

O moderno direito comunitário, por sua vez, espelha a terceira espécie de direito natural, aquele “*dettato dalla ragion umana tutta spiegata*” É inerente a toda integração comunitária o funcionamento de uma corte com jurisdição compulsória sobre os membros da comunidade em questões de direito comunitário. Ora, a substituição do processo regular à guerra, como método de determinação do direito, exprime a superação histórica do direito natural heróico pelo direito natural humano, em perfeita correspondência com o esquema de Vico. É comparando o caráter pacífico e racional do direito comunitário com o caráter belicista e irracional do Direito Internacional clássico que se lhes atribuem as denominações de direito humano e direito heróico.

II - Razão de Estado

Vico não se aparta das divisões triádicas em nenhum momento. Do mesmo modo que ele divide o direito natural em três, assim ele reconhece três espécies de razão: razão divina, razão de Estado e razão natural.

A razão divina os homens só conhecem mediante a revelação que pode ser pela voz de Deus, (*per parlari interni*), pela pregação (*con parlari esterni*) ou por sinais corpóreos, como os auspícios. Onde os homens não encontram explicação para as coisas, eles se conformam com os designios imperscrutáveis “*che si nascondono nell’abisso della provvidenza divina*”

Denominada pelos romanos de “*civilis aequitas*” a razão de Estado era conhecida apenas por “*poche pratici di governo*”, que sabiam o que era necessário à conservação do gênero humano. Desta arte de governo os senadores romanos da época aristocrática eram os sumos representantes. Em Roma, a equidade civil tudo submetia àquela lei, “*regina di tutte l’altre*”, formulada por Cícero assim: “*suprema lex populi salus esto*” Esta lei fundamental, expressão da razão de Estado, exige o sacrifício dos interesses particulares ao interesse geral. Nos Estados aristocráticos, os nobres possuíam “*privatamente ciascuno gran parte della pubblica utilità*”, que eram as monarquias familiares conservadas pela pátria. Daí o interesse incoercível na preservação do Estado.

Na história do Direito Internacional clássico, nenhum princípio determinou tão fortemente a atitude dos Estados como a razão de Estado. Todas as guerras e tratados que marcaram a vida dos Estados europeus remontam a esse

princípio.³ A própria soberania, tal como era concebida na época, encontra na razão de Estado sua máxima expressão. Sua prática nas relações internacionais torna os Estados europeus herdeiros da república aristocrática de Roma.

Assim como a equidade civil era atributo exclusivo do Senado romano e não se comunicava de nenhum modo à plebe, assim também a razão de Estado era “*serbata arcana dentro de gabinetti*” dos Estados europeus, ou seja, era um segredo que escapava totalmente aos povos europeus e pertencia privativamente a estadistas como Richelieu, Cromwell, Napoleão e Bismarck. A eterna propriedade da razão de Estado é que dela poucos sejam os guardiães. Eis o seu caráter aristocrático.

Razão natural ou “*aequitas naturalis*” é a terceira espécie de razão definida por Vico. É dela que surgem os célebres princípios do “*pacta sunt servanda*” e do “*nemo obligatur ultra posse*”, entre outros. A ela se reconduz o chamado Direito Internacional geral, que nada mais é senão um direito natural racional aplicado às relações entre os Estados. É ela que informa a etapa presente da evolução das relações internacionais, caracterizada pelo surto do direito comunitário. A exclusão da razão de Estado e a adoção de métodos pacíficos pelo direito comunitário indicam a incorporação dos princípios da razão natural ou jusnaturalismo à práxis das relações internacionais.

III Território

Para Vico, as duas máximas propriedades das repúblicas aristocráticas são a custódia das fronteiras e a das ordens. A primeira oferece acentuada semelhança com a prática dos Estados europeus no Direito Internacional clássico.

A custódia dos limites principiou ainda no tempo dos governos divinos ou das famílias em isolamento, pois deviam ser postos limites nos campos, a fim de excluir a comunhão das coisas típicas “*dello stato bestiale*” ou seja, para deixar o caos do estado selvagem do lado de fora. Os gigantes, que para Vico representam os pais de família em isolamento na mitologia, protegiam suas famílias e não se importavam em nada uns com os outros, a não ser que seus domínios fossem invadidos, pois neste caso eles matavam *fieramente* os invasores. Desse estado de hostilidade dos chefes de família derivou o costume de as cidades se considerarem durante muito tempo como eternas inimigas. Todavia, a custódia dos confins tornava

3. Cf. Meineck, F. *L'idée de la raison d'État dans l'histoire des temps modernes*. Genève, Droz, 1973.

as repúblicas aristocráticas inaptas para a conquista, ao contrário das repúblicas populares, “*che sono fatte per dilatare gl'imperi*”

Que o território, como forma de ordenação espacial dos Estados, seja uma condição primacial do Direito Internacional clássico, é incontestável. A própria noção de soberania implica a de território, pois a “*summa potestas*” sem uma base física não passaria de um fantasma. Entre a soberania e o território intervém a mesma relação que foi descrita por Descartes entre a alma e o corpo, em suas *Méditations Métaphysiques*.⁴ Assim como a amputação de um membro não significa a amputação de uma parte da alma, que continua íntegra, apesar da limitação de seu comando sobre o corpo, assim também a anexação de parte do território de um Estado não amputa sua soberania, pois ela é indivisível.

É indispensável demonstrar a natureza genuína do território no Direito Internacional clássico, para permitir a compreensão da semelhança entre o zelo aristocrático pelos confins e o controle rígido exercido pelos Estados sobre suas fronteiras territoriais. O território não era mero domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica, mas antes a expressão do *nomos*⁵ que regia a Europa.

Outro não é o sentido do célebre princípio do equilíbrio de poder ou “*balance of power*” que tendia a preservar a igualdade de forças entre os Estados através da proteção dos limites territoriais, ou seja, assegurava o *nomos* do continente europeu. Em toda teoria do Direito Internacional que pretenda não se perder em abstrações, o princípio do “*balance of power*” goza de plenos direitos.

Com o declínio do Direito Internacional clássico e a ascensão do direito comunitário, ao território se superpôs uma nova forma de espaço, a saber, o mercado. O mercado é para o direito comunitário exatamente o que o território é para o Direito Internacional. No contraste entre território e mercado está o contraste entre a época heróica, intransigente com os limites, e a época humana das relações internacionais, em que os antigos limites territoriais tendem a se dissolver num mercado unificado.

4. Descartes, René. *Méditations Métaphysiques*. Edição bilingüe latim-francês. Le Livre de Poche.

5. A palavra *nomos* não deve ser tomada no sentido vago de lei, mas no sentido concreto de distribuição do espaço.

IV Eterno retorno

Vico propõe sua concepção cíclica da história no livro intitulado *Del ricorso delle cose umane nel risurgere che fanno le nazioni*. Nele a história bárbara da Idade Média é elucidada com o recurso à história bárbara dos primórdios da humanidade, como também a história do mundo antigo e moderno das nações é descrita conforme os princípios da sua “*Scienza*”

A confederação foi a primeira forma dos Estados, que originariamente não passavam de uma aliança dos chefes de família unidos numa ordem reinante. Nasceram, portanto, como puras aristocracias os primeiros Estados. A própria palavra pátria, de *res patria*, revela que as primeiras repúblicas eram *aristocrazie di padri*. O que determinou os pais, reis soberanos em suas famílias, a unirem seus interesses privados foi uma rebelião dos servos ávidos de sacudir o jugo paterno. Os segredos de Estado ou *arcana imperii* surgiram no seio do conselho fundado pelos pais contra os fâmulos amotinados.

Se a confederação foi a primeira, ela também deve ser a última forma dos Estados, conforme o princípio viquiano de que as coisas terminam do mesmo modo como começaram. Ora, o mundo moderno cada vez mais se aproxima do ideal da *civitas maxima* ou Estado mundial, que outra forma não poderia assumir senão a de federação. É impossível imaginar uma forma de união de Estados diversa da federação. Aqui importa, sobretudo, lembrar o ensinamento de Kelsen sobre a essência do princípio federativo,⁶ que consiste em considerar as ordens jurídicas dos Estados como ordens parciais delegadas da ordem jurídica total.

Os direitos comunitários regionais seriam, de acordo com uma interpretação teológica ou providencial da história, como é a de Vico, a etapa que precede imediatamente à constituição de uma federação mundial, onde funcionaria um mercado global tendente a realizar enfim o ideal kantiano da paz perpétua.⁷ A era do direito natural humano, prefigurada por Vico na ordem internacional, é federativa e pacífica, em oposição à era do Direito Internacional clássico, inçada de guerras. Enquanto o direito humano está sob o signo de Kant, o direito heróico está sob o signo de Hegel, para usar um símile esclarecedor.

6. Kelsen desenvolve sua teoria da federação na obra clássica sobre o problema da soberania e o Direito Internacional.

7. Kant, I. *Zum ewigen Frieden*, Scherz Verlag.

É falso considerar a afirmação histórica da federação mundial como o fim da história. Uma concepção cíclica da história exclui toda interrupção do movimento. Assim que a união comunitária dos Estados estiver consumada e a guerra for banida para sempre de suas relações, uma rivalidade nova surgirá à plena luz e manterá os novos protagonistas num estado semelhante ao que vigiu entre os Estados na época heróica. Ao que parece, os novos atores serão as empresas capitalistas lutando entre si pelo mercado, o sucedâneo do território como objeto de disputa.

À objeção de que as empresas capitalistas já travam entre si uma guerra pelo mercado, embora os Estados ainda sobrevivam como soberanos, segundo a concepção tradicional de soberania, deve-se responder que a história não obedece à simplicidade geométrica, antes é preenchida por processos que se superpõem, como a decadência do Direito Internacional clássico e a ascensão do direito comunitário.

V Conclusão

Vico dividiu a história da humanidade em três “*sètte di tempi*” a saber, tempos religiosos, tempos “*puntigliosi*” (a eloquência desta palavra me demove de traduzi-la) e tempos civis. Como os tempos *puntigliosi* são caracterizados pelos duelos, é a eles que pertence o Direito Internacional clássico. O direito comunitário, por sua vez, pertence aos tempos civis, ou tempos do direito natural das gentes.

Para compreender o sentido da afirmação de que os Estados europeus eram como duelistas, e portanto *puntigliosi*, no seio do Direito Internacional clássico, cumpre remontar ao § 334 dos *Fundamentos da Filosofia do Direito*, de Hegel.⁸ Depois de considerar a guerra como o único modo de decidir o conflito dos Estados (*Der Streit der Staaten kann deswegen... nur durch Krieg entschieden werden*), Hegel exprime clarissimamente o caráter duelístico das relações internacionais ao reconhecer que as lesões em virtude das quais o Estado entrará em guerra permanecem algo indeterminável em si (*ein an sich unbestimmbares*), pois um Estado pode pôr sua infinitude e sua honra em cada uma de suas particularidades (*indem ein Staat seine Unendlichkeit und Ehre in jede seiner Einzelheiten legen kann*). Ora, a suscetibilidade dos Estados na idade heróica do Direito Internacional prova seu caráter duelista.

8. Hegel, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Hamburg, Felix Meiner, 1967.

Entre o Direito Internacional clássico e o direito comunitário há uma etapa de transição que não admite omissão. Nela, a multipolaridade européia se dissolve para dar lugar à bipolaridade de Estados Unidos e União Soviética. Como consequência dessa transformação da estrutura das relações internacionais, a guerra sofre uma mutação que a torna ato ilícito em vez de direito inerente à soberania. Paradigmática desse novo estatuto da guerra é a declaração do secretário de Estado norte-americano, Stimson: “*It (war) is an illegal thing. Hereafter when two nations engage in armed conflict either one or both of them must be wrongdoers -- violators of this general treaty law (the Briand-Kellog Treaty). We no longer draw a circle about them and treat them with the punctilios of the duellist's code. Instead we denounce them as law-breakers.*”⁹ Uma declaração como essa, merecedora de transcrição integral, corrobora poderosamente a tese de que o Direito Internacional integra a época heróica das relações internacionais.

Em franca oposição à era dos Estados duelistas, surge a era do direito comunitário, em que os Estados participam de um “*foedus pacificum*”, para retomar a expressão kantiana que designa o federalismo de Estados-livres condicionante da paz perpétua. Nessa aliança dos pacíficos, os diferendos entre os Estados não mais são decididos pela guerra, mas por um processo tendente a resultar numa decisão jurisdicional livremente acatada pelo Estado derrotado, pois a ruptura do laço comunitário derivada da insubmissão à sentença seria um dano muito superior ao sacrifício momentâneo derivado da obediência à sentença. Esse é o espírito do direito comunitário.

Assim como o Direito Internacional clássico integra a idade heróica das relações internacionais, assim também o direito comunitário depende dos tempos civis das relações internacionais, conforme a feliz expressão de Vico. Nesses tempos civis, os princípios do direito natural das gentes encontram enfim sua garantia institucional, sem a qual sua aplicação pelos Estados ficava sujeita a considerações da ordem da razão de Estado.

O autor que mais profundamente refletiu sobre o sentido de aristocracia, Nietzsche, ao discorrer sobre o egoísmo como essencial às almas aristocráticas contribui para iluminar a natureza dos Estados europeus do Direito Internacional clássico. Ele define o egoísmo como a crença inalterável de que os

9. Declaração de 1932 transcrita da obra *Der Nomos der Erde*, de C. Schmitt, Duncker & Humblot.

outros seres devem por natureza estar submetidos a um determinado ser e se sacrificar por ele. O ser que possui essa crença acaba por se persuadir, em circunstâncias que o fazem hesitar no começo, da existência de seres iguais a ele (*Gleichberechtigte*). Nas relações entre esses seres, observa-se uma moderação (*Selbstbeschränkung*) e uma fineza (*Feinheit*) que são um elemento a mais do egoísmo, pois cada ser se honra nos outros e nos direitos a eles reconhecidos. Suas relações regem-se por uma sorte de mecânica celeste, da qual todos os astros entendem.¹⁰

Ora, os Estados europeus comportavam-se em suas relações recíprocas do mesmo modo que os aristocratas egoístas de Nietzsche. Princípio fundamental do Direito Internacional clássico, o egoísmo permeia toda a doutrina da razão de Estado. Seu impacto no direito da guerra europeu, limitando a violência desenfreada das guerras de religião, foi brilhantemente estudado por Carl Schmitt no capítulo de sua obra *Der Nomos der Erde*, em que ele define o Estado como portador de uma nova ordenação espacial eurocêntrica da Terra. A consolidação do Estado operou a superação da guerra civil de religião, inclemente e exterminadora, pela guerra em forma estatal (*Krieg in staatlicher form*). A guerra tornou-se uma relação entre pessoas igualmente soberanas, ou seja, que se reconhecem como soberanas e se abstêm de empregar meios de destruição aviltantes. Se cada Estado europeu não prestasse homenagem a si mesmo ao reconhecer a soberania do outro, (egoisticamente), jamais a violência bélica teria sofrido o temperamento do “*jus in bello*” Aqui importa, sobretudo, não confundir os efeitos do egoísmo na época heróica ou aristocrática das relações internacionais com os efeitos do egoísmo nacionalista, que inspirou as duas guerras mundiais e representou uma dolorosa etapa de transição entre o Direito Internacional clássico e o direito comunitário.

O princípio da solidariedade é para o direito comunitário o mesmo que o princípio do egoísmo para o Direito Internacional. Após a catástrofe das guerras mundiais, os europeus decidiram criar uma rede de solidariedades materiais que tornassem a irrupção de uma guerra entre Estados europeus um evento extremamente improvável, senão impossível. O controle da produção do carvão e do aço pela CECA e o controle da energia atômica pela EURATOM, bem como as quatro liberdades fundamentais asseguradas pela Comunidade Econômica Européia

10. Nietzsche, F. *Jenseits von Gut und Böse*. Goldmann Verlag.

implicam uma tal solidariedade econômica entre os Estados europeus, que a guerra intereuropéia parece impraticável.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE*

Marco Aurélio Stradiotto de Moraes Ribeiro Sampaio
Mestrando em Direito do Estado pela USP

Resumo:

A ação declaratória de constitucionalidade é instrumento inconstitucional de nosso controle abstrato de normas. O caráter objetivo de seu processo, conforme desenhado pelo STF é inexistente, pois é ela meio paralisante de debates judiciais em torno de questões jurídicas fundamentais de interesse coletivo. Sendo seu pressuposto a existência de decisões de inconstitucionalidade em processos concretos, contrárias à posição governamental, mostra-se patente a necessidade de observância do devido processo legal e seus apanágios, esquecidos quando de sua criação. Ademais, seus efeitos vinculantes têm o condão de afastar do Judiciário, no controle difuso, a apreciação posterior de possível lesão ou ameaça a direito.

Abstract:

The legal action for the statement of constitutionality is a void instrument of our abstract rule control. The objective character of its procedure, according to the Federal Supreme Court, is non-existent, for such an action does paralyze debates relating fundamental legal matters of collective interest. Since such an action presupposes the existence of concrete court decisions recognizing unconstitutionality opposite to the governmental position, the need for the accordance with the due process of law and its attributes, forgotten when that action was created, is clear. Furthermore, its entailing effects take away from the Judiciary Power, in the diffused rule control, the later analysis of real or potential break of rights.

A ação declaratória de constitucionalidade é o mais novo instituto de nosso sistema constitucional de controle abstrato de normas. Positivada pela emenda n. 3/93, a ADC, tal como se apresenta, é fruto de desnaturação de proposta inicial feita por Ives Gandra da Silva Martins, a fim de que se evitasse a volta da tão famigerada advocat ria do Regime Militar. De fato, vendo com propriedade males na avoca o de causas pelo Supremo Tribunal Federal, a cuja reintrodu o visava o então Governo Collor, propôs o citado jurista que se adotasse o que chamava de

* O presente artigo   fruto de trabalhos realizados durante a bolsa de inicia o científica concedida pela FAPESP, Funda o de Amparo   Pesquisa do Estado de São Paulo, sob orienta o do Prof. Enrique Ricardo Lewandowski.

"*uma ação de contrapartida, isto é, uma ação declaratória de constitucionalidade, cuja titularidade para a proposição seria de todas as pessoas elencadas no art. 103 da Constituição Federal, que cuida das ações diretas de inconstitucionalidade.*"¹

Com algumas modificações, resultantes dos vários substitutivos apresentados à proposta inicial encaminhada ao Congresso pelo deputado Roberto Campos e pela Comissão de Reforma Tributária do então Governo Collor, instituía-se, enfim, a ADC. O novo instituto de controle de constitucionalidade (cuja competência para a propositura ficava estranhamente nas mãos tão-só do presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados e do procurador-geral da República) trazia um *plus* em relação à ação direta de inconstitucionalidade, qual fosse o efeito vinculante de sua decisão.

A discussão da emenda n. 3, como é sabido, limitou-se praticamente ao IPMF. Quase nenhuma atenção foi dedicada ao instituto de controle de constitucionalidade que se introduzia na Constituição. Prova disso é o fato de o parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, emitido pelo senador José Fogaça, não ter dedicado palavra alguma à ADC na parte referente às considerações. Ademais, houve redução do prazo para a apresentação de emendas, o que, sem dúvida, impediu uma análise mais acurada da proposta, terminando a tramitação da emenda n. 3 em pouco mais de um mês.

