

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO



Em Comemoração aos 170 Anos dos Cursos Jurídicos

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ISSN 0303-9838

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME 92

1997

REV DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 92, 1997

"REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO"
(UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Em seu nonagésimo segundo volume

Fundada em 1893, é publicada anualmente em um ou mais fascículos. À venda na Secretaria da Revista da Faculdade, Sala 101-I, Chefia Técnica de Imprensa.

© Todos os Direitos Reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita da Chefia Técnica de Imprensa e/ou do Presidente da Comissão de Publicações.

- 1 - Solicita-se permuta.
- 2 - On demande l'échange.
- 3 - We ask for exchange.
- 4 - Si richiede lo scambio.
- 5 - Pidese canje.
- 6 - Wir bitten um Austausch.

Revista da Faculdade de Direito / Universidade de São Paulo,
Serviço Técnico de Imprensa

Ano 1, n. 1 (nov. 1893) -
Edições Técnicas, 1893

v.

Anual

I. Direito - Periódicos. I. São Paulo (Brasil). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Serviço Técnico de Imprensa.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Endereço para venda e permuta:
"REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO"
Largo de São Francisco, 95, Sala 101-I
CEP: 01005-010 - São Paulo - SP - BRASIL
Fone/Fax: 3111-4021

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, Medicina Forense e Criminologia; 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, Medicina Forense e Criminologia; 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 do Serviço Técnico de Imprensa:
Antonio Augusto Machado de Campos Neto

Marli Conceição Mathias (assessora)
Leonidas Jean Balabakis

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

Editada pelo Serviço Técnico de Imprensa da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.



CRENCIAMENTO E APOIO FINANCEIRO DO:
PROGRAMA DE APOIO ÀS PUBLICAÇÕES CIENTÍFICAS PERIÓDICAS DA USP
COMISSÃO DE CRENCIAMENTO



**Faculdade de Direito do
Largo de São Francisco**

170 Anos

*Este fascículo da
Revista da Faculdade de Direito
foi publicado, em comemoração
aos 170 Anos da Fundação dos
Cursos Jurídicos no Brasil (*)*

() 1827-1997*

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 Nazó (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
Silvio 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
Alexandre Augusto de Castro Corrêa
Rubens Limongi França
José Afonso da Silva
Alcides Jorge Costa
Octávio Bueno Magano
José Maria Marlet Pareta
Walter Barbosa Corrêa
Anníbal Fernandes

PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

José Carlos Moreira Alves
Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Dalmo de Abreu Dallari
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
Celso Lafer
Waldírio Bulgarelli
Eros Roberto Grau
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Luiz Olavo Baptista
Fábio Maria De-Mattia
Álvaro Villaça Azevedo
Odete Medauar
Cássio de Mesquita Barros Júnior
Carlos Alberto Bittar (1939-1997)
Rogério Lauria Tucci

Fábio Nusdeo
Vicente Greco Filho
Ivette Senise Ferreira
Régis Fernandes de Oliveira
João Grandino Rodas
Guido Fernando Silva Soares
Eduardo César Silveira Vita Marchi
Rui Geraldo Camargo Viana
Hermes Marcelo Huck

PROFESSORES ASSOCIADOS

José Roberto Franco da Fonseca
José Eduardo Campos de Oliveira Faria
Eduardo Lobo Botelho Gualazzi
Newton De Lucca
José Rogério Cruz e Tucci
Edmir Netto de Araújo
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
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
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
Antonio Magalhães Gomes Filho
Sérgio Carlos Covello
Alaor Caffé Alves
Calixto Salomão Filho
Sérgio Pinto Martins

PROFESSORES DOUTORES

Octávio Leitão da Silveira
Georgette Nacarato Nazo
Sérgio Marcos de Moraes Pitombo
Paulo Salvador Frontini
Gerd Willi Rothmann
Teresa Ancona Lopez
Paulo Roberto Cabral Nogueira
Araminta de Azevedo Mercadante
Vera Helena de Mello Franco
Newton Silveira
Alcides Tomasetti Júnior
Kazuo Watanabe
Silmara Juny de Abreu Chinelato e
Almeida
Masato Ninomiya
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 Carlos Marcato
Walter Piva Rodrigues
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 Botto de Barros Tojal

Walküre Lopes Ribeiro da Silva
Nestor Duarte
Estevão Horvath
José Lopes Zarzuela
José Roberto dos Santos Bedaque
Carlos Borges de Castro
Maria Tereza Leopardi Mello
Nelson Mannrich
Irene Batista Muakad
Pedro Luiz Ricardo Gagliardi
José Luiz Gavião de Almeida
Sérgio Rezende de Barros
Marcelo Fortes Barbosa
Alberto do Amaral Júnior
Maristela Basso
Ignácio Maria Poveda Velasco
Eunice Aparecida de Jesus Prudente
Paulo Fernando Campos Salles de Toledo
Jeannette Antonios Maman
Dárcio Roberto Martins Rodrigues
João Alberto Schützer Del Nero
Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux
Sérgio Salomão Shecaira

ADMINISTRAÇÃO

Assistente Técnico Acadêmico: Neide Ferreira Lima da Silva
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

ASSISTENTES

André Luiz de Mesquita
Eduardo Domingos Botallo
Humberto Marques Filgueiras
Lídia Reis de Almeida Prado
Anna Maria Martins
João Carlos Casella
Carlos Alberto Senatore
José Raul Gavião de Almeida
Elizabeth de Almeida Meirelles
Antonio Cláudio da Costa Machado
David Teixeira de Azevedo
Antonio Carlos Mendes
José Maurício Conti
Alice Bianchini

AUXILIARES DE ENSINO

Octávio Pinto e Silva

SUMÁRIO

HISTÓRIA DO DIREITO

- Estudo sobre as Leis Caduciárias25
Aracy Augusta Leme Klabin
- História do Direito, Ciência e Disciplina31
Luiz Carlos de Azevedo

FILOSOFIA DO DIREITO

- A Teoria Aristotélica da Justiça53
Eduardo Carlos Bianca Bittar

DIREITO ROMANO

- O *Beneficium competentiae* do sócio (*socius*)77
Ignácio Maria Poveda Velasco

DIREITO CIVIL

- Princípios gerais de Direito Contratual aplicáveis à dívida externa dos países em desenvolvimento95
Álvaro Villaça Azevedo
- *Droit de Suite* ou Direito de Sequência das Obras Intelectuais...109
Fábio Maria De-Mattia
- A União Estável e os Direitos e Deveres Recíprocos dos Companheiros121
Nicolau Eládio Bassalo Crispino

DIREITO COMPARADO

- O que é a *Common Law*, em particular, a dos EUA163
Guido Fernando Silva Soares

DIREITO SOCIAL

- Direitos Sociais e Justiça A experiência norte-americana201
José Reinaldo de Lima Lopes

DIREITO DO ESTADO

- Direito Comunitário e Soberania: algumas reflexões.....231
Enrique Ricardo Lewandowski
- Regularidades Políticas Mando-Causal [—] e Mando-Casual
[– –]243
Luiz Sergio Modesto
- Maquiavel: da *virtù* e da *fortuna*.....255
Fredys Orlando Sorto

DIREITO COMERCIAL

- O Empresário ("*L'Impreditore*")269
Fábio Konder Comparato

DIREITO INTERNACIONAL

- Unificazione e Armonizzazione del Diritto Societario in
Europa..... 281
Diego Corapi
- Adoção Internacional: valor e importância das Convenções
Internacionais vigentes no Brasil 301
Georgette Nacarato Nazo

DIREITO DO TRABALHO

- Modernização e Desemprego323
Cássio de Mesquita Barros Júnior

MEDICINA FORENSE

Conceito Médico-Forense de Morte.....	341
<i>Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos</i>	

TRABALHOS ACADÊMICOS

As penas alternativas em processo de "globalização" Um novo modelo "ressocializador"	383
<i>André Cardoso da Silva</i>	
Investimentos Internacionais	401
<i>Hugo Brazioli Slivinskis</i>	
O Conceito de "Afinidade Eletiva" na Sociologia da Cultura Jurídica.....	437
<i>Eduardo José da Fonseca Costa</i>	
Breves Reflexões sobre a Lei tipificadora da Prática de Tortura (Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997) à luz da antijuridicidade concreta.....	449
<i>Andréa Galhardo Palma</i>	

DISCURSOS E CONFERÊNCIAS

- Discurso de posse do Exmo. Prof. Dr. Rui Geraldo Camargo Viana, como Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 459
- Discurso de posse do Exmo. Prof. Dr. Eduardo César Silveira Vita Marchi, como Professor Titular de Direito Romano da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 467
- Discurso proferido pela Profa. Dra. Ada Pellegrini Grinover, na posse do Magnífico Reitor Prof. Dr. Jacques Marcovitch..... 481
- Discurso proferido pela Profa. Dra. Ada Pellegrini Grinover, à Turma de 1957 (quadragésimo ano de formatura) 485