Sendo adepta da corrente que nela via inconstitucionalidades, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou no STF ação direta de inconstitucionalidade, que não foi conhecida por julgar o Tribunal carecer a AMB de legitimidade *ad causam*.

No julgamento, porém, da ADC n. 1-1, levou incidentalmente a plenário o relator Ministro Moreira Alves a prejudicial de inconstitucionalidade da emenda n. 3, no tocante ao novo instituto. Julgando constitucional a ADC, firmada, conforme entendimento do STF, em processo objetivo (onde não se cogita de lide ou partes), determinou o tribunal, como pressuposto fático de instalação do processo, a demonstração comprovada na inicial de controvérsia judicial já estabelecida nos juízos e tribunais superiores a respeito do ato normativo que se quer declarado constitucional.

Malgrado entendimento do STF em outro sentido, o novo instituto de controle de constitucionalidade é inconstitucional. E o é, por violação de núcleos

1. *Ação Declaratória de Constitucionalidade, O Estado de S. Paulo, 25/01/92, p. 8.*

imodificáveis que, por isso mesmo, não podem ser alterados nem por emenda constitucional. Foram violados, pela adoção da ADC com sua falsa noção de processo objetivo e seus efeitos vinculantes, apanágios do devido processo legal, mais especificamente o contraditório, a ampla defesa e o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Senão, vejamos:

Primeiramente, frise-se não ser objetivo o processo de ADC, onde *necessariamente* inexisteriam partes que atuassem através de afirmações contrárias, bem como lide, sob qualquer aspecto que fosse, não-somente o *carneluttiano*. Tal é a lição de José Afonso da Silva ao escrever que a ADC é "*ação que tem a característica de um meio paralisante de debates em torno de questões jurídicas fundamentais de interesse coletivo*"² Ora, tendo como pressuposto fático a existência de decisões de inconstitucionalidade em processos concretos, contrárias à posição governamental, seu exercício "*gera um processo constitucional contencioso, de fato, porque visa a desfazer decisões proferidas entre partes, mediante sua propositura por uma delas. Nesse sentido, ela tem verdadeira natureza de meio de impugnação antes que de ação, com o mesmo objeto das contestações apresentadas nos processos concretos, sustentando a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal e sem as contrarrazões das partes contrárias. Então, a rigor, não se trata de processo sem partes e só aparentemente é processo objetivo, porque, no fundo, no substrato da realidade jurídica em causa, estão as relações materiais controvertidas que servem de pressupostos de fato da ação.*"³ A negação de existência de pretensão ou lide é negação mesmo desses pressupostos de fato.

Ora, sendo, pois, processo com causa, onde são defendidos direitos subjetivos da União, interesses governamentais contrários aos interesses dos cidadãos, faz-se necessária a verificação do contraditório. Ligado que é ao exercício do poder, o contraditório é o meio idôneo para a legitimação de uma decisão que traga conseqüências às esferas jurídicas várias. Assim, se ouve uma parte que deduz seus interesses, deve o órgão judicante ouvir a outra de interesse contrário e que teria sua esfera jurídica atingida pela decisão. O que se criou, porém, foi uma ação sem contraditório, onde a bilateralidade que caracteriza a relação processual não é verificada.

2. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 59.

3. *Idem*, p. 59 e 60.

Ouvindo-se somente o Ministério Público como fiscal da lei, sem que nenhum elemento da sociedade possa participar do processo, ainda que discutindo a matéria em instâncias inferiores, não se verifica o direito à adequada resistência às pretensões adversárias, visto que não se pode defender posição contrária à do postulante no processo, se nele não se pode pronunciar. Tal direito caracteriza um outro apanágio do devido processo legal, qual seja o da ampla defesa. Resta, assim, de todo violado o inciso LV ao art. 5º da CF, referente aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Outro princípio compreendido no devido processo legal é o da inafastabilidade do Poder Judiciário. Aqui, parte da doutrina afirmou também haver inconstitucionalidade da emenda n. 3 no tocante à ADC, dados seus efeitos vinculantes na decisão definitiva de mérito. A questão é intrincada, devendo-se, antes, ter em mente o que realmente significam tais efeitos vinculantes.

Sendo o verdadeiro *plus* da ADC em relação à ADIn, tais efeitos não se confundem, pois, com a eficácia *erga omnes*. Esta, típica de pronunciamentos em controle abstrato de normas, significa que a decisão vale para todos, que por todos deve ser observada, aqui se incluindo o Poder Judiciário. É ela que confere às decisões do STF a dita “força de lei”. Limita-se, ela, à parte dispositiva da decisão.

Já os efeitos vinculantes visam a conferir à decisão eficácia adicional, outorgando-se-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. *"Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação - e não apenas aquele objeto do pronunciamento jurisdicional é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservada ou eliminada"*⁴

Ora, se a eficácia contra todos confere à decisão a "força de lei", não se vincula diretamente o Poder Judiciário. O juiz deve sempre observar a lei, mas, quando achá-la inconstitucional, pode não aplicá-la ao caso concreto. Apesar de fazer com que a decisão valha para todos, dá a eficácia *erga omnes* liberdade no sentido de não-vincular diretamente a interpretação. Destarte, não se concordando com o teor do julgado e havendo essa possibilidade fática, dada a não-vinculação direta, a saída para a reafirmação de sua autoridade é o recurso extraordinário. Por

4. Gilmar Ferreira Mendes, *Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da emenda constitucional n. 3, de 1993*, in *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, coordenação de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, p. 104 (grifos nossos).

isso é que, no caso de decisões com tal "*força de lei*" somente, não admite o STF a reclamação, instituto previsto e regulamentado pelos arts. 156 e seguintes do RISTF. que serve para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões. Tal autoridade, repita-se, não é violada, pois a eficácia *erga omnes* isolada dá liberdade a que se tenha interpretação diversa.

A vinculação direta do Poder Judiciário à decisão do Supremo Tribunal Federal se verifica com os efeitos vinculantes. De fato, trazendo estes o trânsito em julgado não-só da parte dispositiva, mas também dos fundamentos determinantes da decisão, extrai-se dela norma abstrata que vai além de seu teor. Aqui, além do dever de observância e aplicação geral de decisão com força de lei, há também o dever de interpretá-la, conforme norma abstrata extraída de decisão do STF. A vinculação, aqui, é direta. Se não se seguir agora a interpretação dada pelo STF, é possível a reclamação, pois, dados os efeitos vinculantes, interpretação diversa da já proferida em ADC é desrespeito à autoridade de sua decisão.

A consequência prática de tais efeitos vinculantes é a impossibilidade de se levar a juízo inconstitucionalidade posterior à decisão afirmativa da constitucionalidade da norma já tomada pelo STF. Fecham-se as portas do Judiciário para um eventual controle posterior difuso.

*"O controle de constitucionalidade pelo critério difuso tem inúmeros defeitos, incluindo efeitos desiguais a litigantes em processos diferentes, mas certamente a aferição da constitucionalidade em face de um caso concreto possibilita um confronto de sentidos, de conteúdos normativos. É tal a importância disso que hoje se reconhece a existência de iter de inconstitucionalização, que consiste no fato de uma lei existente adquirir inconstitucionalidade em face das mudanças constitucionais semânticas"*⁵ Ora, se tal inconstitucionalização ocorrida principalmente em virtude de mudanças econômicas ou sociais. for posterior à decisão afirmativa da constitucionalidade em ADC, como fica a possibilidade de se levar ao Judiciário ameaça ou lesão a direito somente perceptível no caso concreto, no contraste da norma com a Constituição, embasado no mundo fático? É inadmitida, morrendo garantia de *status* constitucional, qual seja o acesso ao Poder Judiciário, sua inafastabilidade, prevista no inciso XXV ao art. 5 da CF

É, pois, inconstitucional a ADC, por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o da inafastabilidade do Poder

5. José Afonso da Silva, ob. cit., p. 61.

Judiciário, todos corolários do devido processo legal. A despeito de se argumentar que a segurança e certeza foram os fins colimados, buscou-se a criação de "arma" de que se pudesse utilizar o Governo contra contestações possíveis a normas que suscitassem dúvidas quanto à sua constitucionalidade, criando-se instituto que põe em dúvida até mesmo a presunção de constitucionalidade das leis. De fato, houve a inversão de tal princípio, fazendo valer o princípio de inconstitucionalidade da lei: pede-se ao STF que declare a constitucionalidade de norma legitimamente produzida. Ora, se sua produção é legítima, deve valer até que o Judiciário diga ser inconstitucional. Pleiteia-se declaração de que a norma seja o que já é por presunção! Criou-se absurdo tão grande, que é cabível a pergunta feita por José Rogério Cruz e Tucci: "*diante da participação no processo legislativo, devendo tanto o Congresso Nacional quanto o presidente da República, no ato de sanção, analisar a constitucionalidade da norma que nasce, têm eles a necessidade de ir a juízo para verem afirmada a sua legitimidade? Não teria tal interesse de agir somente o procurador-geral da República?*"⁶

Tal como se mostra hoje, a ADC é pior que a tão criticada avocatória, prevista no "*pacote de abril*", em pleno regime ditatorial. Como disse o ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto pela inconstitucionalidade do instituto, "*ao menos naquela época ficava a critério do Supremo Tribunal Federal o exercício do crivo sobre a conveniência e oportunidade da avocação, sendo certo ainda que, positiva a deliberação, o processo era deslocado para essa Corte, mantendo-se íntegra a relação processual subjetiva, ficando preservado, destarte, o devido processo legal e ocorrendo, ao final, o julgamento da lide pelo critério da persuasão. Os envolvidos continuavam a desenvolver defesa com a expectativa de um verdadeiro julgamento.*"⁷

Por todo o exposto, é inconstitucional a emenda n. 3, no que tange à ADC, sendo que a declaração de sua constitucionalidade pelo STF trouxe impasse de difícil, senão impossível, resolução.

6. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade, in *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, ob. cit., p. 147.

7. Voto na ADC 1-1.

BIBLIOGRAFIA

- BRASIL, Congresso Nacional. *Apresentação, discussão e tramitação da proposta da emenda constitucional 03/93. Diário do Congresso Nacional*, 19/02/93, v. I e II.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Votos dos srs. ministros na ADC 1-1*. Brasília, 1993.
- CENEVIVA, Walter. *Avocatória e democracia são compatíveis*, in *Folha de S. Paulo*, ed. de 16/12/91.
- CENEVIVA, Walter. *Povo não entende sentenças diferentes para casos iguais*, in *Folha de São Paulo*, ed. de 16/02/92.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed.. São Paulo, Malheiros, 1992.
- JACQUES, Paulino. *As emendas constitucionais n. 7, 8 e 9 explicadas*. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- JOBIM, Nelson. *Parecer n. 27, de 1994-RCF (arts.101 a 103)*. Brasília, Congresso Nacional, 1994.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, in *O Estado de S. Paulo*, ed. de 25/01/1992.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Emenda viola direitos do cidadão*, in *O Estado de S. Paulo*, 01/06/93.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira, coordenadores. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo, Saraiva, 1994.
- REIS, Carlos David S. Aarão. *A avocação de causas pelo STF*, in *Revista de Processo*, n. 62. São Paulo.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed.. São Paulo, Malheiros, 1995.
- ___ *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1964.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro, Forense, 1994.

***CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS
ACADÊMICAS***

HOMENAGEM AO PROFESSOR GERALDO ATALIBA

I - Geraldo Ataliba, publicista maior

Carlos Velloso

Ministro do Supremo Tribunal Federal, presidente do Tribunal Superior Eleitoral e professor titular da Universidade de Brasília

Ao cair da tarde do dia 15 de novembro, quando os brasileiros comemoravam a proclamação da República, morreu Geraldo Ataliba, o moderno doutrinador dos princípios republicanos, autor de *República e Constituição*, livro que Osiris de Azevedo Lopes Filho, em artigo publicado na *Folha de S. Paulo*, 17/11, classificou de "*marco na formação do Estado Democrático de Direito*"

Tal como ocorreu com Tancredo Neves, que pregava a liberdade e morreu no dia 21 de abril, dia consagrado a Tiradentes, a morte de Ataliba lembra a advertência de Shakespeare, posta na boca do príncipe Hamlet, de que há, entre o céu e a terra, mais coisas do que pode perceber nossa vã filosofia.

Com Geraldo Ataliba desaparece um dos maiores publicistas brasileiros, talvez o maior dos últimos tempos, que soube conceituar institutos, até então estudados exclusivamente segundo o direito privado, sob o ponto de vista do direito público, especialmente do direito constitucional, assim nas suas linhas maiores e tendo em vista o critério objetivo. O instituto do direito adquirido, ou da irretroatividade da lei, por exemplo, Ataliba o examinou sob o signo do princípio republicano que, com o princípio do federalismo, exercem no sistema constitucional brasileiro "*função capitular(...), determinando inclusive como deve se interpretar os demais*" (*República e Constituição*, RT, 1985).

Conheci Geraldo Ataliba em 1969. Eu era juiz em Minas, juiz novo e novato. Ele lia algumas sentenças minhas, cujas cópias eu lhe remetia, e as comentava, em cartas que me mandava. Eu o julgava um homem velho - pois àquela época Ataliba já era jurista um homem gordo, cabelos grisalhos. Por indicação de Carvalho Pinto, para quem Ataliba era o jurista que mais entendia de contribuição de melhoria no Brasil, nós o convidamos a proferir conferência em um seminário promovido, em Belo Horizonte, pela UNA.

Fui buscá-lo no aeroporto. Desceram todos os passageiros e não desembarcou um homem idoso, gordo, cabelos grisalhos. Sobrou um jovem, que

depois soube que acabara de completar 30 anos, cabelos negros, bigode fino, pasta na mão. *"O senhor é, por acaso, o professor Geraldo Ataliba?"*, indaguei. A resposta veio firme: *"Por acaso, não, por obra do velho professor Ataliba Nogueira"* Meia hora depois, parecíamos amigos de infância. Éramos jovens. Vinte e sete anos se passaram. A amizade cresceu e se fortaleceu no respeito mútuo, na admiração que sempre nutri pelo jurista e, sobretudo, pelo homem sumamente ético, pelo homem de bem.

Geraldo Ataliba deu grandeza a tudo que fez. Jurista, escreveu centenas de pareceres e doze livros de doutrina, de leitura obrigatória. Professor, ninguém o excedeu nas cátedras que ocupou mediante memoráveis concursos, na PUC-SP e na USP. Mestre de gerações e gerações, deixa um mundo de discípulos nos tribunais, nas academias e nos institutos. Ele foi o líder da Escola Paulista de Direito Tributário. Notável conferencista, com Celso Antônio, seu amigo desde a escola primária, inovou na tribuna: jamais uma conferência pode ser lida e o conferencista deve se comunicar intensamente com o público.

Sua palavra prendia, encantava, eletrizava. Foi assim no Brasil todo, na maioria dos países americanos, em Portugal e na Espanha. Advogado, foi enorme sua contribuição à Justiça. Ataliba, nos tribunais, lembrava Rui: também ele estuchava, destemidamente, da tribuna, na consciência dos juízes, a formidável responsabilidade destes na tarefa de realizar a segurança jurídica, apenas sujeitos à sua ciência e à sua consciência.

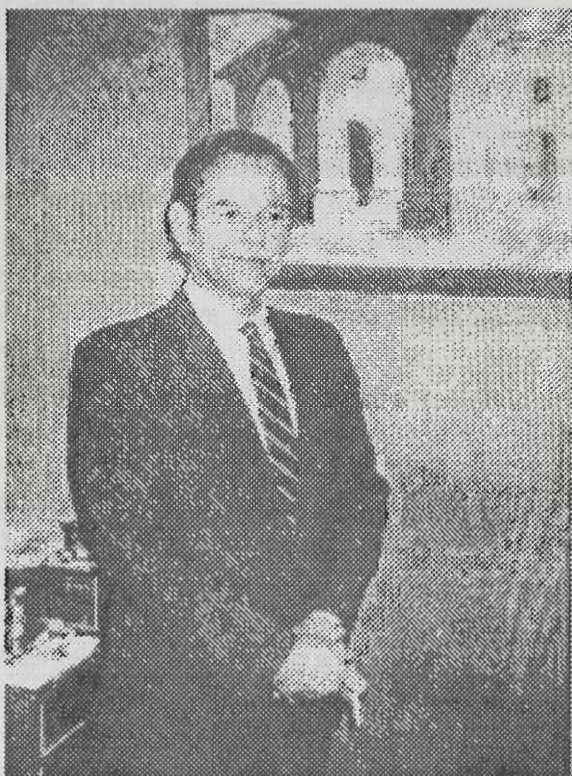
De uma feita, em um julgamento, presenciei Ataliba pedir a palavra para dizer a um juiz que a portaria que este teimava em aplicar simplesmente repetia dispositivo da Constituição. E que era muito mais nobre para um juiz invocar a Constituição, que é um ato da nação, do que invocar uma portaria, ato próprio dos porteiros. Ataliba, aliás, costumava dizer que certos juízes, quando se trata de aplicar portarias e decretos, fazem-no até com certo brilhantismo. Mas se se trata de aplicar a Constituição, esses juízes ficam atemorizados e acabam encontrando modo de não enfrentar o tema constitucional.

Geraldo Ataliba viveu intensamente. Foi grande em tudo que fez, repito. Mas ele tinha tranqüilidade na sua base, na sua família. Por isso, ele muito amava sua mulher, Ana, esposa, amiga, companheira; os seus filhos, Fernando, Eduardo e Mariana; as suas noras, Roseli e Alice; o seu genro Marcos, e o seu último amor, a sua netinha Marina - que os netos constituem o último amor de um homem e de uma mulher.

Ataliba morreu tal como viveu. Em uma de suas últimas conversas, ele disse que no dia em que saísse do hospital haveria uma festa, uma festa muito alegre ou muito triste. Tudo era uma festa na vida de Ataliba. E de Gabriel Garcia Marquez, lembrou a minha filha Ana Flávia, quando velávamos o corpo do nosso amigo, que *"nada parece tanto com uma pessoa quanto a forma de sua morte"*

É de tradição o Supremo Tribunal Federal não prestar homenagens. Ao que sei, o único advogado que a Corte Suprema homenageou foi Rui Barbosa. Pois o Supremo Tribunal Federal, no último dia 16, quando do sepultamento de Geraldo Ataliba, prestou a este a maior das homenagens. Nesse dia o Supremo Tribunal não pode julgar questões constitucionais porque quatro de seus juízes, inclusive o presidente, Sepúlveda Pertence, foram se despedir do amigo, do mestre, do companheiro de idéias.

O Supremo Tribunal, no dia 16, não teve quorum constitucional. Justa e merecida homenagem da Corte Suprema, a quem cabe guardar e proteger a Constituição, a quem mais a amou, respeitou e reverenciou.



Professor Geraldo Ataliba

HOMENAGEM AO PROFESSOR GERALDO ATALIBA

II - Ataliba revolucionou o Direito Tributário

Osiris de Azevedo Lopes Filho

Advogado, professor de Direito Tributário e Financeiro da Universidade de Brasília.
Ex-secretário da Receita Federal, Governo Itamar Franco

Geraldo Ataliba fraquejou na parte em que era mais vulnerável: o coração. Coração generoso, grande, de imensidão tão significativa que o traço marcante das causas que defendeu e das posições que assumiu, foi a paixão.