170 ANOS FACULDADE DE DIREITO

CONTRIBUIÇÃO ÀS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

- Os Diretores da Faculdade de Direito, de 1827 a 1997 495
- Histórico da Faculdade de Direito 531
- Relatório das atividades realizadas nas "Comemorações dos 170 anos de Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil (1827-1997) e do Sesquicentenário de Castro Alves" 549
- A Separação de Poderes e a Consolidação da Ordem Democrática no Brasil Solenidade de Encerramento das Comemorações dos 170 Anos de sua Existência 555
Celso de Mello
- Os 170 anos dos Cursos Jurídicos no Brasil e as Actas da Congregação dos Lentes da Academia de Direito de São Paulo 569
Álvaro Villaça Azevedo
- Actas da Congregação dos Lentes da Academia de Direito de São Paulo 573
Álvaro Villaça Azevedo
- Castro Alves em São Paulo e na sua Faculdade de Direito 581
Rubens Limongi França
- Homenagem ao Emérito Professor Dr. Goffredo da Silva Telles Júnior 589
Paulo Teixeira
Álvaro Villaça Azevedo
José Ignácio Botelho de Mesquita
Eros Roberto Grau
Goffredo da Silva Telles Júnior (agradecimento)
- Crônica das Arcadas/Carta aos Brasileiros 599
Goffredo da Silva Telles Júnior
- Talhado para a grandeza Um "Che" Guevara abolicionista Amante da poesia e da polêmica 613
Maria do Rosário Caetano
- Castro Alves em livro, vídeo e teatro Relançamento das obras completas do poeta 623
Paulo Paniago

DISCURSOS E CONFERÊNCIAS ABORDANDO OS 170 ANOS

Aos Bacharéis de 1997 da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo	627
<i>Fábio Konder Comparato</i>	
Ética como necessidade	631
<i>Sérgio Marcos de Moraes Pitombo</i>	
Bandeirantes do Direito no Terceiro Milênio (Mensagem da Turma dos 170 Anos das Arcadas)	633
<i>Thiago Augustus Santiago Neves</i>	
Tibet, a Luta pelos Direitos de uma Cultura	641
<i>A Redação</i>	
- Centro de Estudos das Normas Internacionais do Trabalho.....	645
<i>A Redação</i>	

CONTENTS

LEGAL HISTORY

- Study about Laws "Caduciárias"25
Aracy Augusta Leme Klabin
- History of Law, Science and Discipline31
Luiz Carlos de Azevedo

PHILOSOPHY OF LAW

- The Aristotelian Theory of the Justice53
Eduardo Carlos Bianca Bittar

ROMAN LAW

- The "Beneficium competentiae" of consort (socius).....77
Ignácio Maria Poveda Velasco

CIVIL LAW

- General principles of beginnings of Contractual Law to the foreign debt of the countries in development95
Álvaro Villaça Azevedo
- "*Droit de Suite*" or Law of Sequence of Intellectual Works109
Fábio Maria De-Mattia
- The Stable Union and the Rights and Reciprocal duties of the Companions121
Nicolau Eládio Bassalo Crispino

COMPARED LAW

- What is Common Law, in particular, the one of the USA.....163
Guido Fernando Silva Soares

SOCIAL LAW

- Social Laws and Justice - The north-american experience.....201
José Reinaldo de Lima Lopes

STATE LAW

- Community Law and Sovereignty: some reflections231
Enrique Ricardo Lewandowski
- Political Regularities Causal-Exact [—] Casual-Exact [— —]243
Luiz Sergio Modesto
- Maquiavel: of the *virtù* and the *fortune*.....255
Fredys Orlando Sorto

COMMERCIAL LAW

- The Undertaker ("*L'Impreditore*")269
Fábio Konder Comparato

INTERNATIONAL LAW

- Unification and Harmonization of Societary Law in Europe..
Diego Corapi281
- International Adoption: value and importance of the effective
International Conventions in Brazil 301
Georgette Nacarato Nazo

LABOR LAW

- Modernization and Unemployment323
Cássio de Mesquita Barros Júnior

FORENSIC MEDICINE

- Medical-Forensic Concept of Death 341
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos

ACADEMIC WORKS

- The alternative penalties in "globalization" process - A new one "re-socialization" model 383
André Cardoso da Silva
- International Investments 401
Hugo Brazilioli Slivinskis
- The Concept of "Elective Likeness" in the Sociology of the Juridical Culture 437
Eduardo José da Fonseca Costa
- Brief Reflections on the typified Law of Torture (Law n. 9.455, of April 7, 1997) according to the concrete anti-judicial 449
Andréa Galhardo Palma

SPEECHES AND CONFERENCES

- Speech of ownership of Dean Sir Prof. Dr. Rui Camargo Viana, as Titleholder Professor of Civil Law at Faculty of Law of São Paulo 459
- Speech of ownership of Dean Sir. Prof. Dr. Eduardo César Silveira Vita Marchi, as Titleholder Professor of Roman Law at Faculty of Law of São Paulo 467
- Speech of Profa. Dra. Ada Pellegrini Grinover, in the investment of Magnificent Reitor Prof. Dr. Jacques Marcovitch 481
- Speech of Profa. Dra. Ada Pellegrini Grinover, to the 1957 Class (fourty year since graduation) 485

170 YEARS- LAW SCHOOL

CONTRIBUTION TO ACADEMIC MEMORIES

The Principals of the Law School, from 1827 to 1997	495
Law School Historic	531
Relatory of activities taken at "170 years from the Foundation of Law Courses at Brazil" (1827-1997) and the one hundred and fifty years since Castro Alves was born"	549
The Power Separation and the Consolidation of Democratic Order at Brazil – Cerimony Ending event of the commemoration of 170 years of existence.....	555
<i>Celso de Mello</i>	
The 170 years of Law Courses at Brazil and the Acts of The Congregation of the Law Academy of São Paulo	569
<i>Álvaro Villaça Azevedo</i>	
Acts of The Congregation of the Law Academy of São Paulo....	573
<i>Álvaro Villaça Azevedo</i>	
Castro Alves in São Paulo and in the Law School	581
<i>Rubens Limongi França</i>	
Homage to the Dean Professor Dr. Goffredo da Silva Telles Júnior	589
<i>Paulo Teixeira</i>	
<i>Álvaro Villaça Azevedo</i>	
<i>José Ignácio Botelho de Mesquita</i>	
<i>Eros Roberto Grau</i>	
<i>Goffredo da Silva Telles Júnior (thanks)</i>	
Chronicle of the Arcarde - Letter to Brazilian	599
<i>Goffredo da Silva Telles Júnior</i>	
Predestinated to the greatness - An abolitionist "Che" Guevara Lover of the poesy and the polemic	613
<i>Maria do Rosário Caetano</i>	
Castro Alves in book, video and theater Releasing of complete poet works	623
<i>Paulo Paniago</i>	

SPEECHES AND CONFERENCES ABOUT THE 170 YEARS

Flag holders of Law in the Third Millenium (Message of 170 Years in Arcade Class).....	627
<i>Thiago Augustus Santiago Neves</i>	
- Ethics as a necessity.....	631
<i>Sérgio Marcos de Moraes Pitombo</i>	
- To the bachelors of 1997 of Law School of University of São Paulo	633
<i>Fábio Konder Comparato</i>	
Tibet, the fight for the Rights of a Culture	641
<i>The Editor</i>	
Studyiny Center of International	645
<i>The Editor</i>	

HISTÓRIA DO DIREITO

ESTUDOS SOBRE AS LEIS CADUCIÁRIAS

Aracy Augusta Leme Klabin

Professora Doutora aposentada da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Resumo:

A autora aborda o conceito de *Jus* que conseqüentemente nos traz a almejada justiça. Dentro deste parâmetro, o envolvimento da Lei em si, criadora do *Jus*, entendida como o conjunto de regras positivas, fixa, assim, a vida social e política da *civitas*.

Abstract:

The author speaks about the concept of *Jus* that consequently brings us the yearned justice. Within this parameter, Law's involvement itself, creator of the *Jus*, understood as the entirety of positive rules, establishing, thus, the social and political life of *civitas*.

Unitermos: *lex; jus; connubium; capitis diminuto media; ius civile.*

Cícero, o primoroso advogado, um dos maiores advogados de todos os tempos, já dizia *ubi non est justitia, ibi non potest esse jus*.

Portanto para haver o *jus* e conseqüentemente a almejada justiça, é necessária a formulação de leis para todos conhecerem e compreenderem os limites de suas ações dentro da sociedade, a fim de se poder viver dentro de relativo equilíbrio.

Lex e Jus o lugar da lei na ordem jurídica romana foi discutido. Ela pode certamente inovar; não é, porém, menos certo que algumas leis limitaram-se a consagrar oficialmente costumes anteriores. A Lei das XII Tábuas já tinha esse duplo caráter.