Nisso fugiu a tradição jurídica brasileira. Os nossos juristas, no geral, são figuras assépticas. Nas suas torres de marfim emitem seus pareceres, defendem seus pontos de vista, postulam direitos, impavidamente. Sem grandes emoções.

Ataliba é o furacão. O empenho, o suor, a dedicação, o engajamento na sustentação de suas teses é impar no panorama jurídico do Brasil, nesta véspera de novo milênio. Ataliba, no seu vigor, na sua feérica atividade era uma dessas forças da natureza, telúrico.

Exímio orador, conferencista imbatível, fazia-se proeminente aonde fosse convidado. Correu o País e o exterior. Era dessas pessoas, cujo cumprimento mais adequado não seria "*como vai?*", mas "*para onde vai?*" tamanha sua mobilidade e disposição de atender aos convites, que permanentemente lhe faziam.

Sua projeção intelectual ultrapassou nossas fronteiras. Tornou-se jurista das Américas, proferindo conferências em congressos internacionais, por todo continente. É o grande nome internacional do Brasil, na área do Direito.

Aqui foi chefe de escola. Os seus cursos de mestrado e de doutorado na PUC, os seus magistérios na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, formaram gerações, abriram caminhos para novas vocações.

Ataliba é o grande publicista dessa metade do século. Direito constitucional, direito tributário, direito administrativo foram os campos em que construiu suas teorias.

O destino quis que sua partida se desse num dia especial: 15 de novembro, data da proclamação da República. Seguidor de Rui Barbosa, Cirne Lima, Seabra Fagundes, difundiu-os, deu-lhes atualidade na vida pública de nossas instituições.

A sua última obra *República e Constituição* é um marco na formação do Estado Democrático de Direito. Contribuição de um verdadeiro cidadão republicano.

República e Federação consistem-se em idéias-força presentes em sua obra e doutrina. A sua jovialidade, a sua agitação permanente, a sua energia, na defesa da Federação, da autonomia dos Estados-membros e dos municípios levaram-me, às vezes, a brincar com ele, nos debates, dizendo "*o federalismo do Geraldo tem suas origens no campo de batalha, da revolução constitucionalista de 1932*". Ele ria, a platéia se deliciava, pois a sua jovialidade, a sua alegria, a sua criatividade jamais poderiam ter presenciado acontecimentos tão distantes. As suas raízes federativas e republicanas eram efetivamente profundas.

A sua obra é permanente. Revolucionou o Direito Tributário pátrio. Num país em que a tecnocracia e a elite governante inverteram a hierarquia das leis, dando valor supremo às portarias e instruções normativas, Ataliba restabeleceu a dignidade e supremacia da Constituição.

Ultimamente estava preocupado com as reformas constitucionais propostas pelo Governo federal. Considerava que muitas das mudanças poderiam ser feitas por meio de leis complementares, explorando-se as potencialidades existentes no texto constitucional. Via com tristeza a tendência de se vulgarizar as alterações constitucionais.

O último Congresso de Direito Tributário que patrocinou em setembro, foi arena vibrante de contestações a esse rolo compressor de reformas antifederativas e de concentração de poder.

Homem da emoção, da paixão, era extremamente amoroso. Marido e pai dedicado. Ana Maria, Dudu, Fernando e Mariana foram os seus esteios familiares e o ponto de apoio, o porto abrigado, nos intervalos das procelas e das batalhas da vida e do Direito. Lealdade, dedicação, amor, esses, os traços de vida familiar e no relacionamento com os amigos.

A sua partida deixa um vácuo no Direito Tributário, embora permaneça a sua obra e haja centenas de continuadores, vai faltar o seu entusiasmo, dinamismo e calor.

Nos amigos, o golpe é terrível. Perdemos o irmão dedicado, atencioso, humano e sensível. O momento é de tristeza e dor e perda e saudade. O pranto é irrecorrível.

HOMENAGEM AO PROFESSOR ODON RAMOS MARANHÃO

O professor Odon Ramos Maranhão nasceu em 23 de março de 1924, na cidade de São Paulo e era filho de Odon Cavalcanti Maranhão e Pacífica Ramos.

Fez o curso de Medicina na Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, bacharelando-se em 1953.

Homem dedicado à família e ao profissionalismo tornou-se em 1963 livre-docente de Medicina Legal na Faculdade de Direito e dez anos depois professor adjunto da mesma cadeira, chegando a titular do Departamento de Medicina Forense em 1981.

Seus livros *Curso Básico de Medicina Legal e Psicologia do Crime* tornaram-se mola-mestra de todo aluno de graduação e pós-graduação e conhecidos em todo o País, tornando o professor conhecido em todas as faculdades de Direito.

O professor Odon Ramos Maranhão, quando solicitado por alunos, funcionários e colegas era excepcional no atendimento, porque se tornou amigo de todos, deixando uma lacuna irreparável nas Arcadas no dia 20 de novembro, uma vez ter sido chamado pelo Pai Celestial.

A seguir, palavras do professor José Maria Marlet:

O professor Odon não foi apenas um excepcional educador; na realidade aliava este raro predicado paralelamente ao de possuir uma personalidade que extrapolava suas qualificações docentes; como colega, amigo, orientador, conselheiro ...

Em pouco menos de vinte anos que manteve contato com esse nobre companheiro, sempre demonstrou boa-vontade ao se lhe apresentar os mais diversos tipos de problemas. Com tranquilidade e proficiência, o professor Odon indicava soluções simples e claras, não apenas no campo da Medicina Forense, considerando que também dominava o mundo do Direito, onde assimilou sua linguagem e, como poucos, sabia relacionar os universos médico, jurídico e psicológico. Como perito da Justiça e como emérito parecerista, elaborou trabalhos de magnífico conteúdo técnico, prodigalizando sua cultura, tanto na sala de aula quanto fora dela.

É difícil exprimir em palavras a emoção e tristeza de estar referindo sobre a morte do professor Odon Maranhão, muito embora ele esteja presente e vivo

em nossas mentes e de todos que tiveram a felicidade de tê-lo como companheiro, como conselheiro e, acima de tudo, como amigo.

Pelo seu espírito profundamente religioso, acredito que o professor Odon deva estar ministrando aulas aos anjos, inspirado por Deus que nos privou de seu convívio para acrescentá-lo à falange de almas que se distinguiram por suas obras e pela nobreza de caráter emoldurado pelo mais cristalino e cristão dos princípios morais que dignificam a espécie humana.



Professor Odon Ramos Maranhão

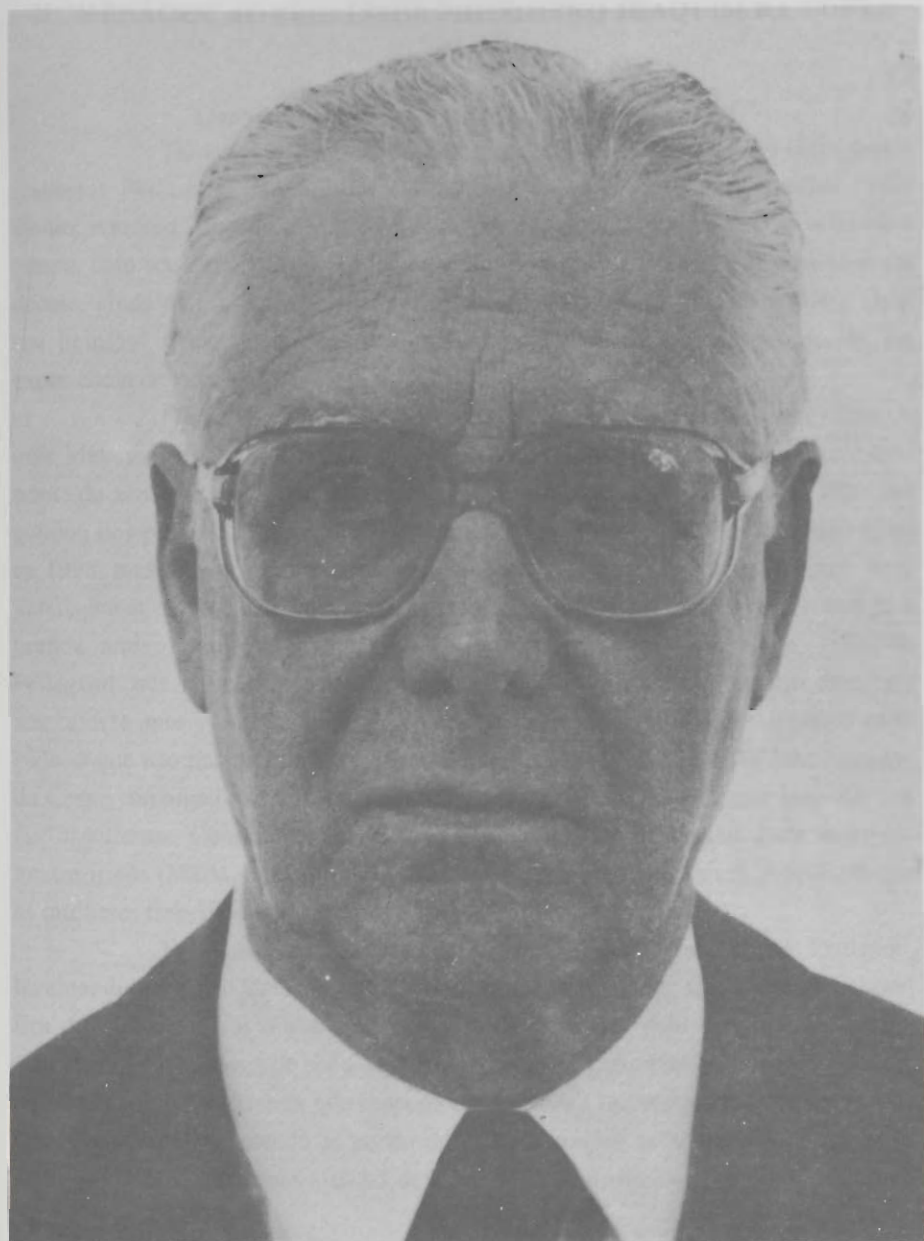
HOMENAGEM AO PROFESSOR LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL

Professor universitário e industrial. Nasceu em São Paulo, em 4 de fevereiro de 1911. Filho de Gastão Vidigal e Maria Amélia de Bueno Vidigal. Fez o curso primário no Ginásio de Nossa Senhora do Carmo; o secundário no Ginásio do Estado da Capital e o superior na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Ciências e Letras; bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais; Doutor em Direito; Técnico de Administração. Foi advogado militante; consultor jurídico da Associação dos Bancos de São Paulo; professor catedrático de Direito Judiciário Civil da Universidade de São Paulo; ao aposentar-se, a Congregação dessa Faculdade conferiu-lhe o título de Professor Emérito. Foi presidente da Cobrasma S.A. e Fornasa S.A., e membro do Conselho de Administração da Confab Industrial S.A. Conquistou o Prêmio Antonio de Godoy, anualmente conferido ao aluno do Ginásio do Estado da Capital que tenha, em todo o curso, obtido as melhores notas; foi, por escolha de seus colegas, orador da turma de 1932 da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; recebeu, em 1942, o Prêmio Instituto dos Advogados de São Paulo (trabalhos jurídicos). Foi em 1941 e 1942 e em 1951 e 1952 do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil. Foi paraninfo dos bacharelados da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo das turmas de 1960, 1963 e 1966. Foi diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no período de 1963/1966. Como diretor da Faculdade de Direito exerceu o cargo de Reitor da Universidade de São Paulo. Foi-lhe outorgada, em 1985, a láurea corporificada na “Medalha João Mangabeira” pela contribuição científica dada ao estudo de madado de segurança.

Livros publicados: *Da Ação Rescisória dos Julgados*; *Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade*; *Direito Processual Civil*; *Do Mandado de Segurança*; *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973* (artigos 485 e 495) editado pela Editora Revista dos Tribunais. Outros trabalhos: *A Federação e a Constitucionalização do País*, (1932); *Sindicalização de empregadores*, (1940); *Do Mandado de Segurança*, (na Coleção de Estudos em honra de F Cernelutti); *Escopo do Processo Civil*; *Existe o Direito de Ação? Conexão de Causas*; *Execução de sentença na pendência dos recursos de revista e extraordinário*; *O processo civil e a reforma constitucional*; *Francisco Campos e a Constituição de 1937*; *Os professores de processo civil da Faculdade de Direito*; *Prechè unificare il Diritto Processuale* (na coletânea de estudos em honra de

Enrico Tullio Liebman, 1978). Incumbiu-se da redação de vários verbetes na *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Incumbiu-se da redação de vários verbetes no *Digesto de Processo* editado pela Universidade Federal de Uberlândia, MG; *Discursos Universitários*.

O professor Luís Eulálio do Bueno Vidigal faleceu em 15 de novembro de 1995.



Professor Luís Eulálio de Bueno Vidígal

HOMENAGEM AO PROFESSOR PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA

– “Quando a vida deixa um corpo, será isso a morte?”

Tantos já se debruçaram sobre esta dúvida, e ninguém ao certo sabe a resposta! *Philomeno Joaquim da Costa*, meu pai e de meus três irmãos Paulo Plínio, Antonio Augusto e Mário Marcos, professor de tantos outros, se voltasse a tempo, com seu amor pela polêmica de velho advogado, também participaria desse debate, ainda que seus temas preferidos fossem pragmáticos, não-filosóficos. Qual sua opinião? Creio que a tenho, a partir de suas palavras e em função de sua experiência de vida.

Philomeno teve um irmão mais velho que faleceu com tenra idade. A mãe *Melania Pinelli da Costa*, de Bolonha, quis evitar novos riscos, prometendo o nome do santo de seu nascimento. Santa *Philomena* de 10 de outubro de 1904 lhe poupou dos piores espinhos ao largo de seus longos 91 anos de vida, até novembro de 1995, mas não de todas as asperezas, as mesmas que forjaram seu caráter. Sem jamais haver perdido o 1º lugar no Grupo Escolar, apesar do esforço de seu colega e grande amigo, também notável advogado deste Foro de São Paulo, *Eduardo Pellegrini*, que na escola seguia brilhante 2º posto, *Philomeno Joaquim da Costa* aos catorze anos viu-se na condição de arrimo de família. Seus pais faleceram mais cedo, o que não nos permitiu conhecer os avós, em especial o capitão *José Joaquim da Costa*, comandante do Corpo de Bombeiros, cuja memória e origem humilde nos faz orgulhosos. Consciente, foi só à luta em pequenos empregos, para sustentar quatro irmãs (*Maria, Adelaide, Rosalina e Sílvia*), porque então era desonroso que as mulheres trabalhassem.

Formou-se contabilista na Escola de Comércio *Álvares Penteado*, levantando o Prêmio *Carvalho de Mendonça* pela sina de ter sido o melhor aluno! Era 1921 quando foi à rua trabalhar com as partidas dobradas de *Frà Lucca*, esforçado guarda-livros de sol a sol. Teve a sorte de encontrar pela frente um mau patrão. Na dialética da vida que abate os mais fracos e incomoda os mais fortes, não tardou a se rebelar, batendo às portas da *velha e sempre nova Academia do Largo de São Francisco*. Em suas arcadas de paz e de luzes formou-se em 1929, advogado de n. 721 da OAB-SP

Mas logo voltou à Casa, premido pelo dever cívico de São Paulo Constitucional. Também deixou a folha dobrada... Escapou de morrer em 1932, trazendo na testa direita o milimétrico raspão de uma bala de fuzil. Participou do

Batalhão 14 de Julho na linha de frente sul (Itapetininga e Itapeva), dormindo no chão, de preferência sobre as lápides e muros de cemitérios protegidos, aonde contava *pisar na terra fosfórica de cadáveres antigos* -- para mim sua estória mais fantástica -- *terra que se iluminava sob as botas úmidas em círculos fosforescentes de renascimento*.

Apenas se casou aos 43 anos, no distante 1947, formando família quase no momento em que todos a tem criada. Yolanda Sá Leite Orcesi, Orcesi da Costa, companheira e mãe, pôs termo às suas energias dispersas, viagens, George V (ou seria Príncipe de Gales), cavalos na Hípica, título do Harmonia e falta de títulos do Corinthians, camarotes no Municipal, Copacabana, Montrachet. Foi ela que desviou seu foco de luz para dentro de uma nova família que continua forte como o patriarca, oito netos, um casal de cada filho. Marido constante, sempre às quartas e sábados cinema ou teatro, depois uma pizza no Gigetto, em julho viagens ("conhecer primeiro o Brasil"). Certa vez me perguntaram: -- "Será ele tão bravo como pai do que como professor?" Como nunca havia pensado demorei-me segundos antes de responder: -- "Ele não é bravo, é justo" Hoje estou certo de que foi modelo de pai, liberal quando tudo caminhava bem, intransigente quando constatava desvio de rota. Como é comum os pais de hoje adotarem o comportamento comodista e relaxado de avós.

Presidente do Sindicato dos Contabilistas, diretor da Revista dos Tribunais aonde aprendeu Direito taquigrafando os votos dos desembargadores (não havia xerox ou computadores), inumeráveis artigos, críticas bibliográficas (de que gostava porque equivalia a estudar), pareceres e comentários. começou advogando num dos melhores escritórios paulistanos, titulado pelo Professor Noé Azevedo. Braço direito do sereno mestre, conta-nos do espírito da década de 50: -- "*Uma vez, precisando complementar o dinheiro para compra da casa da Rua José Getúlio, pedi ao Noé uma quantia*" Ao que lhe respondeu: -- "*Philó, pegue no cofre aquilo de que você precisa*" E mais não indagou, nem foi conferir...

Delegado a diversas conferências, vice-presidente do Instituto dos Advogados, iniciou a lecionar no Mackenzie, depois brevemente na Universidade de Campinas, até a defesa de tese no Largo de São Francisco, em 1956, *Autonomia do Direito Comercial*, tornando-se livre-docente, e quase ao mesmo tempo livre-advogado, montando sua própria banca. Em 1962 assume a tão almejada cátedra de Direito Comercial na Universidade de São Paulo (*Operações da Anônima com as Ações de seu Capital*), recebendo posteriormente o título de professor emérito. É

diretor da Faculdade de Direito e mais adiante, no ano de 1974, reitor da Universidade Mackenzie. Na frutífera década de 80 assume a presidência do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli, desenvolvendo com seus pares profícuo trabalho de fomento e debate jurídico.

Pelas auto-estradas da vida (não era como o rio que desce a colina escolhendo o melhor trajeto) foi modelo de *correção moral e devoção*, à família, à causa do magistério, à advocacia. *Tinha paixão pela Faculdade*, pelo estudo diário, longas horas, para os demais mortos aos sábados e domingos, 50 mil fichas que antecipavam a ordem dos computadores. E tudo com um entusiasmo natural, uma *disciplina inflexível*, inclusive nos esportes, todas as manhãs a natação ainda que gélida, longas caminhadas com Yolanda pela madrugada de uma Paulicéia menos desvairada. Muitos alunos dele guardaram mágoas, por sua dureza na hora das notas, mas era afinal isso que ele sempre quis deixar como exemplo: *força, força-de-vontade, força física e moral*. Tinha o defeito de não compreender a fraqueza, a falta de vontade de vencer... Gostava de citar um pensamento francês: *“il n'y a pas des accommodations au ciel”* (há também a versão positiva), utilizando-a no sentido da necessidade de resolver na Terra as dificuldades.

Forte sim é a palavra que a ele melhor se aplica. Fortaleza. Forte como advogado, típico *battonier* das causas injustas. Nelas se entregava não como o general que investe e recua, que ataca pelos flancos mas se protege, explora e incute, mas diretamente como o cavaleiro das justas medievais de lança em riste, num duelo com a única opção de matar ou morrer. Numa ocasião, um magistrado, na mesa de bar do Jôquei Clube, confessou a dois amigos que daria voto favorável a um cliente de Philomeno Joaquim da Costa. Posteriormente mudou de opinião, proferindo voto a favor do Governo do Estado, que então vencia por 2 a 1. Juiz do Tribunal de Alçada Civil, fora coincidentemente nomeado para o Tribunal de Justiça, aguardando apenas o julgamento dos embargos infringentes para assumir a investidura. Junto aos embargos, Philomeno Costa argüiu a suspeição desse magistrado.

O Plenário lotado, alguns alunos a que havia avisado, platéia espremida. Sustentando oralmente o incidente, Philomeno Joaquim da Costa se colocou obliquamente na Tribuna, encarando na direção do juiz sob suspeição. Era um muro enfrentando a corrupção velada e o poder político desvelado. Palavras naturalmente ásperas, por mais que entremeadas de vênias. Ou faltaram algumas vênias? Talvez, recordo-me apenas de como eram convincentes. A um ponto o juiz

presidente entrevistou com uma advertência, solicitando decoro. Uma resposta, souou a campainha, várias vozes e uma tréplica final:

“-- *Vossa Excelência não me cassará a palavra. É direito do advogado*” gritava da Tribuna, investindo contra o suspeito.

“-- *Ordem no Tribunal*” replicava o juiz, em idêntico tom de voz.

Gritos e sussurros, juízes que intervinham por ter algo a dizer, campainhas e sinos, algo próximo da balbúrdia.

“-- *Está suspensa a sessão*”, interrompeu o presidente.

Após o recesso, o Tribunal retomou a sessão; Philomeno Joaquim da Costa concluiu sua oratória de modo mais calmo. O magistrado recusou a suspeição, historiou sua carreira imaculada, afastou a relação de causa e efeito decorrente de sua investidura no Tribunal de Justiça, alguns de seus pares devem tê-la pensado surpreendente, porém votaram por unanimidade a seu favor, como aliás recomenda o espírito de corpo diante de acusação tão grave. Mas a sorte fora lançada. Naquele mesmo dia, no exame do mérito, na sessão cameral, os grandes juízes Macedo Costa e Evaristo dos Santos votaram contra o rolo compressor do Governo. *Vitória de 3 a 2!* Prevaleceu a independência, mas é razoável imaginar se com menor determinação a causa (e toda uma Universidade) não estaria perdida. O que me surpreendeu na volta daquele dia à casa (ainda morava com os pais) foi uma confissão: “-- *se tivéssemos perdido iríamos a Brasília contra esse juiz suspeito*” Não teria desistido; tinha o corajoso depoimento (aquele do balcão do bar) de uma importante testemunha, professor da Faculdade de Direito, com as mesmas iniciais *PJC*.

“-- *Não me cassem a palavra*” Sim, esta é uma das razões pelas quais acredito que meu pai não recusaria participar do filosófico debate sobre a eternidade da alma. *Quando a vida deixa um corpo, não é a morte*. Mas será que ele responderia ‘não’? Apenas o Investigador do universo poderia saber ao certo. Philomeno Costa, ateu por convicção, ainda que cristão por comportamento, era positivista, confiante em si, não pensava na eternidade. Terá ele nos seus últimos e poucos sofridos dias, encontrado para a orfandade da dor o alívio da prece? *Aliás, quantas formas de prece não conhece o Criador?*

Preferia registrar aqui o não, mas Philomeno Joaquim da Costa teria respondido sim. Talvez me critique a mãe católica por não atenuar a versão final, interpretar um gesto qualquer para direta sagração, ante o risco das trevas. É possível e nem seria menos nobre admitir, porque não penso que a humildade e o

reconhecimento sejam virtudes menores. Contudo, prefiro não cometer o equívoco de especular com sua personalidade e memória. Creio sinceramente que Philomeno Joaquim da Costa não abdicou de suas convicções, até porque teria argumentos valiosos em favor de seu comportamento moral, exemplo e obra, bem ao contrário dos cristãos que perante o *cali-se* da morte, tudo esperam resolver à undécima hora.

Não há mal algum nessa verdade. Mestre, gostava da ousadia e da divergência, quando o interlocutor sabia se impor. Portanto, dele hoje discordo, eu que tanto me identifico com ele, que tanto brigamos e sempre continuamos juntos. E por quê não, um filho deve saber quando divergir do pai. Também sou advogado e com ele aprendi a não perder a independência e a não deixar me cassarem a palavra. Penso que *não*, que *quando a vida deixa um corpo NÃO é a morte*. Nem me refiro apenas aos livros, às lições, à memória, à família reunida, aos quatro filhos-homens que ele se orgulhava de mostrar, erguendo da liça o escudo que só o tempo implacável lhe poderia derrubar.

Refiro-me sim à penetrabilidade através da morte. Prefiro acreditar, ainda que só por fé, no encontro temporal, minha mãe a se reunir com ele além de nosso irrelevante firmamento, almas gêmeas a comprovar o ditado de que os opostos se atraem, e mesmo eu, mais adiante, sem pressa porque o tempo é infinito. Satisfeito de o reconhecer numa Tribuna, em pé, com sua velha têmpera, depois de tanto tempo como se nada de anormal houvesse acontecido... “*isso não é nada*” Quase posso ver como uma daquelas *eternas luzes fosforescentes dos cemitérios de barro de 32, esvoaçando e renascendo em direção a outros ambientes inimagináveis*, a comprovar que não era mesmo a morte, dele discordando mais uma vez no gesto excessivamente emocional, para afinal *estreitá-lo num forte abraço*.

Carlos Celso Orcesi da Costa



Professor Philomeno Joaquim da Costa

PANEGÍRICO DE NICOLAU NAZO
(Oração oficial de seu Centenário comemorado na Faculdade de Direito do
Largo de São Francisco)

Rubens Limongi França

Professor honorário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Como soe acontecer, por entre as curvas acolhedoras destas vetustas arcadas, para as quais convergem as mais refinadas vibrações que as fazem como misto de lar, mosteiro e campanário - voltam os seus claustros e os seus salões a recolherem-se em si mesmo, numa reverente contrição, em homenagem a um dos mais ilustres dos seus filhos, o saudoso Professor Nicolau Nazo, cujo centenário hoje se comemora.

Lar - a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, foi a casa espiritual do mestre, nos dias da adolescência e na primeira juventude, onde privou e cresceu, ora como colega, ora como aluno, em companhia de espíritos de escol, do coturno de Antônio Alcântara Machado, Francisco Patti, Menotti del Picchia e Vicente Ráo, tendo merecido do primeiro, ao lado dos demais, todos inspiradores dos "Gaetaninhos" - os filhos bem-sucedidos de imigrantes italianos, a dedicatória do esplêndido livro *Braz, Bexiga de Barra Funda*, incomparável crônica da *belle époque* da já então *Paulicéia Desvairada*.

Mosteiro - aqui cumpriu o noviciado de sua formação na sacrossanta religião do Direito e da Justiça e sem deixar de participar, de modo um tanto retraído, das tropelias da vida acadêmica, aprendeu a tirar de dentro de si mesmo a múltipla riqueza de sua personalidade privilegiada, na qual o Criador imprimira o dom de todas as virtudes e atributos, em meio aos quais realçam desde logo a bondade, a paciência, a benevolência, moldura e fundo de outras tantas grandezas, como a inteligência arguta, a memória prodigiosa e a tenacidade inquebrantável.

Campanário - foi dos zimbórios espirituais desta Casa que, recém-formado, partiu para o exercício de uma tríplice atividade jurídica, a saber, de advogado, de escritor e de professor, sendo absolutamente impossível discernir em qual dessas perspectivas terá sido mais brilhante e mais completo pois, em todos esses campos, se tornou magistral exemplo.

Não fui eu companheiro ou auxiliar de escritório mas, incidentalmente, no início de minha advocacia, do mestre ouvi muitos conselhos

úteis, devendo consignar que fui seu aluno no Instituto de Direito Social e seu assistente nestas Arcadas, onde ingressei por sua mão, no que contei ainda com o apoio irrestrito do então Diretor Professor Luís Eulálio de Bueno Vidigal, também de saudosíssima memória.

Tão privilegiada situação possibilitou-me a dádiva de conhecê-lo muito de perto, além do que era recebido em seu lar com o afeto que se dispensa a um verdadeiro filho. E aí devo dizer que não menor era a generosidade de sua incomparável consorte, D. Georgette Nacarato Nazo, companheira, colaboradora e incentivadora de todas as horas, bem assim de suas filhas muito especiais, na graça e no talento, nitidamente peninsulares, a Getinha e a Nanette.

Como esta relação quase paterno-filial começou pelos inícios de 1946, pude acompanhar a fase mais brilhante de sua carreira, ao longo dos cinco lustros finais de existência larga e profícua.

No Instituto de Direito Social do qual, ao lado de outros homens excepcionais, como Agnaldo Miranda Simões, Ruy Sodré, Cesarino Júnior e João Scantinburgo, foi um dos fundadores tive a graça de lhe ouvir aulas na disciplina de Economia Social.

Coincidindo com as de Economia Política da Faculdade Paulista de Direito, ministradas por meu tio e mestre João Papaterra Limongi, de ambos auferia a infra-estrutura sócio-econômica e humanística de minha formação em Direito Civil.

Na década de 50, eu já era bacharel e acompanhei de longe a brilhante ascensão universitária do mestre, ao fazer os concursos de Livre-Docência de Direito Internacional Privado nestas Arcadas, de cátedra da mesma matéria na Universidade Católica e de Livre-Docência de Introdução à Ciência do Direito, outra vez no Largo de São Francisco, embates esses nos quais brindou a Ciência Jurídica com obras de grande originalidade, especialmente, neste último ensejo, quando apresentou a tese *Princípios Gerais de Direito*.

A essa altura, não obstante, desde 1952, estar exercendo a função de assistente de João Papaterra Limongi, o qual vim a suceder interinamente, 1961, na cátedra de Economia Política, eu começara a preparar por conta própria as minhas *Instituições de Direito Civil*, de cujos capítulos iniciais saiu da tese doutoral *Do Nome Civil das Pessoas Naturais*, defendida em 1959.

O mestre Nicolau Nazo e este seu discípulo, embora estivéssemos também cuidando de outras matérias, amávamos ambos de modo especial o Direito

Civil, de tal forma que, quando alcançou a cátedra nas Arcadas, em 1960, com a tese sobre a *Decadência*, logo depois me convidou para ser assistente na mencionada disciplina.

Assim, em 1963, como homenagem ao sábio cicerone nos difíceis caminhos do Largo de São Francisco, tomei para tema de minha Livre-Docência os mesmos *Princípios Gerais de Direito*, os quais dediquei expressamente ao querido mestre e amigo.

Dois anos depois ele se aposentava pela compulsória, ocasião em que, por ato do Magnífico Reitor, fui nomeado catedrático-substituto, em sua honrosa sucessão na curul da Egrégia Congregação, de onde fui deslocado após três anos, para só retornar passadas outras duas décadas.

Entretanto, a aposentadoria de Nicolau Nazo não o afastou do magistério, que continuou exercendo na Universidade Católica nem da advocacia, já como consultor jurídico dos mais eruditos, já como militante do fórum onde tinha por lema irretorquível uma frase que sempre lhe ouvi de viva voz: “*Advogar é provar*”

Estas breves pinceladas são apenas a visão impressionista do esplêndido clarão dessa figura humana que orna o Panteão das nossas Arcadas, em meio a cujos *Maiores* emerge em posição exponencial.

E ao me permitir, reverente e contrito, aquinhoar a luciluzência desta incomparável galáxia do saber jurídico, peço vênias para ponderar que, entre os muitos caracteres que a engrandecem, há aqueles que, como Soares de Melo, se celebrizaram pela palavra, outros, como João Mendes Júnior, pela obra; outros ainda, como Spencer Vampré, pelo fascínio que exercia sobre os discípulos.

E averiguo com filial alegria que Nicolau Nazo se encastra com facilidade em qualquer dessas constelações.

Pela palavra, suave-firme e carinhosa foi o guia dedicado, cioso de seus discípulos.

Pelas múltiplas facetas do seu saber jurídico, legou obras que são marcas na história das disciplinas de que tratou e em que foi concursado com grande distinção.

Finalmente, pela bondade, pela paciência e pelo exemplo, foi como um ser transfigurado, com a aura esplêndida do carisma verdadeiramente cármico das pessoas vocacionadas, que por este mundo passaram, como que na última fase da metamorfose do Homem para o Santo.

Guia, sábio, nune, que das celestiais paragens onde certamente habita, com a sua ternura, com a sua presença, com as suas luzes, continue velando por nós e por nossa Faculdade velha e sempre nova, para que ao longo do ímpar destino histórico, na respeitável vetustez - continue cada vez mais sábia; e, na perene juventude, cada vez deslumbrante em seus vanguardeiros ideais.

CENTENÁRIO DE NASCIMENTO DO PROFESSOR EMÉRITO NICOLAU NAZO, COMEMORADO NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, AOS 11 DE SETEMBRO DE 1995.

Discurso de Agradecimento da Família Nazo, proferido pela Professora Doutora Georgette Nacarato Nazo.

Excelentíssimo Senhor Professor Álvaro Villaça Azevedo, DD Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: na pessoa de Vossa Excelência externo nossos agradecimentos aos docentes, aos ex-alunos de meu pai aqui e de outras instituições - e aos funcionários desta Casa dos mais antigos aos mais novos - pela consideração que sempre demonstraram a nossa família; Excelentíssimo Senhor Dr. José de Oliveira Messina, meu Presidente na Diretoria da Academia Paulista de Direito; Excelentíssimo Senhor Dr. Domingos Lerário, meu Presidente na Diretoria da Sociedade Amigos da Marinha - Soamar-SP; Excelentíssima Senhora Dra. Regina Hecht, minha Presidente na Diretoria da União Cívica Feminina de São Paulo; meu estimado amigo e sempre Mestre, agora meu confrade, na Academia Paulista de Direito, Professor Dr. Antonio Chaves; amigos, colegas aqui presentes e aqueles que justificaram suas ausências; caro colega, amigo e irmão, Professor Dr. Rubens Limongi França.

Não preparei um discurso, pois queria fruir este momento especial na companhia de meus filhos Anubis e Áulio e de minha nora Maria Thereza, ouvindo o que Limongi França iria lembrar. Fê-lo com a habitual maestria. Surpreenderam-me, também, as palavras de carinho e respeito com que nosso Diretor Álvaro Villaça iniciou os trabalhos desta sessão, que eu pretendia fosse simples, como simples o foi, o homenageado.

Mas, eu não poderia deixar de comemorar a data de hoje. Era forçoso preservar-se a memória daqueles que deram uma contribuição profunda à cultura do País.

Seria de todo inoportuno descer a outras tantas considerações quanto à vida do homenageado, pois, como meu Patrono na Cadeira n. 55 da Academia Paulista de Direito, que hoje ocupo, tive de fazer seu elogio, perquerindo as raízes

de nossa família, abordando as inúmeras atividades de paizinho: no jornalismo, nas letras, nas artes, na advocacia e no magistério superior. Todos esses ângulos foram examinados e se encontram na publicação feita na *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, no ano de 1988, fascículo n. 45, sob o título: “*Nicolau Nazo: o retrato de um humanista*”

Somente pela circunstância de alguns dos presentes não terem tido a possibilidade de conhecê-lo mais de perto, nem puderam conviver no recesso de nosso lar, é que farei algumas outras referências.

Como bem salientou Limongi França, havia muita compreensão, alegria e atenção em nossa casa, porque meu pai teve a seu lado, a grande musa, companheira dedicada e incentivadora que foi minha mãe. É impossível falar de um, sem referência ao outro, tal a união e o amor existente entre ambos e aquela cumplicidade própria a um casal.

E faço aqui duas pequenas confissões: da mesma forma como - ainda criança - ficava perturbada com a presença de Tulio Ascarelli, durante largo período, diurnamente em nossa casa, e que só bem mais tarde compreendi que meu pai fizera a tradução para o vernáculo de algumas obras daquele jurista italiano; outra perturbação maior veio a ocorrer com os constantes diálogos que paizinho manteve com Limongi França, numa fase em que ele e eu estávamos iniciando nossa vida profissional. De Limongi cheguei a sentir um ciúme bobo, pois eram tantas as atenções para ele, uma vez ser considerado um verdadeiro filho-varão para meu pai o que me causava um certo mal-estar. No entanto, era explicável o posicionamento adotado por meu pai: Limongi era um estudioso do Direito que aspirava ao magistério; eu, estudava, mas queria ser, exclusivamente, uma boa advogada. Sempre amei esta profissão, pois lhe dera prioridade sobre o canto lírico e a música, aos poucos relegados a segundo plano...

Todavia, graças ao mesmo Luiz Eulálio de Bueno Vidigal que trouxera Limongi para lecionar, nesta Faculdade, no início da década de sessenta, afastando-se, posteriormente - como ele acabou de dizer - para só retornar bem mais tarde, fui então contratada como assistente de Direito Civil, em 1965, por indicação de Vidigal, à época Diretor da Casa.

E ... a advogada precisou curvar-se ao início de um magistério, a adestrar-se num pós-graduação, teses, compromissos, envolvimento que não estavam em seus projetos iniciais de ser uma boa profissional do Direito.

Prezados amigos: depois das palavras do orador oficial desta cerimônia, só gostaria de aduzir que Nicolau Nazo, além de ter ministrado

Economia Social nos cursos do Sesi e do Instituto de Direito Social, onde Limongi foi seu aluno, lecionou na Faculdade de Economia da USP e nos cursos de Jornalismo da “Cásper Líbero”, onde foi Vice-Diretor, introduziu e regeu as disciplinas de Técnica da Imprensa e Psicologia Social, numa época em que não se cogitava que a Psicologia viesse, um dia, a ter um curso próprio.

Se meu pai conseguiu, com sacrifícios, ultrapassar as dificuldades que todos enfrentamos no dia a dia, e encontrou em minha mãe o apoio amoroso e compreensivo, ambos conseguiram transmitir às filhas e, depois, aos netos, um exemplo inestimável. Eles nos legaram valores, valores morais nem sempre encontrados nos dias que correm. Ensinaram-nos o respeito à hierarquia, o destemor em assumir responsabilidade, para que se possa ter, ao menos, a sensação do dever cumprido e bem cumprido.