A Lei é, pois, criadora do *jus*, entendido como conjunto de regras positivas, fixando a vida social e política da *civitas*. Ela, porém, se subordina ao *jus* se entendermos esse termo no sentido de princípios fundamentais, impondo-se a todos. Tal o significado de *jus* numa cláusula que figurava na *sanctio* de certas leis e em virtude da qual as prescrições "contrárias ao direito", fazendo parte da *rogatio* do magistrado, deveriam considerar-se não-escritas *si quid jus non esset rogariet*,

ejusce lege nihilum rogatum - a cláusula é assinalada por Cícero (*Pro Caecina*, 33,95) a propósito duma lei de Sylla, privando da cidadania os habitantes de Volterra e segundo o grande orador, figurava em todas as leis, pelo menos ao fim da República. Impunha-se assim limite à onipotência do legislador que não podia aprovar medidas contrárias à ordem fundamental da cidade ou aos direitos essenciais dos cidadãos, como sua liberdade, por exemplo.

A palavra *lex* na linguagem romana tem diversas acepções, podendo ser entendida de modo lato ou restrito. Aqui daremos a definição de Gaio que dizia ser a *lex - quod populus jubet atque constituit* - G. 1,3.

A Lei era, pois, aquilo que o povo romano por proposta dum magistrado senatorial, como o cônsul, constituía. Para maior compreensão é mister mencionar a divisão entre *leges rogatae* e *leges datae*. *Leges rogatae* são leis aprovadas pelo voto de uma das assembléias populares, mediante proposta (*rogatio*) dum magistrado superior.

Leges datae são as leis baixadas por magistrado superior, durante a República e depois pelo imperador e destinadas às comunidades estrangeiras por ocasião de sua incorporação ao Estado romano. Não eram votadas por assembléias populares como as *leges rogatae*. A maioria delas visava a organização dos territórios conquistados. Emanavam do general vitorioso ou do magistrado incumbido de organizar a província ou nela fundar colônias. Encontraram-se várias inscrições permitindo-se conhecer mais ou menos completamente o conteúdo das *leges datae*.

Exemplo típico de *lex data* é a *lex Municipalis Tarentina*.

Continuando, devemos falar sobre as *leges caducariae*, propriamente ditas.

De início cumpre esclarecer que "caducar" significava, no sentido jurídico: ficar sem efeito seja porque não se usou o direito que se tinha; seja porque se renunciou a ele, seja porque se deixou de cumprir ato subsequente exigido.

Em resumo, significava que o ato anterior deixava de existir em face do que posteriormente aconteceu.

Feita esta pequena digressão cumpre assinalar que as mais importantes leis caducárias foram as seguintes:

Lex Julia et Papia Poppaea;

Lex Julia "de Maritandis Ordinibus";

- *Lex Julia "de Adulteriis et de Pudicitia"*;
- *Lex Julia Norbana*.

As leis *Julia "de Maritandis Ordinibus"* e *Papia Poppaea* são de caráter matrimonial, rogadas por Augusto, a primeira em 18 a.C. e a segunda em 8 d.C. Favorecem as pessoas casadas ou com filhos, e restringem os direitos hereditários de solteiros (*caelibes*) ou casados sem descendências (*orbi*) que não poderão receber a totalidade dos bens a eles devolvidos por herança.

Em outras palavras, as leis matrimoniais de Augusto tiveram por fim realizar um saneamento dos costumes, induzindo os cidadãos à dignidade do matrimônio e promover o aumento da natalidade.

As novas normas tornaram compulsório o casamento dos homens entre 25 e sessenta anos e das mulheres entre vinte e cinqüenta, determinando que a obrigação permanecesse no caso de viuvez e de divórcio. Dissolvido o matrimônio, o varão devia contrair novo matrimônio; a mulher podia permanecer livre por dezoito meses no caso de divórcio e por dois anos no caso de viuvez; tais termos resultam da *Lex Papia*. Quanto à *Lex Julia* esse prazo era de seis meses e de um ano respectivamente.

Os cônjuges e os casais com vários filhos gozavam de privilégios inspirados por uma política demográfica, enquanto os celibatários e os cônjuges sem prole eram tratados de modo desfavorável.

Com respeito aos legados, eles eram transmitidos a quem tivesse três filhos vivos em Roma, quatro na Itália e cinco nas províncias.