Juntos souberam educar os filhos, iniciando-lhes a alfabetização e lhes favorecendo oportunidades para o futuro, dando-lhes liberdade de opções. Repetiram, com os netos - numa fase complicada de minha vida - o que haviam feito com a primeira geração.

Tenho certeza de que, de onde estiverem, estarão felizes com a cerimônia de hoje. E a maneira de agradecermos - eu e meus filhos - a todos que dela participam é pedindo a eles - a meu pai e minha mãe - que nos abençoem, indistintamente, pelo gesto de solidariedade cristã que a família Nazo recebeu neste plenário. Muito Obrigada.



Professor Nicolau Nazo

DISCURSOS E CONFERÊNCIAS

**DISCURSO DA PROFESSORA ADA PELLEGRINI GRINOVER AOS
BACHARELANDOS EM DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
164ª TURMA - 1995**

Meus caros afilhados:

A lembrança de meu nome para figurar como patrona da turma de bacharelandos de 1995 da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo não representa apenas uma honra e uma satisfação, mas significa também a outorga de uma recompensa -- maior do que todas -- para quem faz do ensino do Direito um apostolado.

Sim, porque penso que a escolha de meu nome demonstra que o ensino do Direito que lhes foi ministrado não se restringiu à transmissão de conhecimentos técnico-jurídicos, numa visão puramente dogmática, mas, transcendendo a ela, compreendeu a formação sócio-política, igualmente indispensável na moldagem da consciência do operador jurídico.

O profissional competente do Direito não pode abrir mão de uma séria preparação técnico-jurídica, quaisquer que sejam as atividades que vai desempenhar. Menosprezar a dimensão técnica do Direito é formidável equívoco, pois qualquer ciência demanda e se serve de instrumentos técnicos. Se é certo que o tecnicismo exacerbado esteriliza o Direito, é igualmente certo que o Direito sem técnica é reduzido ao diletantismo, quando não a charlatanismo. É o que deixou escrito José Carlos Barbosa Moreira, em discurso proferido no Instituto dos Advogados Brasileiros, ao agradecer a outorga da Medalha Teixeira de Freitas.

Mas a técnica tem função ancilar e deve estar a serviço das finalidades que o Direito se propõe a alcançar: finalidades jurídicas, sim, mas também sociais e políticas. Por isso o operador do Direito não pode prescindir da formação sócio-política, que lhe consinta visão mais ampla e sensibilidade para a participação ativa no processo social, globalmente entendido.

Para além da técnica jurídica -- sempre necessária --, o profissional do Direito deve estar preparado para apreender os problemas contemporâneos, em constante evolução e tratá-los como verdadeiro engenheiro social, substituindo o antigo casuístico, preocupado quase que exclusivamente com as atividades forenses e limitado ao estreito círculo do desempenho técnico (Antônio Carlos de Araujo Cintra, *Outline on legal education in Brazil*, Perugia, p. 284, 1975).

Essa segunda faceta da atuação do operador do Direito é igualmente dispensável, quaisquer que sejam as atividades que vai desempenhar. Lembrem-se, meus caros afilhados, que toda decisão jurídica significa uma escolha ideológica e valorativa e tem, conseqüentemente, implicações políticas. Fugam da idéia de juristas neutros, os quais costumam esconder, sob este rótulo, pessoas surdas aos anseios da sociedade, não comprometidas com os objetivos sociais e políticos do Direito e que se transformam freqüentemente em instrumentos dóceis do poder. O jurista neutro não existe. O verdadeiro jurista estará sempre comprometido com seus ideais e estes devem refletir as aspirações da própria sociedade.

A sociedade brasileira, em profunda transformação, demanda operadores jurídicos que sejam, ao mesmo tempo, técnicos e críticos. O saber técnico é fundamental para um profissional competente. Mas o espírito crítico é fundamental para que a norma jurídica, devidamente valorada, seja aplicada ao substrato social. Busquem sempre no Direito a tridimensionalidade cara ao mestre Miguel Reale: vivifiquem a norma, para operar sua adaptação aos fatos, dentro dos princípios éticos e axiológicos.

Isso é fundamental para qualquer das carreiras jurídicas que abraçarão.

Certamente um grande número dos que hoje colam grau se dirigirá para as carreiras da Magistratura, do Ministério Público, de Delegado de Polícia, da Advocacia Pública, das Defensorias. Para esses profissionais, é imprescindível, ao lado dos conhecimentos técnicos, uma consciência social.

Como juízes, deverão interpretar os textos legais à luz dos grandes princípios e das aspirações da sociedade. O juiz indiferente às escolhas axiológicas e apegado a um exagerado literalismo tende a ser um magistrado injusto, tratando os casos sem atentar às suas peculiaridades, na ingênua crença de ser fiel à lei. Como disse Cândido Dinamarco (*A instrumentalidade do Direito*, n. 28.3, 1987), o juiz moderno deve compreender que só lhe se exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes, recusando-se a estabelecer distinção em razão das pessoas ou de suas preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença. Deve ele atuar como autêntico canal entre a sociedade e o mundo jurídico.

Mas lembrem-se, também, futuros magistrados, que não pertence ao juiz a avaliação do bem ou do mal das disposições com que a nação pretende estabelecer critérios para a vida em comum. O clima de legalidade ditado constitucionalmente no Estado de Direito repele sentenças *contra legem*. A sujeição

do juiz à lei, que não se traduz em culto servil às suas palavras, impede a livre invenção jurídica, que põe por terra o imperativo axiológico da segurança jurídica. Cabe-lhe, isso sim, fazer a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante ao texto legal, encaminhando-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça. Somente em casos taratológicos, quando se crie um valo muito profundo e insuperável entre o texto da lei e os sentimentos da nação, a lei perde legitimidade, criando-se o clima para a legitimação de sentenças que se afastem do que ela em sua criação veio ditar.

Para o promotor de Justiça servem os mesmos princípios de combinação da boa-técnica com o espírito crítico. Também ele deverá atentar para os casos em que o envelhecimento da lei torne obsoleto o seu sentido gramatical e indispensável à descoberta de outros significados, compatíveis com as atuais exigências axiológicas. Tanto no campo penal, quanto no campo civil -- onde avultam suas funções institucionais de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais -- o promotor de Justiça deverá, com sua sensibilidade, buscar no sistema do Direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso concreto.

O mesmo afirmo para os futuros delegados, que devem aliar aos conhecimentos técnicos o respeito à legalidade e aos valores axiológicos que, mais do que nunca, devem guiar as instâncias de repressão penal, na plena observância dos direitos dos suspeitos e acusados. Somente assim poderemos ter uma polícia de primeiro mundo, capaz, sob o aspecto técnico, de prevenir e investigar os crimes, em tempos de clamor público contra a violência urbana e o clima de insegurança; mas, ao mesmo tempo, consciente da necessidade de pautar-se por critérios éticos rigorosos e insuprimíveis.

O advogado público, que serve ao Estado, em sua dimensão permanente, e não aos governos contingentes e provisórios, deverá orientar o administrador para escolhas políticas que preservem o princípio da legalidade, impessoalidade e moralidade e fornecer-lhe o instrumental jurídico adequado para atingir seus escopos legítimos.

Como defensores públicos, comprometidos com o acesso à Justiça e com a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, terão a importante missão de contribuir para a diminuição dos obstáculos que se antepõem entre o povo e a Justiça, necessitando para tanto de toda sua sensibilidade social, aliada à competência profissional.

Mas mesmo os que seguirem os caminhos da advocacia -- seja como profissionais liberais, seja como contratados --, mesmo esses não poderão dispensar a conjugação harmoniosa da vertente técnica com a visão crítica do Direito.

O advogado que se dedique exclusivamente às lides forenses não poderá satisfazer-se com o conhecimento técnico-jurídico, quando se defrontar, por exemplo, com causas que envolvam questões de terras, que demandam a compreensão dos conflitos entre propriedade e apossamentos; ou quando se trate de processos trabalhistas, a exigirem o conhecimento das relações entre capital e trabalho; ou quando deparar com lides envolvendo o riquíssimo substrato social das relações de consumo; ou, ainda, quando tiver que ajuizar uma demanda coletiva, em defesa dos novos interesses e direitos metaindividuais que, por se enquadrarem nos conflitos de massa, implicam sempre um tratamento político. Sem falar nas hipóteses em que o Direito positivo não dá resposta aos novos conflitos: pensem nas causas atinentes à informática, ao *leasing*, aos contratos mistos atinentes aos apart-hotéis, quando o advogado deverá buscar solução no ordenamento jurídico como um todo, incluindo seu substrato sociológico.

Por seu turno, o jurista atento apenas às instâncias sócio-políticas, não estará apto, sem a correta aplicação da técnica, a operar as transformações sociais que pretende. Alguns dos presentes atuarão, por certo, no campo legislativo, como políticos ou assessores. Ora, foi exatamente à falta de técnica jurídica que levou a tantos equívocos na formulação da legislação ordinária, como aconteceu com inúmeras medidas provisórias, com a lei dos crimes hediondos, com a lei do colarinho branco. Em contrapartida, foi o profundo conhecimento da técnica que permitiu que se atingissem as finalidades sócio-políticas visadas em diplomas como a Parte Geral do Código Penal, a Lei das Pequenas Causas Cíveis e Penais, a Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a própria reforma do Código de Processo Civil. E será novamente a boa-técnica que permitirá ao jurista a elaboração de uma legislação infraconstitucional adequada, no campo, por exemplo, do Mandado de Segurança Coletivo, do Mandado de Injunção, das interceptações telefônicas, do Código Ambiental, da revisão de outros Códigos, do Juízo arbitral.

E mais: ainda surge na sociedade contemporânea, a necessidade de o operador do Direito, em qualquer das suas funções, estar preparado para atuar frequentemente como mediador de conflitos. Revitalizam-se, modernamente, as vias conciliativas, como atividade preparatória, cuja finalidade é a autocomposição. O

enfoque da conciliação, como procedimento institucionalizado para evitar ou encurtar o processo, dá ênfase à consideração da conciliação como atividade utilizada no quadro da política judiciária, para obstar à crise da administração da Justiça. E o promotor, o advogado, o defensor devem estar preparados para funcionar como conciliadores, utilizando as técnicas típicas da mediação para atingir o objetivo maior de pacificação social.

Também o juiz freqüentemente deverá agir mais como mediador de conflitos do que como seu árbitro. Pensem na tentativa de conciliação endoprocessual, posterior à instauração do processo, que tantos benefícios pode trazer às partes e à administração da Justiça; e pensem em certos conflitos de natureza sociológica -- como o são, por excelência, os agrários --, em que a sentença autoritativa do juiz não solucionará o conflito social, que deve por ele ser mediado e pacificado, para além dos estreitos limites da demanda jurídica, para a justa solução da controvérsia.

Estas são as tarefas que os esperam, meus caros afilhados. E tenho certeza que saberão delas desincumbir-se, com seus conhecimentos técnicos e sua sensibilidade sócio-política, honrando a Faculdade que os preparou adequadamente para elas e ocupando o espaço que lhes cabe em uma sociedade em transformação.

Felicidades colegas. A vida os espera.

São Paulo, 12 de dezembro de 1995

A PROBLEMÁTICA DA ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA: VAMOS PERDER AS 200 MILHAS?*

Vicente Marotta Rangel

Professor Catedrático aposentado Faculdade de Direito da USP

Da análise do tema que me é consignado, infere-se que a interrogação nele inserida fica na dependência das premissas que se estabeleçam sobre a denominada "problemática da zona econômica exclusiva". Quanto ao conteúdo mesmo da pergunta, parece-nos comportar diferentes interpretações, de modo que a resposta pertinente há de resultar da opção por uma dessas interpretações, como se dirá a seguir.

2. Ainda com relação ao tema proposto, cabe precisar, que a faixa das duzentas milhas paralela ao litoral do Estado costeiro não abrange, como se sabe, a área da zona econômica exclusiva senão também a área do mar territorial desse mesmo Estado. Pode-se também nela inserir-se a zona contígua, assim como a plataforma continental. Pode-se compreender, todavia, se haja feito referência somente à zona econômica exclusiva e a sua problemática. É que a noção, a natureza e o regime do mar territorial são tradicionais, configurados desde a Idade Média, sedimentados em doutrina e prática até hoje, em grande parte preservados. Embora de origens menos remotas, pois derivam respectivamente de 1930 a de 1945, a zona contígua e a plataforma continental possuem regulamentação suficientemente aclarada. O mesmo não se poderia dizer da zona econômica exclusiva, cuja noção, natureza e regime poderiam demandar ainda maior precisão, em grande parte por terem sido definidos em época bastante recente, mais precisamente na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, assinada a 10 de dezembro de 1982 e posta em vigor a 16 de novembro do ano passado.

3. Remonta, pelo menos, ao século XIII a distinção clássica entre dois espaços marítimos: o alto-mar, de um lado, coisa comum a todos os Estados, segundo ficou assentado no curso do século XVII, regido em grande parte pelo princípio da liberdade dos mares; e de outro lado, o mar territorial, considerado como parte integrante do território do Estado costeiro a cuja soberania se encontra

* Conferência proferida a convite da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, em julho de 1995, em São Luís do Maranhão.

sujeito, soberania essa limitada apenas pelo reconhecimento, mediante a observância de determinadas condições, do direito de passagem inocente de navios estrangeiros. Quanto ao mar territorial, apenas uma dúvida tinha subsistido ao longo dos séculos, a concernente à determinação de sua largura, controversia essa que o tratado recente das Nações Unidas sobre o direito do mar dirimiu ao estipular ser essa largura de doze milhas marítimas.

4. Tal dúvida esteve intimamente associada com o chamado processo de revisão do direito do mar, que foi desencadeado, logo após o término da Segunda Grande Guerra, pelas proclamações do presidente Harry Truman, dos Estados Unidos, datadas de 28 de agosto de 1945, sobre recursos naturais da plataforma continental e sobre zonas de conservação dos recursos marinhos em certas áreas do alto-mar adjacentes ao mar territorial. A inovação dessas proclamações, sobretudo a primeira delas, constitui em modificar a delimitação tradicional entre mar territorial e alto-mar, que se fazia não apenas em relação às águas marítimas senão também em relação ao solo e subsolo cobertos por essas águas. A noção jurídica de plataforma continental passou a significar que o território terrestre do Estado costeiro poderia estender-se além do território marítimo desse mesmo Estado.

5. Segundo as proclamações do presidente Truman, o regime da plataforma continental, cuja fronteira interior deveria coincidir com o término do mar territorial, não importaria em modificação do regime de águas a essa plataforma superjacentes. A tal modelo ajustaram-se vários Estados, inclusive o Brasil, nos termos do Decreto n. 28.840, de 08 de novembro de 1950. Alguns Estados da América Latina, manifestando inconformidade com essa diretriz, passavam a referir-se a uma distância de duzentas milhas marítimas, prioridade reconhecida à Declaração do Chile, anunciada apenas dois anos posteriores à Declaração dos Estados Unidos. Tal distância na área do Pacífico Sul (Peru, Equador, Chile), significava uma forma de compensação da carência de plataforma continental geográfica ou geológica, enquanto na área do Atlântico Sul (Argentina e Uruguai) indicava, com o nome então mais divulgado de mar epicontinental, a dimensão aproximada alcançada pelas águas superjacentes à plataforma continental.

Sem que esse fosse o propósito almejado, as proclamações estadunidenses acabaram provocando uma verdadeira revolução nas normas clássicas do direito do mar, a qual se acentuou com o progresso tecnológico e a incidência de diferentes fatores: econômico, geológico, estratégico-militar, científico e político. Exemplo de oposição a essas normas, foi a Declaração-conjunta sobre

Zona Marítima, subscrita em 1952 pelo Chile, Equador e Peru, a qual afirmava jurisdição desses Estados sobre essa Zona, cuja largura se estimava em duzentas milhas, mas cuja natureza permanecia indefinida.

6. Na primeira Conferência das Nações Unidas sobre o direito do mar (Genebra, 1958) celebraram-se quatro convenções internacionais. Nela não houve êxito na determinação da largura do mar territorial e na determinação da extensão e da natureza de zonas de pesca adjacentes ao litoral do Estado costeiro. Malogrou também, nesses tópicos, a segunda Conferência (Genebra, 1960). A vinculação a essas convenções importava, todavia, em renúncia à ampliação da largura do mar territorial além de doze milhas marítimas. Outrossim, sem estabelecer determinação precisa de fronteira exterior de plataforma continental, a convenção respectiva ensejava a apropriação gradual dos recursos dos fundos oceânicos por parte dos países tecnologicamente desenvolvidos. Cresceu, por outro lado, o número de Estados que se tornaram independentes a partir da década de 60 e que se consideravam desvinculados das convenções de Genebra de 1958. Temia-se, ademais, a utilização dos fundos oceânicos para fins militares. As legislações dos Estados se revelavam discrepantes entre si, assim como em relação às normas internacionais marítimas. Tais foram motivos que determinaram a convocação da terceira Conferência das Nações Unidas sobre o direito do mar que, após negociações intensivas durante nove anos (1973-1982), aprovou a Convenção de Montego Bay, atualmente em vigor.

7. Quanto à problemática da zona econômica exclusiva, cabe notar que, no curso da Conferência, configuravam-se diferentes grupos de Estados. Havia os negadores de jurisdição do Estado costeiro sobre recursos naturais das águas situadas além-do-mar territorial, cuja extensão máxima admitida seria de doze milhas. Esse primeiro grupo abrangia cerca de 60 Estados e dele faziam parte Estados mediterrâneos (28), Estados costeiros de mares fechados ou semifechados (26), além de alguns poucos Estados propriamente costeiros, desenvolvidos tecnologicamente na indústria da pesca, *verbi gratia* Japão e Grã-Bretanha. A maior parte da Conferência, cerca de 100, num total de 160 Estados, admitia jurisdição do Estado costeiro sobre recursos naturais até a distância de duzentas milhas. Quanto à natureza dessa área marítima, havia discrepância entre duas correntes: os territorialistas e os zonistas. Os territorialistas preconizavam a extensão do mar territorial até essa distância mas eram minoria, no máximo 28 Estados, dos quais somente cinco eram latino-americanos: Brasil, Peru, Equador, Uruguai e El

Salvador. Predominavam numericamente os zonistas, ou seja, os que entendiam ser necessário constituir-se na faixa marítima, que se estende entre a 12^a e a 200^a milhas marítimas, numa área jurídica nova, que sem seu prolongamento do mar territorial do Estado costeiro, permitiria a este exercer determinados direitos, sobretudo os relativos à exploração dos recursos naturais.

O alto-mar se situaria somente após a distância da 200^a milha marítima. A nova área alcançou a denominação de zona econômica exclusiva. Na disputa que entre si mantiveram territorialistas e zonistas, não apenas estes prevaleceram numericamente, senão também contaram com o apoio dos que desejavam circunscrever a jurisdição do Estado costeiro sobre recursos naturais apenas ao respectivo mar territorial. Restava aos territorialistas, no que lograram êxito, contribuir para que a zona econômica exclusiva se assemelhasse, o mais possível, ao mar territorial, sem embargo do reconhecimento final de serem essas duas áreas marítimas distintas entre si.

8. Começemos por indagar em que consistem a zona econômica exclusiva, a sua natureza, os direitos que nela exercem o Estado costeiro e terceiros Estados, tal como ficou estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar.

A zona econômica exclusiva não é mar territorial mas também não é alto-mar. Ela tem natureza e regime específicos. Situa-se além do mar territorial, mas não poderá estender-se além de duzentas milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial. Embora, na fase inicial da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, se esboçasse tendência de unificação entre zona econômica exclusiva e plataforma continental, acabou prevalecendo tendência oposta, a de diversificação entre ambas as áreas. Assim sendo, o limite exterior da plataforma continental, conquanto eventualmente coincida com o mesmo limite da zona econômica exclusiva, pode também ultrapassá-lo na dependência de critérios preponderantemente geológicos. Em razão desses critérios, o limite exterior pode ir até 350 milhas marítimas e mesmo além, nos termos do art. 76 § 7º, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. A plataforma continental não é senão o prolongamento do território terrestre do Estado costeiro, submerso pela zona econômica exclusiva ou mesmo pelo alto-mar. Entre os recursos vivos da plataforma, figuram organismos vivos, como lagostas, pertencentes a espécies sedentárias, ou seja, *"aquelas que no período de captura estão imóveis no*

leito do mar ou no seu subsolo, ou só podem mover-se em constante contato físico com esse leito ou subsolo" (Convenção de Montego Bay, art. 77, § 4º).

Diferentemente sucede com a zona econômica exclusiva, prolongamento do mar territorial, na qual os recursos naturais a cogitar são preponderantemente biológicos, ou seja, peixe. Nos termos do projeto de acordo das Nações Unidas relativo a peixes transzonais e altamente migratórios, a ser submetido à 6ª sessão da Conferência respectiva (de 24 de julho a 5 de agosto p.f.), o termo "*peixe*" inclui moluscos e crustáceos, exceto aqueles pertencentes às espécies sedentárias, como tais definidos no art. 77 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

9. Zona econômica exclusiva e plataforma continental devem ser delimitados mediante linhas indicadas em cartas de escalas adequadas ou em listas de coordenadas geográficas. Exemplar dessas cartas ou listas deve ser depositado junto ao secretário geral das Nações Unidas e, no caso das linhas de limite exterior da plataforma continental, o respectivo exemplar deve ser depositado junto ao secretário geral da Autoridade dos Fundos Oceânicos, organismo esse cuja sede se instalaria em Kingston, na Jamaica. Previu a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar o estabelecimento de uma Comissão de Limites da Plataforma Continental, composta de 21 membros, peritos em geologia, geofísica ou hidrografia, a serem eleitos em reunião dos Estados-Partes para um mandato de cinco anos, eleição esta que deverá ocorrer brevemente, ou seja, até 16 de maio do próximo ano.

A tarefa de delimitação da zona econômica exclusiva brasileira, que alcança a vasta extensão de 3.000.000 (três milhões) de km^2 é relativamente simples, se comparada com a de delimitação da plataforma continental. O limite exterior da zona econômica exclusiva é determinado pela distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial. Tal distância é também levada em conta no traçado do limite exterior de plataforma continental, mas apenas quando a margem continental ficar aquém dessa distância. Em caso contrário (como felizmente, sucede no Brasil), o limite exterior é determinado por outros critérios, que dependem, por exemplo, da espessura das rochas sedimentares ou da localização do pé do talude continental. O encargo de delimitação de plataforma continental em cartas de escalas adequadas ou de listas de coordenadas geográficas significa operação complexa que está hoje sendo executada em consonância com o LEPLAC, programa da Diretoria de Hidrografia e Navegação supervisionada pela CIRM (Comissão Interministerial dos Recursos do Mar).

10. Terceiros Estados usufruem na zona econômica exclusiva três espécies de liberdades próprias do alto-mar, inadmissíveis no mar territorial, quais sejam a liberdade de navegação, de sobrevôo e de colocação de cabos e ductos submarinos. No âmbito da liberdade de navegação situa-se a operação de navios e aeronaves. Tais liberdades não são porém, absolutas, pois devem levar em conta os direitos e deveres dos Estados costeiros cujas leis e regulamentos, desde que compatíveis com as normas internacionais, terceiros Estados se obrigam a respeitar. Assim é que, como dispõe a lei 8.617, de 04 de janeiro de 1993, promulgada pelo Governo brasileiro, *"a realização por outros Estados, na zona econômica exclusiva, de exercícios ou manobras militares, em particular as que impliquem o uso de armas ou explosivos, somente poderá ocorrer com o consentimento desse mesmo governo."* (art. 9º). O traçado da linha para a colocação de cabos e ductos submarinos depende também do consentimento do Estado costeiro que se reserva o *"direito de tomar medidas razoáveis para a exploração da plataforma continental, o aproveitamento de seus recursos naturais e a prevenção, redução e controle da poluição causada por cabos e ductos submarinos"* (Convenção das Nações Unidas, art. 79, § 2º, e art. 87, § 1º, c).

11. Que direitos possui o Estado costeiro em sua zona econômica exclusiva? São direitos de soberania, os quais não se confundem necessariamente com a própria soberania. Esta é a competência da competência. Exerce-se para todos os fins, nos termos do direito internacional. Os direitos de soberania têm, ao contrário, uma destinação específica. Assim é que o Estado costeiro os tem em relação às ilhas artificiais, instalações e estruturas. Na zona econômica exclusiva, diz a Convenção, o Estado costeiro tem o direito exclusivo de construir e de autorizar e regulamentar a construção, operação e utilização de: a) ilhas artificiais; b) instalação e estruturas. Ele *"tem jurisdição exclusiva"* (diz a Convenção, art. 60 § 2º) *"sobre as ilhas artificiais, instalação e estruturas, incluindo jurisdição em matéria de leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração, sanitários e de segurança"*

O Estado costeiro tem jurisdição também em relação à investigação científica marinha, que deve ser realizada com seu consentimento tanto na área do seu mar territorial e da sua plataforma continental quanto na área de sua zona econômica exclusiva (art. 246, § 1º). Em circunstâncias normais, diz a Convenção, ele deve *"dar o seu consentimento a outros Estados ou organizações internacionais competentes"* para que executem projetos de investigação científica marinha na sua zona econômica exclusiva ou na sua plataforma continental, exclusivamente com fins

pacíficos e com o propósito de aumentar o conhecimento científico do meio marinho em benefício de toda humanidade (art. 246, § 2º). Tem o Estado costeiro igualmente direitos de soberania referentes a atividades *"com vista à exploração e aproveitamento da zona para fins econômicos, como a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos"*.

12. Na zona econômica exclusiva, com relação a recursos naturais, vivos ou não-vivos das águas sobrejacentes ao leito do mar e de seu subsolo, o Estado costeiro possui direitos de soberania, para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos (Convenção, art. 56). Nenhum terceiro Estado pode explorar recursos naturais da zona econômica exclusiva sem anuência do Estado costeiro. Essa a razão dos adjetivos *"exclusiva"* e *"econômica"* que se incluem na denominação dessa zona. No exercício desses direitos, o Estado costeiro está autorizado a tomar as medidas necessárias, sendo que, *"nos casos de apresamento ou retenção de embarcações estrangeiras"* ele deve, pelos canais apropriados, *"notificar sem demora o Estado de bandeira das medidas tomadas e das sanções ulteriormente impostas"* (Convenção, art. 73, § 4º).

Em seu mar territorial, o Estado exerce soberania, ou seja, um poder incontrastável semelhante ao exercido no território terrestre (limitado apenas, como se disse, pelo reconhecimento do direito de passagem inocente de navios estrangeiros). Tais navios têm o direito apenas de transitar, não podendo estacionar, ancorar. A passagem deve ser também inofensiva, não acarretando prejuízos ao Estado costeiro. Estão esses navios impedidos, pois, de exercer a pesca. A soberania é exercida para todos os fins, nos termos do Direito Internacional. Em sua zona econômica exclusiva e em sua plataforma continental, o Estado exerce direitos de soberania, ou seja, direitos de um poder incontrastável, porém endereçados para determinados fins. No concernente aos recursos naturais, o primeiro desses fins vem a ser o da exploração, do conhecimento, da identificação, da classificação e da avaliação do potencial desses recursos. São direitos, pois, que correspondem a deveres precisos. Como decorrência dessa finalidade primeira, surgem os demais. Os direitos soberanos são exercidos também para fins de conservação, de gestão ainda, principalmente, para fins de utilização (aproveitamento dos recursos naturais). A utilização desses recursos, diz a Convenção (art. 62), deve ser ótima, ou seja a melhor possível. Ora, não se poderia alcançá-la a não ser mediante o conhecimento desses recursos, a conservação desses recursos, a gestão desses recursos.

13. Em sua zona econômica exclusiva, incumbe ao Estado costeiro fixar *"as capturas permissíveis"* *"Tendo em conta os melhores dados científicos de que disponha, assegurará, por meio de medidas apropriadas de conservação e gestão, que a preservação dos recursos vivos de sua zona econômica exclusiva não seja ameaçada por um excesso de captura"* (Convenção, art. 62 § 1º, art. 61 §§ 1º e 2º). *"Tais medidas devem ter também a finalidade de preservar ou restabelecer a população das espécies capturadas a níveis que possam produzir o máximo rendimento constante, determinado a partir de fatores ecológicos e econômicos pertinentes, incluindo as necessidades econômicas das comunidades costeiras que vivem da pesca e as necessidades especiais dos Estados em desenvolvimento, e tendo em conta os métodos de pesca, a interdependência das populações e quaisquer outras normas mínimas internacionais geralmente recomendadas"* (Convenção, art. 61, § 3º). Tais disposições do tratado de Montego Bay correspondem ao núcleo do conceito de *desenvolvimento sustentável* explicitado na Agenda XXI da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, reunida há alguns meses, no Rio de Janeiro, e incorporado ao projeto de convenção sobre espécies transzonais e espécies altamente migratórias. O programa "Avaliação do Potencial Sustentável de Recursos Vivos na Zona Econômica Exclusiva" de 1994, inserido no contexto dos objetivos definidos pelo IV Plano Setorial para os Recursos do Mar, concebido com base no Programa Revizee, elaborado quatro anos antes, no âmbito de CIRM, lembra casos de excesso de capturas ocorridos a partir da década de 70, certamente por desconhecimento de dados científicos sobre o potencial de nossos recursos pesqueiros. *"Dentre os recursos mais afetados"* diz aquela Avaliação, *"destacam-se a sardinha, os camarões e peixes demersais do Sudeste/Sul, lagosta e piramutaba. O exemplo da sardinha é particularmente crítico, pois de uma produção máxima de 228 mil toneladas, 1973, quando existiam mais de 400 embarcações em atuação e reduziu-se numa produção de apenas 32 mil toneladas em 1990"*

O desconhecimento do potencial de recursos ictiológicos acarreta consequência oposta, também deplorável, o da utilização nula ou insuficiente desses recursos, pecado gravíssimo num país como o nosso, subdesenvolvido, de população assolada pela miséria e pela fome.

14. Retomemos, porém, a pergunta inserida no tópico desta palestra: vamos perder as duzentas milhas?

A resposta comporta distinções. De fato, a expressão "duzentas milhas" alcança duplo significado. O primeiro se refere a determinado espaço marítimo, no qual localizam quatro áreas distintas, cada qual com natureza, delimitação e regime próprios. Algumas dessa áreas são parte integrante do Estado costeiro, prolongamento necessário no território terrestre, a que esse Estado não pode renunciar. Outras dessas áreas, sim, e no caso vertente, se trata especificamente da zona contígua, o Estado pode dispensá-la. Trata-se de área na qual o Estado costeiro se incumba de medidas de interesse alfandegário, fiscal e sanitário. Não se pode e nem se deve, todavia, dispensar o mar territorial, à plataforma continental e à zona econômica exclusiva, partes integrantes do espaço do Estado costeiro. Por conseguinte, não vamos jamais perder as duzentas milhas.

15. Outro significado da expressão "duzentas milhas" refere-se aos recursos naturais nelas existentes e tem pertinência com um dos catorze objetivos consignados na Política Marítima Nacional (Decreto n. 1.265, de 11 de outubro de 1994). Nesse sentido, a rigor, não apenas corremos o risco de perdê-las como já, infelizmente, de há muito, estamos a perdê-las, malgrado iniciativas louváveis pungidas, cá e acolá, de ordem pública, de ordem privada. É preciso contudo, ampliar, reproduzir, acelerar tais iniciativas, em conformidade aliás com o propósito governamental de privilegiar o atendimento das necessidades básicas de nosso povo. Urge inventariar as riquezas naturais, determinar-lhes a biomassa, estabelecer e aprimorar os potenciais de captura, promover o detalhamento geográfico, geológico e ictiológico das pesquisas. Requerem-se instrumentos de medição precisa das propriedades bióticas e abióticas do meio marinho, capacitação das disponibilidades técnicas e humanas, embarcações providas de tecnologia avançada, estímulo a investigação no campo da oceanografia, física, química, biológica, geológica, inclusive com emprego de sensoriamento remoto.

Estamos a perder efetivamente recursos naturais das duzentas milhas à medida que não os conhecemos suficientemente, que as pesquisas científicas prossigam restritas e incompletas. Condenados a perder esses recursos, estamos a perder a nós mesmos, povo sofrido e faminto, carente de proteínas, subdesenvolvido, condenado paradoxalmente a contemplar, ao longo do litoral, tesouro inestimável de recursos a esvaír-se, dia após dia, na seqüência implacável do tempo. Entre as duzentas milhas marítimas e o programa do combate à fome ou da ação da cidadania contra a miséria e pela vida há vínculos sistemáticos a estabelecer, almejados por todas as pessoas de boa-fé e de propósitos construtivos. Esse programa tem sido

adstrito à produção terrestre e, nesse sentido, relacionado com a temática da reforma agrária. Mister se faz, porém, vinculá-lo também urgentemente à exploração e exploração das riquezas naturais dos espaços marítimos sujeitos à jurisdição nacional.

PAPEL DO JURISTA NUM MUNDO EM CRISE DE VALORES*

Fábio Konder Comparato

Professor Titular do Departamento de Direito Comercial da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

O Prêmio Teixeira de Freitas, segundo os termos da deliberação que o instituiu, visa a honrar, na pessoa do jurista agraciado, a mais alta cultura jurídica do País.

Pareceu-me pois apropriado, como forma de melhor manifestar ao Instituto dos Advogados Brasileiros o meu reconhecimento pela honraria insigne com que acabo de ser distinguido, expor algumas reflexões sobre a função social do jurista no mundo contemporâneo.

Em qualquer significado que se tome o termo *jurista*, é de todo inútil, para o fim a que nos propomos, refletir abstratamente sobre o conceito, isto é, analisar as notas correspondentes à idéia geral do personagem, fora do mundo histórico em que vive e atua. Uma das conquistas definitivas da filosofia contemporânea consiste, justamente, em mostrar que a existência histórica compõe a própria essência do ser humano. Ou seja, na expressão famosa de Ortega y Gasset, *todo homem é, essencialmente, o eu e sua circunstância, o sujeito e o ambiente vital que o circunda*.

Ora, o momento histórico no qual vivemos, neste final de século, é marcado, se não me engano, por quatro grandes crises de valores, que afetam a humanidade como um todo e suscitam uma verdadeira revolução ética. A palavra *crise* é aqui empregada, de modo consciente e intencional, nas acepções primigênicas que apresentava no idioma grego, ou seja, como discernimento e escolha, de um lado, como contestação e decisão, de outro lado. A transformação em curso no universo dos valores sociais, tal como procuro indicar a seguir, altera radicalmente as preferências que dão sentido e orientação à vida coletiva e provoca, inevitavelmente, dissensões e desencontros, a exigir um juízo decisório. Estamos, com isto, em pleno campo da atuação dos profissionais do Direito, sempre composta de escolhas e decisões.

* Discurso de recepção da Medalha Teixeira de Freitas, proferido no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 7 de dezembro de 1994.

A primeira das grandes crises axiológicas da época contemporânea diz respeito ao sentido humano da vida e da morte. Não ao significado ontológico da vida, o qual representa o grande objeto da filosofia contemporânea a partir dos existencialistas, mas ao seu sentido em um grau mais elementar, ou seja, àquilo que aparece como sendo a vida e a morte.

Ora, interrogar-se sobre isto não significa, porventura, questionar a própria concepção (no sentido físico e intelectual) da pessoa humana, fundamento de todo o Direito?

A descoberta do código genético, no início dos anos 50, e a subsequente revelação do mecanismo biológico de transmissão hereditária abriram o caminho ao estabelecimento do que se convencionou denominar engenharia genética, ou seja, a transferência programada de genes funcionais, de um organismo para outro, e a provocação de mutações genéticas em laboratório. O velho Prometeu realiza, enfim, o seu último e mais audacioso desafio ao Olimpo: a entrega ao homem do domínio sobre o processo criador da própria vida.

Paralelamente, o progresso da ciência médica no último meio século tornou viável o controle da fecundação humana, dentro e fora do útero materno, a interrupção da gravidez por meios farmacêuticos e o prolongamento indefinido da vida em estado vegetativo.

A ação conjugada de todos esses avanços técnico-científicos abalou certezas seculares sobre o conceito de pessoa humana, fonte primária de todos os valores. A partir de que momento existe uma vida realmente humana? O feto é pessoa desde o instante da concepção? Ainda é pessoa o ser humano cujo organismo foi reduzido, irreversivelmente, ao estado de vida puramente vegetativa? Quem há de ser, doravante, o titular desse poder demiúrgico de programar a identidade genética dos seres humanos: os pais, de comum acordo? Um deles somente? O Estado, por razões eugênicas? Essa programação de futuros homens e mulheres ficaria submetida ao princípio da autonomia da vontade, como autêntico negócio jurídico? Enfim, em que consiste, exatamente, o direito à vida, pedra angular de todo o edifício dos direitos humanos?

A segunda, grande mutação crítica de valores, com a qual deve se haver o jurista neste final de século, diz respeito ainda à idéia de pessoa humana, mas agora no contexto da sociedade política. O que se pergunta aqui, dubitativamente, é se se está diante de um conceito universal, uma espécie de denominador comum de todos os homens, independentemente de suas diferenças de

sexo, raça, formação cultural ou posição social, ou se, ao contrário, a idéia de pessoa corresponde a um puro ente de razão, sem existência concreta e sensível. Como pode essa abstração impor-se à vida real de homens e mulheres de carne e osso, imersos secularmente numa cultura particular cujos valores são por eles colocados, muitas vezes com o sacrifício do próprio sangue, acima das declarações universais de direitos humanos? Como dizia o patrono político de todos os culturalistas contemporâneos, Joseph de Maistre, logo após a promulgação da Constituição jacobina de 1795, *"ela é feita, como as que a precederam, para o homem. Ora, não existe homem no mundo. No curso de minha vida, tive a oportunidade de ver franceses, italianos, russos etc. Sei até, graças a Montesquieu (nas suas Lettres Persanes) que se pode ser persa. Mas quanto ao homem, declaro que nunca o encontrei em toda a minha vida; se ele realmente existe, é um fato alheio ao meu conhecimento (s'il existe, c'est bien à mon insu)"*

A defesa estrepitosa desse culturalismo radical, como se viu na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena em junho de 1993, vai ao ponto de se apresentar a idéia de igualdade transcendental do homem, fundamento da universalidade dos direitos humanos, como mero instrumento ideológico do imperialismo ocidental.

Não é só, porém, entre grupos sociais culturalmente diferenciados que se manifesta hoje, no mundo, esse fenômeno de dissociação contestadora. Em todos os continentes e com penetração até mesmo em grupos culturais perfeitamente homogêneos e tradicionais, assiste-se também à difusão de um modo de vida individualista, freqüentemente apresentado como o último avatar da modernidade. Os prosélitos desse novo estilo de cidadania gabam-se de prezar, mais do que seus antepassados, os valores democráticos da liberdade e da igualdade. Mas quanto à idéia de fraternidade, ela foi, ao que parece, definitivamente expulsa do panteão político. É a atomização da soberania popular, na autonomia concorrencial de cada ego.

No campo das ciências sociais, a escola do chamado *"individualismo metodológico"*, de Hayek e Popper, procurou lançar as bases racionais de mais esta grande transformação axiológica. Para esses autores, o comportamento dos indivíduos, em qualquer coletividade, é sempre determinado por motivações individuais e nunca por costumes ou valores sociais.

No início do século passado, Tocqueville já havia observado, com a sua habitual argúcia, que a sociedade democrática norte-americana, havendo abolido

os estamentos e tradições da aristocracia, suscitava em toda parte um forte individualismo. Este último termo, aliás, constituía à época um neologismo. "*Nossos pais*", lembrou ele significativamente, "*só conheceram o egoísmo*". O que representava nos Estados Unidos um potente corretor desse fermento atomizante, como o próprio Tocqueville notou em página célebre, era o espírito associativista: "*a América é o país do mundo onde mais se aproveitou a idéia de associação, e onde se aplicou esse poderoso meio de ação à maior diversidade de matérias*".

Hoje, contudo, os sociólogos americanos são os primeiros a apontar, em seu país, o enfraquecimento generalizado do espírito associativo. Enquanto isto, no Leste Europeu, em reação a décadas de coletivismo forçado, os povos se lançam, com o ardor de neófitos, à tarefa de reconstruir as estruturas sociais segundo um modelo arquiindividualista, que julgam vitorioso no Ocidente.

Uma mudança tão brusca de orientação não deixa de suscitar cuidados quanto ao futuro do regime democrático. Será possível combinar o crescimento econômico com a justiça social, sem o estabelecimento de uma democracia participativa, em que o ideal da solidariedade humana se concretiza em instituições jurídicas de estreita colaboração entre governantes e governados?

Finalmente, a quarta e última transformação de valores da atualidade, em meu entender, diz respeito ao equilíbrio ecológico. Em menos de três décadas, a opinião pública passou, em todo o mundo, de uma indiferença generalizada quanto às condições mesológicas da vida humana, à consciência da aguda necessidade de se organizar planetariamente a preservação da natureza, como condição da sobrevivência humana.

Um dos momentos culminantes desse processo de tomada de consciência universal foi a Conferência sobre o Meio-Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992, sob o patrocínio das Nações Unidas. Não é exagero afirmar que ela marcou, simbolicamente, não-só a rejeição da idéia da inelutabilidade do progresso humano, gerada pela ilustração europeia no século XVIII, mas também o abandono da antiquíssima convicção, inscrita no *Gênesis* (1, 26-30), de que todos os seres vivos submetiam-se, no ecúmeno terrestre, à ilimitada dominação humana.

Assentou-se, por essa forma, o reconhecimento de um autêntico direito da humanidade, tendo por objeto, para além das fronteiras nacionais e das soberanias estatais, a proteção da harmonia natural da espécie humana. Como organizar, porém,

as necessárias garantias e competências decorrentes desse direito humano da terceira geração?

Perante esse quadro, sem dúvida não exaustivo, de problemas sociais gerados por uma mutação universal de valores, é de se perguntar qual a contribuição que os juristas são capazes de trazer para o encontro das necessárias soluções.

Para responder de forma pertinente a essa questão, é preciso saber, antes de mais nada, em que consiste, ou deve consistir, propriamente, a atividade profissional do jurista.

Segundo a grande tradição romana, ofício dos jurisperitos, como definiu Cícero com a admirável *brevitas* latina, consiste na *cognitio atque interpretatio iuris civilis* (*De Officiis* II, XIX, 65). Ambas as atividades, na verdade, fundem-se numa só: como toda linguagem ou comunicação verbal, o Direito não pode ser conhecido em bruto, mas-somente através de uma interpretação que "*abra o discurso*", como se diz hoje, desvendando-lhe os múltiplos significados.

A esse respeito, é confortador saber que a hermenêutica filosófica contemporânea, como se vê sobretudo na obra de Hans-Georg Gadamer (*Wahrheit und Methode*), reconheceu na interpretação jurídica o valor de um modelo exemplar para todas as ciências humanas. E isto, em razão de suas três características fundamentais: a importância da tradição, o método dialético de perguntas e respostas, e a exigência de concretização do resultado interpretativo.

Em contraposição ao falso objetivismo positivista, que invadiu quase todo o campo das ciências humanas a partir do modelo físico-matemático, o pensamento contemporâneo reconhece que todo homem já nasce com uma mentalidade pré-formada pela experiência histórica, conservada no meio social onde vive. O conjunto dos valores, costumes e crenças compõe uma bagagem social de juízos e critérios, que se transmite de geração em geração, a par do patrimônio genético.

Seria fechar os olhos à realidade pretender que esse universo valorativo, imanente a todo ser humano, não exerce influência alguma no trabalho de interpretação jurídica. O que se deve fazer, isto sim, é exercer a necessária crítica da razão histórica e discernir, na acumulada experiência de tantos séculos, o que é permanente, como manifestação da própria essência do homem e o que é transitório, como fruto de circunstâncias datadas e superadas. Em suma, jurista autêntico é o que sabe identificar, na massa das opiniões e comentários de toda sorte, a verdadeira autoridade clássica, isto é, a que merece fazer escola e ensinar os pósteros.

Esse discernimento, que rigorosamente nada tem a ver com a mania citatória do nosso estilo jurídico, constituiu o gênio próprio da *iurisprudencia* romana. Para os *iurisprudentes*, sempre pareceu de primeira evidência que a lei, à semelhança da *civitas*, da qual representa a melhor expressão, não brota, madura e completa, da cabeça do legislador, mas realiza-se historicamente, mediante a cooperação constante dos sucessivos intérpretes. "A nossa república", diz o velho Catão no diálogo imaginário de Cícero, "não se constituiu pela inteligência de um só homem, mas pela de muitos; não no curso da vida de um só homem, mas de gerações, durante séculos" (*Nostra autem res publica, non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus - De re publica* II, 1, 2).

A segunda grande característica da hermenêutica jurídica e que deve servir de modelo a toda interpretação dos fenômenos culturais ligados à palavra, como hoje se reconhece, consiste no método dialético interrogativo. É o caminho da abertura semântica dos textos pela técnica dialógica de perguntas e respostas.

Trata-se, a rigor, de mera aplicação ao direito da maiêutica socrática, que se poderia com exatidão definir como o sistema da ignorância metódica. Na raiz de todo saber autêntico, como bem demonstrou o Sócrates de Platão, está a consciência do não-saber. E exatamente porque o acesso à verdade pressupõe o prévio reconhecimento da própria ignorância, a chave de todo trabalho interpretativo encontra-se nas perguntas que o hermeneuta faz, diante do problema que lhe é apresentado. Cuida-se sempre de abrir metodicamente o texto normativo à luz dos fatos apresentados, num processo dialético de sucessivas aproximações entre a norma jurídica e a vida social.

Eis porque desde cedo, no Direito Romano, o jurista era designado como *iurisconsultus* e se distinguiu, dentre todos os profissionais do Direito, muito mais pelas *responsa* dadas a consultas sobre problemas concretos, do que pelas obras doutrinárias ou didáticas que compunha. O jurista não é mero expositor do Direito nem apenas professor. A sua virtude profissional, por excelência, é aquela *frônessis* grega, que os romanos traduziram por *prudentia*, a aptidão deliberativa sobre o agir humano, a qual, por isso mesmo, como bem salientou Aristóteles, diz respeito sobretudo a fatos particulares e não aos universais. É mais uma sabedoria que se alimenta da experiência humana, do que uma ciência fundada em reflexões especulativas.

Exatamente porque o parecer jurídico situa-se no plano do agir e tende a uma decisão, ele não deve ser uma peça meramente expositiva e didática, nem um estendal de erudição acadêmica. É preciso que o encadeamento argumentativo, tal como a linha melódica de uma obra musical, não fique nunca abafado pela ornamentação. O jurisconsulto responsável sabe que deve convencer o decididor e não impressionar a platéia.

Ora, esse trabalho de consultoria qualificada leva o jurista a ter uma visão necessariamente concreta e vital do Direito, em que jamais se separa, artificialmente, o momento de leitura abstrata da norma de sua sucessiva aplicação a fatos determinados. A característica da concretização (a *Konkretisierung* dos alemães), própria da melhor hermenêutica jurídica, vem sendo também apresentada, hoje, como um modelo para a historiografia e o conjunto das ciências sociais.

Assim como o fato cultural só cobra sentido quando compreendido e mergulhado no momento histórico em que aparece, assim também a verdadeira interpretação jurídica não tem por objeto normas isoladas da vida, mas sim comportamentos humanos efetivos, relacionados a normas. O trabalho hermenêutico do jurista principia com a análise e a qualificação dos fatos, não com uma reflexão sobre a norma. A leitura abstrata da lei não conduz a uma interpretação jurídica, mas simplesmente literária. O sentido da norma só se ilumina quando o seu texto é posto em contato com um problema social concreto. O jurista experimentado, de resto, sabe que é esta a razão explicativa da polissemia dos textos legais - que tanto escandaliza o leigo e que essa pluralidade de sentidos tende a crescer e não a diminuir, com o passar do tempo e a sucessiva submissão da norma à experiência de novos fatos sociais.

A esse respeito, aliás, a comparação da hermenêutica jurídica com a interpretação musical é esclarecedora.

A obra musical depende por completo da interpretação. A música, a rigor, só existe, se e quando interpretada. Entre uma e outra execução, ela é mera potência, e não ato, como diriam os aristotélicos. Nesse sentido, não há interpretação musical que não seja criadora.

Não se pode, sem dúvida, dizer o mesmo da interpretação jurídica, pois a vigência e aplicação de um sistema jurídico não exige a sua permanente exegese. Mas toda vez que um problema da vida social provoca a necessidade de se compreender o sentido de uma norma de Direito, a interpretação executa um trabalho criativo: o intérprete produz um resultado que, embora latente no texto, só

chegou a vir à luz com a maiêutica interpretativa. Aquele que se contenta com a exegese *in abstracto* de um texto de lei é semelhante ao leitor mudo de uma partitura instrumental: limita-se a imaginar os sons sugeridos pelas notações gráficas, sem poder reproduzi-los.

Aí está, em sua riqueza e complexidade, malsugeridas pelo que acabo de dizer, o primeiro e grande papel dos juristas na sociedade.

Mas além da *cognitio atque interpretatio iuris civilis*, os jurisconsultos romanos exerceram ainda uma outra função, que quase se perdeu por completo em épocas posteriores: a criação de novos institutos jurídicos.

Em Roma, esse trabalho inventivo era, de certo modo, inserido, estruturalmente, no funcionamento das instituições públicas. Não só o pretor, como os demais magistrados, costumavam solicitar o concurso de juristas na elaboração das *rogationes* de leis votadas pelo povo, como também na feitura do edito, a *lex annua*. Foi por obra do edito pretoriano, como se sabe, que os institutos do *jus gentium* puderam ser progressivamente introduzidos na *Urbs*, de modo a adaptar o antigo *jus quiritium* às exigências de um comércio internacional crescente, na seqüência das conquistas imperiais.

A partir da Idade Média, porém, esse processo, por assim dizer, intelectual de criação do Direito tornou-se obra quase que exclusiva de clérigos, confinando-se ao campo do Direito canônico. Os grandes institutos do Direito mercantil, sem os quais jamais teria existido o capitalismo e a civilização industrial - como a sociedade por ações, a cambial, o contrato de seguro e as bolsas de valores e mercadorias - não surgiram da cabeça de jurisconsultos, mas foram modelados por práticos, grandes inventores anônimos que colhiam da experiência dos negócios o que lhes faltava por deficiência de formação intelectual.

No terreno do Direito político, sobretudo, o labor criativo dos juristas pós-romanos foi dos mais medíocres. Durante todo o período absolutista pós-medieval, como observou Tocqueville, o papel maior dos legistas consistiu em justificar, por meio de sábias citações tiradas da codificação justinianéia, todas as medidas de reforço do poder arbitrário dos monarcas. A própria Constituição norte-americana, a obra mais surpreendente jamais excogitada por um cérebro humano, como disse Gladstone, foi modelada, malgrado a aparência enganosa dos *Federalist Papers*, por proprietários rurais de mediana cultura e *lawyers* de província.

A verdade é que o pensamento jurídico ainda não se adaptou à grande revolução intelectual moderna, iniciada com a proposta de Descartes, na sexta parte

do *Discurso sobre o Método*, de transformar os homens em *maitres et possesseurs de la nature*. Temos sido, geralmente, incapazes de usar, de forma sistemática, a razão como instrumento de recriação do mundo.

O padrão de origem do pensamento ocidental, tal como assentado na filosofia grega, era a *theoria*, ou seja, literalmente, a contemplação do mundo. A criação, ou *poiesis*, dizia respeito, tão-só, ao artesão ou artista. Mas estes trabalhavam à base de paradigmas, isto é, moldes ou matrizes consolidados pela tradição.

O pensamento científico tinha por objeto revelar a verdade já existente desde toda a eternidade. O mito platônico da caverna é bem sugestivo a esse respeito: os homens descobrem a verdade, encoberta pelo mundo físico, num esforço de relembração dos arquétipos que conheceram, antes de sua existência carnal. Toda ciência é, portanto, um reconhecimento. A explicação que Platão oferece no *Timeu* para a criação do mundo não difere em nada desse esquema mental: o demiurgo, como artífice divino, vai produzindo as suas obras segundo um modelo essencialmente imutável e idêntico a si mesmo. O olhar do criador é, portanto, retrospectivo.

A proposta cartesiana representou, a esse respeito, uma autêntica revolução, no sentido primigênio da palavra: isto é, uma volta de 180 graus na perspectiva histórica. O que se pede, doravante, aos homens de pensamento, tanto no espaço das coisas inanimadas, quanto na esfera da vida humana, é uma autêntica recriação do mundo. A tarefa é tanto mais ingente quando se pensa que o trabalho criador já não se pode orientar por modelos assentados no passado, mas deve principiar pela criação dos próprios modelos da realidade futura.

Na direta linha dessa revolução prospectiva, o papel que incumbe aos juristas não é, apenas, a melhor compreensão do Direito vigente, no preciso sentido etimológico do adjetivo, isto é, do Direito que existe como componente vivo da realidade social, mas também a produção das instituições jurídicas do futuro, aptas a harmonizar o comportamento humano em meio à radical mudança de valores, a que acima me referi. A maior parte dos institutos jurídicos que herdamos, desde o patrimônio original romano, foram, com efeito, criados no âmbito de uma civilização agrária e não-democrática, anteriores portanto às revoluções industrial e política do século XVIII.

Tal significa que ao lado do jurista forense, comprometido unicamente com a solução de litígios interindividuais, deve afirmar-se um novo tipo de cientista do Direito, voltado para a solução de problemas sócio-políticos: o jurista governante.

Entre um e outro, as diferenças são marcantes. O jurisconsulto tradicional tende, naturalmente, à especialização do saber e trabalha na perspectiva da conservação do sistema jurídico em vigor. O jurista governante, ao contrário, justamente pelo fato de se colocar numa posição de pilotagem da vida social, já não se pode conformar em ser mero especialista de determinado ramo do Direito, mas assume aquela função arquetônica, ou de composição geral da vida pública, que Aristóteles considerava a característica própria da atividade política. Ademais, enquanto o jurista forense, despreocupado com a transformação da sociedade, dá sempre maior ênfase ao aspecto lógico e sistemático do Direito, o jurista governante põe em relevo a ética social e o sistema de valores que guiam o comportamento humano. A técnica jurídica vem em posição subordinada, como mero instrumento para a realização das grandes exigências sociais.

Ora, o advento histórico do jurista governante põe em relevo uma das mais sensíveis deficiências do pensamento jurídico contemporâneo, qual seja, a ausência de uma clara fixação de paradigmas.

A noção de paradigma, tal como proposta no conhecido ensaio de Thomas S. Kuhn (*The Structure of Scientific Revolutions*), refere-se exclusivamente às ciências físicas e biológicas e exprime um quadro geral de princípios e referências paramétricas, que lhes dão coerência lógica. Kuhn observou, no entanto, que o paradigma científico não se confunde com um modelo a ser copiado ou repetido, mas apresenta-se antes, analogamente ao precedente judicial nos sistemas de *common law*, como uma diretriz a ser desenvolvida e adaptada, diante de circunstâncias novas e cambiantes.

O emprego desse conceito de base nas ciências humanas notadamente em Direito, parece-me perfeitamente possível e mesmo útil, desde que se faça a transposição necessária do mundo do ser para o do dever-ser. O paradigma de um sistema jurídico é o conjunto dos valores sociais que se impõem como normas de convivência social, em determinado momento histórico. Não se trata, pois, como nas ciências da natureza, de uma premissa lógica para explicação da realidade, mas da razão justificativa última do comportamento humano.

Ora, essa suprema razão justificativa do comportamento humano é e continua sendo a dignidade transcendental do homem, acima das variações históricas

de valores. Os avanços técnico-científicos no tratamento da vida e na manipulação da genética humana, a que fiz referência no início deste discurso, não nos devem fazer olvidar que a definição da pessoa humana não é meramente biológica, mas sim cultural. Como bem assinalou Kant, nos *Fundamentos de uma Metafísica dos Costumes*, o homem é o único ser que vive como um fim em si mesmo e não como meio para uso de uma outra vontade. Aí está o primeiro princípio de toda ética e de todo direito.

Na democracia em particular, a qual se tornou historicamente o único regime político legítimo, o paradigma jurídico é representado pelo conjunto dos direitos humanos, entendidos como um desdobramento dos valores fundamentais de liberdade, igualdade e solidariedade. É sob o influxo dessa tríade suprema que o jurista deve exercer a sua função hermenêutica e criadora na vida social. Justamente porque a ele incumbe, preferencialmente, a crítica de legitimidade do sistema jurídico, a ética do jurisprudente não coincide com a dos demais profissionais do Direito. O advogado, por exemplo, tem compromisso com o cliente, dentro da legalidade. O juriconsulto, diversamente, não está ligado por dever de fidelidade a uma clientela, nem tem compromissos, a bem dizer, com teses jurídicas, mas apenas com a sua convicção sobre a verdade do que sustenta. Analogamente, o jurista governante há de se orientar, exclusivamente, pelas exigências do bem comum e nunca pelo interesse particular de grupos, classes ou corporações.

Tudo isso implica, obviamente, muito além da tradicional aptidão lógica para a análise de problemas e a construção de soluções, a maestria naquela arte, delicada entre todas, de constante submissão do *esprit de géométrie ao esprit de finesse*. Não é por outra razão que as duas únicas definições do Direito, nas fontes romanas, têm conteúdo ético e não-técnico: *ars boni et aequi* (D. I, I, 1), *iusti atque iniusti scientia* (J. I, I, 1).

Durante séculos, no entanto, a justiça, virtude cardeal dos profissionais do Direito, foi concebida e analisada *more geometrico*, como puro ente de razão, sem a menor ligação com a sensibilidade valorativa. A sua representação simbólica, aliás, é feita, tradicionalmente, sob a forma de uma personagem cega e neutra, de gênero indefinível, implacável e marmórea em sua fria impassibilidade.

A verdadeira justiça, muito ao contrário, é sempre parcialíssima. Ela não se coaduna com equidistâncias formais nem se contenta com equilíbrios de circunstância.

No início do século, o grande jurista polonês Leon Petrasizky, que muito inspirou a primeira fase do pensamento do meu querido mestre, professor Goffredo da Silva Telles Júnior, sustentou que os valores sociais não se deixam captar pela razão raciocinante nem se descobrem pela mera observação empírica, mas se revelam graças a uma intuição emocional. Chegou mesmo a falar em “*emoção normativa*” como fonte criadora do Direito e estabeleceu a ligação essencial entre o direito justo e o amor na vida social.

É lamentável que o positivismo empederado das últimas décadas haja afastado essa preciosa lição como mera pieguice retórica. Numa espécie de análise fenomenológica *ante litteram*, Aristóteles já havia assinalado, na *Ética a Eudemo*, a assimilação da justiça à amizade. Na verdade, a grande crise de valores deste final de século só encontrará solução quando os governantes passarem a guiar a sua competência técnica pelo valor da justiça social, que representa a objetivação do amor comunitário. Não é ocioso, de resto, lembrar que a solidariedade - o valor que inspirou a última geração dos direitos humanos, no decorrer deste século - foi corretamente denominada *fraternidade* pelos revolucionários de 1789.

Mas, obviamente, essa sintonia com os grandes valores sociais supõe, de parte dos que nos governam, uma dupla sensibilidade ética. De um lado, a compreensão dos limites essenciais da condição humana, na firme rejeição daquela *hubris*, ou ausência de medida, que a sabedoria grega sempre considerou como a matriz da tragédia. De outro lado, um sentimento de compaixão universal, a simpatia na exata acepção etimológica da palavra, ou seja, a capacidade de sofrer com os fracos, os pobres e os humilhados do mundo inteiro.

É somente assim que os juristas contemporâneos, resgatando afinal todas as fraquezas e prevaricações passadas, poderão ser tidos e louvados como servidores da humanidade.

PALABRAS del Exmo. Sr. D. MANUEL FRAGA IRIBARNE, Presidente de la Xunta de Galicia, pronunciadas en el Acto Académico celebrado en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo (Brasil)

Sr. Rector de la Universidad de Sao Paulo,
Sr. Director de la Facultad de Derecho,
Señoras y Señores Claustrales,
Señoras y Señores:

Me honrais mucho al recibirme hoy en el seno del *alma mater* paulista. Me obsequiais, además, con el hermoso Diploma que me acabais de entregar. Y me abrumais, en fin, con una guirnalda de elogios que no creo merecer, pero que no puedo rechazar, por venir de quien viene, es decir, de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. Todo es tan sobresaliente en esta institución que el visitante no sabe qué admirar más aquí. ¿El edificio mismo y sus instalaciones para el estudio y la investigación? ¿O bien la producción científica, de la que es buque insignia la impresionante colección de volúmenes publicados por la *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*? ¿O quizá la galería de profesores honorarios, eméritos, catedráticos, titulares, adjuntos y libres docentes que ha tenido y tiene? ¿O, en fin, la increíble nómina de alumnos suyos que han ocupado u ocupan ahora mismo las máximas magistraturas jurídicas, políticas, económicas y sociales del imperio, antes, y ahora de la república?

I

Éstos son los sentimientos que ahora embargan mi ánimo y que motivan la alegría que experimento, en mi condición de catedrático de derecho, al aprovechar la ocasión que me dais de incorporarme en la compañía paulista a la sobresaliente legión de juristas que forman la jurisprudencia brasileña. La cual merece mucho más que el pobre elogio que yo, sin embargo, deseo dedicarle ahora.

Son parte de la gran jurisprudencia brasileña privatistas ilustres como el mercantilista José da Silva Lisboa, e exégeta António Joaquim Rivas, el pandectista Lafayate Rodrigues Pereira, y el historicista Teixeira de Freitas, entre los más clásicos; y Lacerda de Almeida, Eduardo Espínola, Inglez de Souza, y los dos Carvalho de Mendonça, en la siguiente generación; y también, pasando a los mas

recientes, Gondim Neto, Virgilio de Sá, San-Tiago Dantas o Waldemar Ferreira. Para todos esos maestros, mi fervoros homenaje.

No menos que los privatistas brillan los iuspublicistas en la misma tradición jurisprudencial. ¿Cómo no recordar y homenajear, de entre ellos, a João Barbalho, a Rui Barbosa, a Carlos Maximiliano, a Castro Nunes, o a Pimento Bueno? ¡Cuánto he aprendido de ellos, desde mis primeros años de profesorado!

Y lo mismo se diga de los jurisprudentes generales, dedicados a la Teoría y a la Filosofía del Derecho. Me refiero a maestros famosos como Tristán de Athayde, Tobías Barreto, Silvio Romero, Queirós de Lima, Clóvis Bevilacqua, Rui Barbosa, Galvão de Souza, Miguel Reale, Dourado de Gusmão, Cirell Czerna, Sampaio Ferraz etc. etc. Ellos son, probablemente, los juristas brasileños más leídos allende fronteras; y no sólo porque sus investigaciones han tenido eco y seguimiento mundial. Lo que ocurre, paradigmáticamente, en el caso de Miguel Reale, cuya *teoría tridimensional del derecho* ha sido el único dique cierto a la universal inundación kelseniana y la única doctrina jurídica que, con todas las matizaciones que se quiera, ha sido recibida y aceptada por toda la comunidad científica internacional y singularmente por la iberoamericana.¹

II

Vistos desde el otro lado del Atlántico, el derecho y la jurisprudencia científica brasileña presentan un panorama sólido y esperanzador. No es que carezcan de defectos necesitados de subsanación, o de problemas pendientes de resolución. Los juristas brasileños vienen denunciando durante los últimos decenios algunos defectos de su jurisprudencia y de su sistema jurídico dignos de ser corregidos.² Así, p.e., el exceso de libros didácticos demasiado superficiales, bastante acríticos, repetitivos, poco innovadores, ayunos de información nacional, dependientes de modas exteriores, e incluso colonizados mentalmente. También se

1. Cfr. Nelson Saldanha, "La filosofía del derecho en Brasil en su fase más reciente", *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, 60(1983) 106 ss. Tercio Sampaio Ferraz, "La Philosophie du Droit au Brésil après la Deuxième Guerre Mondiale: Le rôle de Miguel Reale", *Archives de Philosophie du Droit*, 34 (1989) 233 ss.

2. Cfr. Alfredo Morles Hernández, "La cultura jurídica brasileña y su contribución al desarrollo del derecho en la América Latina", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Caracas*. 50-51 (1972) 237-264. Miguel Reale, *100 Anos de Ciencia do Direito no Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1973. Miguel Reale, "A Experiência Jurídica Brasileira", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 49/2 (1974) 13-35.

ha denunciado el exceso volumenes dedicados a reproducir normas y dicisiones, y a los que falta el imprescindible marco teórico, aunque se publican bajo la rúbrica de *leyes comentadas*. En defensa de la autoidentificación que tales prácticas ponen en peligro, ha llegado a escribir Reale³ que en muchos colegas “*falta una crítica interna que determine el processo de las ideas en razón de nuestro propio proceso investigador, es decir, como resultante de un diálogo directo entre los juristas brasileños, y no como un reflejo mecánico debido a la recepción de doctrinas alienígenas opuestas*”; y que “*aunque hemos hecho notables progresos, aun persiste el vicio de pensar que sólo se hace ciencia cuando se citan autores extranjeros*”; concluyendo que, a su entender, “*ya es tiempo de superar esta alienación jurídica*”

También vienen denunciando la necesidad de que el derecho en particular la legislación y la jurisdicción ayuden a resolver el agudo déficit de vigencia de los derechos humanos de contenido económico, social y cultural, que padece la república:⁴ problemas que no se pueden resolver sólo con actuaciones legislativas, judiciales o doctrinales, pero que tampoco se resolverán al margen o a redropelo de ellas. No es momento, sin embargo, de proseguir la reflexión por el análisis de estos aspectos concretos. Baste decir que confío en la capacidad de los jurisprudentes y jurisconsultos brasileños para reformar en su derecho todo lo que sea necesario, de manera que se atenuen o se eliminen limpiamente los problemas de justicia y convivencia que tiene esta gran nación o los defectos formales y materiales antes aludidos. La existencia de un diagnóstico crítico interno asegura, a mi entender, la eficacia de la terapéutica.

III

Pero antes y más allá de la inevitable *lucha por el derecho* que es toda jurisprudencia, según explicara Ihering, la brasileña posee ciertas notables características que son de mi especial agrado, y que constituyen, a mi modo de ver, como un conjunto de principios de su desenvolvimiento. Entre tales principios me

3. En su ensayo sobre “A Experiência Jurídica Brasileira”, cit., p. 19.

4. Cfr. “Brazil: Myths and Realities on Human rights and Woman Wrongs”, en *Towards a Human rights Framework*, New York, Praeger, 1992, p. 71-85.

permite destacar tres: el *principio de autoidentificación*, el *principio de realismo concreto*, y el *principio de reforma permanente*.

El primero los principios que connotan positivamente a la ciencia jurídica brasileña es, en mi opinión, el *principio de autoidentificación*. En efecto, la ciencia jurídica brasileña posee la percepción de lo que bien se puede denominar el *espíritu del derecho brasileño*, o la *conciencia de la propia identidad y de la propia diferencia*. Y ello, sin rechazar lo que viene de afuera. Al contrario, acogiendo siempre con curiosidad las novedades incluidas en cualquier técnica o programa exterior, pero sabiendo reconducirlas a la síntesis con lo nativo para la mejor resolución de los problemas jurídicos más imprevistos o más escasos de precedentes propios.⁵

La doctrina jurídica brasileña se fortalece, en segundo lugar, con el *principio de realismo concreto*. En su virtud, los juristas brasileños han guardado siempre una constante fidelidad a la realidad concreta y han aceptado solamente dosis mínimas -casi vacunas profilácticas- de los sistemas jurídicos más idealistas, racionalistas o estafalarios, y por ello más peligrosos para la preservación de la propia identidad. De ahí se sigue la virtud del sentido común, del sentido práctico, y aún del sentido pragmático que resuelve casi siempre los conflictos con menos costos que cuando se les aplican sutilidades académicas. Es que las soluciones doctrinales prácticas son casi siempre más ricas en valores actualizables que las posiciones abstractas cuya rigidez se disimula con filigranas teóricas, aún más embarazosas para quien las usa.

La jurisprudencia brasileña se connota, en fin con el *principio de reforma permanente*. Y por su gracia, la sociedad brasileña ha tenido la suerte de mantener unido un gran Estado, sin verlo romperse; así como la fortuna de haber ido adaptando a las respectivas situaciones todo su derecho -el normativo, el jurisdiccional y el jurisprudencial- comenzando por la propia constitución -mediante la técnica de la enmienda- sin tener que sufrir saltos bruscos ni revoluciones, rupturas o involuciones.

Esos sólidos fundamentos le dan tal vigor al Derecho y a la Jurisprudencia brasileña que no es preciso ser un vidente para augurarle días de

5. Cfr. Mario G. Losano, "La Scuola di Recife e l'influenza tedesca sul diritto brasiliano", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 4 (1974) 321 ss. Tercio Sampaio Ferraz, "Deutsches Gedankengut in der brasilianischen Rechtsphilosophie", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 71 (1985) I ss.

gloria. Tal premonición viene avalada por todos los indicadores culturales importantes, que ahí están acreditando la existencia de grandes facultades, como ésta; de eminentes profesores, como los que aquí enseñan e investigan; y de millares de alumnos, como los que aquí aprenden a diario. Todas esas cosas son una garantía. Y a ellas se añade una primordial, para la nueva época pluralista en que estamos entrando, que es la vivencia extraordinaria por parte de toda la sociedad brasileña -y de su clase jurídica antes que ninguna otra- del pluralismo, gracias al cual son posibles y tienen vigencia los principios antes enumerados.

IV

El pluralismo social y jurisprudencial brasileño es admirable. La jurisprudencia brasileña, no sólo es que acoge y critica todo lo que se innova mundo adelante. Es que tiene recursos propios en su propia tradición, para asimilarlo, sin desnaturalizar-se, partiendo de las inmensas posibilidades que se siguen del multicolor abanico de conceptos del derecho que ella misma ofrece. Y esto último le da al jurisconsulto brasileño una notable ventaja sobre sus competidores. A diferencia de lo que le ocurre a casi todos los demás, un jurista brasileño puede defender una causa normativa, judicial o doctrinal, según convenga, desde muy distintas ópticas fundamentales, sin necesidad de salir de sus propias pautas idiomáticas y culturales; o sea, apoyándose en su propia tradición y no viéndose necesitado a acudir a autoridades foráneas.

Así que el jurista fundamentarse en el derecho como *un hecho espiritual, en el cual y por el cual se concretan históricamente valores, al ordenarse normativamente relaciones intersubjetivas respecto de las exigencias complementarias de los individuos y la comunidad*, no tiene más que mantenerse en el tridimensionalismo realiano patrio. Pero el que prefiere manejar el derecho como *un juego aleatorio de relaciones meta-complementarias y jerárquicas establecidas entre una autoridad y un sujeto*, no tiene más que acudir a Sampaio Ferraz.

¿Le interesa a un abogado razonar bajo el supuesto de que el derecho sea *un instrumento capaz de traducir socialmente en bienes de vida y libertad las aspiraciones más altas del espíritu*? Déjese orientar por Rui Barbosa. ¿Le conviene a otro, en cambio, pensar el derecho como *norma ética inducida del estado de civilización del grupo social*? Pues puede inspirarse en Clovis Bevilacqua.

Quien precise razonar desde el derecho como *complejo de las condiciones creadas por el espíritu de cada época, que sirven para hacer posible la coexistencia social mediante la limitación del conflicto entre las libertades*, sólo tendrá que acudir a la autoridad de Silvio Romero. Mas quien necesite en una coyuntura argumental entender el derecho como *un principio de selección en la lucha por la existencia*, le bastará con acudir a Tobías Barreto.⁶ Y así, indefinidamente.

V

Debo concluir y quiero hacerlo afirmando que somos muchos los que creemos en *El gran Brasil*, denominación que ya utilicé en 1958 para titular un estudio sobre las Constituciones Políticas de este país, que procuré documentar debidamente con dos viajes, uno efectuado ese mismo año, y otro realizado siete años antes.⁷

Al releer, con ocasión de esta nueva visita, mis propias palabras he revivido y aumentado el sentimiento de admiración, y aún de estupor, que sentí en esas dos ocasiones y en otras ulteriores. El mismo que levanta en todos sus visitantes esta increíble ciudad dedicada a San Pablo, cifra y compendio de la magnífica república brasileña. Testifiqué entonces la "impresionante realidad brasileña", constitutiva de "un continente dentro de otro continente" Me apropié el pronóstico hecho por Stephan Zweig cuando dijo que "*Brasil es el país del futuro*" y me atreví a ponerle plazo, apostillando que "*no hay duda de que Brasil puede llegar a ser la gran potencia del Siglo XXI*" Anegado de nuevo mi espíritu en los mismos sentimientos de admiración y de esperanza, vuelvo a apostar para que esas profecías se cumplan para todo el país, para todos sus juristas y, particularmente, para vosotros los claustrales de la Facultad de Derecho paulista.

6. Para componer el sucinto elenco anterior he aprovechado las noticias que dan los ya citados Alfredo Morles (1972), Miguel Reale (1973 Y 1974), Mario G. Losano (1974), Nelson Saldanha (1983) y Sampaio Ferraz (1985 & 1989), y además, Luis Recaséns Siches en su *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX* (México, Porrúa, 1963, p. 548-576), que a pesar de su título comprende también la historia del siglo XIX, o sea la historia entera del país. Y Tercio Sampaio Ferraz, en su *Introdução ao estudo do direito*, São Paulo, Atlas, 1988.

7. En 1951. Ver "El Gran Brasil", en mi libro *Sociedad, Política y Gobierno en Hispanoamérica*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 283-324.

Por lo demás, sólo me resta cumplir con el satisfactorio deber de darlos las gracias por vuestros agasajos y por haberme dado esta ocasión de expresar mis ideas y sentimientos. ¿Habría bastado con expresar brevemente la gratitud que os debo y acabar ahí mi espuesta a vuestros saludos y ofrecimientos? Creo que no. En todo caso, *quod scripsit, scriptum*. La cordialidad con que habeis sobrepasado el estricto protocolo me ha incitado a excederme yo también un poco, y me ha animado a tomarme la libertad de actuar por unos minutos como un Profesor Visitante, no de Curso, ni de Cursillo, sino sólo de Lección y aún, si eso parece excesivo, de *leccioncilla*, ofreciéndoo una sencilla reflexión sobre el culto al derecho que profesamos todos los aquí reunidos. No sin pecar de osadía, pues ése no es precisamente un asunto de los que se pueden despachar con brevedad y por el procedimiento de urgencia.

Espero y deseo, con todo, que -estando como estamos en una Facultad de Derecho, y siendo casi todos los presentes juristas en ejercicio, o profesores de derecho brasileño, o las dos cosas- hayan podido suscitar algún interés esas reflexiones improvisadas sobre la jurisprudencia y el derecho brasileño que os ha confiado un colega extranjero que, habiendo sido durante muchos años profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid, ha tenido siempre una insaciable curiosidad por el derecho comparado y en especial por los sistemas jurídicos latinoamericanos. En todo caso, si esas esperanzas y deseos no se han cumplido, pido perdón por haberos distraído mientras, motivado irresistiblemente por el ambiente universitario que aquí se respira, retomaba en voz alta una reflexión iniciada ya hace varios decenios.

Lo que de cierto sí se van a ver cumplidos, estoy seguro, son mis mejores deseos de larga y fructífera vida para la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo y para todos sus claustales, servidores, alumnos, profesores y mandatarios.

He dicho.

AGRADECIMENTOS

O Serviço Técnico de Imprensa, em nome da Comissão de Publicação e do Conselho Editorial, agradece a colaboração de Carlos Alberto Bittar Filho (inglês), Marcia Muraco (italiano), Wilfredo Eduardo Martinez Galindo (espanhol) e dos estagiários André Telles do Rosário, Emerson Adriano Ferrato Melo, Jaime Meira do Nascimento Júnior, Maurício Lopes Tavares e Renato Trindade Lopes (revisão/digitação).

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).