Os libertos, pais de dois filhos, ficavam isentos da prestação das *operae* (serviços) ao patrono, e este podia ser excluído da sucessão *ab intestato* (o patrono tinha originariamente direito à metade dos bens do liberto na sucessão), quando o liberto tivesse um patrimônio igual ou superior a 100 mil sestércios e fosse pai de três filhos.

As mulheres titulares do *jus liberorum* (três filhos se ingênuas; quatro se libertas) isentavam-se da tutela. Em 1, 145, Gaio informa: *tantum enim ex lege Julia et Papia Poppaea, jure liberorum tutela liberantur feminae*.

A liberta, mãe de quatro filhos, livrava-se da tutela patronal e o patrono podia suceder somente num quinhão.

A liberta divorciada do patrono não podia contrair novo matrimônio.

Lex Julia de Maritanbus Ordinibus.

Esta lei foi rogada, por Augusto, votada no ano de 18 a.C., favorecendo o matrimônio entre pessoas do mesmo nível social, a natalidade legítima e estabelecendo encargos tributários e restrições ao direito hereditário de solteiros e casados sem descendência; concedia ao mesmo tempo vantagens econômicas aos progenitores. Tirava ao viúvo sem filhos e aos solteiros a capacidade de adquirirem *causa mortis*. Assim sendo, os bens vacantes por essa causa transmitiam-se aos herdeiros ou legatários pais, isto é, aos que tinham filhos e na inexistência destes, ao erário (*bona caduca*).

Esta lei anulava o matrimônio contraído precedentemente a ela em virtude de suas proibições (a perda do *connubium* decorria da *capitis diminutio media*, isto é, a perda da cidadania romana, acarretando a cessação dos efeitos de *ius civile* do matrimônio).

O *connubium* perdia-se reciprocamente pela mudança de condição social, por exemplo, quando o marido da liberta fosse nomeado senador; o matrimônio contraído antes era anulado.

Repetindo: tais leis incentivavam os matrimônios entre pessoas do mesmo nível social, a natalidade legítima e impunham encargos tributários e restrições ao direito hereditário pesando sobre solteiros e casados sem descendência, ao mesmo tempo que concediam vantagens econômicas aos casados com filhos.

A fonte principal nesta matéria é o texto de Paulo, no D.23, 2, 44, do qual nos permitimos oferecer a tradução. A lei Julia assim dispõe: "*um senador, seu filho e netos ou bisnetos pelo filho não poderão com conhecimento de causa e dolosamente contrair sponsais nem casamento com liberta ou mulher, cujo pai ou mãe forem ou tiverem sido comediantes. A filha ou neta e bisneta descendentes em linha masculina de senador não poderão igualmente com conhecimento de causa e dolosamente contrair sponsais nem casamento com liberto ou com aquele cujo pai ou mãe forem ou tiverem sido comediantes. E nenhum dos supramencionados poderá com conhecimento de causa e dolosamente tomar por noivas ou esposas as filhas de senadores.*"

Proibia-se assim o matrimônio entre senadores e pessoas descendentes deles com libertas; vedava-se, ainda, o matrimônio entre ingênuos e atrizes, prostitutas, alcoviteiras e mulheres surpreendidas em adultério flagrante.

Tratavam, ainda, essas leis do *Jus adcrescendi* (direito de crescer). Os celibatários e os cônjuges sem filhos não podiam receber a quota hereditária a eles atribuída no testamento dum estranho ou dum parente afastado.

Reduziam-se, também, as doações entre marido e mulher acima de certo montante, tornando vagos os bens remanescentes, mas o fisco pagava os encargos da herança D.30, 96, 1 Juliano.

Justiniano ab-rogou toda a instituição dos *caduca* (C.6.51, 1) e fixou novas regras gerais sobre disposições testamentárias tornadas nulas por qualquer razão.

Lex Julia de Adulteriis et de Pudicitia.

Esta lei é um dos indícios mais evidentes da política de Augusto. Lei rogada, votada sob Augusto entre 18 e 16 d.C., possivelmente no ano 18 d.C. reprimia o adultério (relações sexuais com mulher casada) e o *stuprum* (relações sexuais com mulher honesta, núbil ou viúva). A última infração corresponderia ao atual atentado ao pudor e não ao estupro como modernamente entendido. Dificultava ainda o divórcio, e em sua exposição referia-se também aos imóveis dotais itálicos como sua parte integrante.

Condenava, também, o marido por lenocínio, quando ele tivesse recebido alguma coisa em virtude do adultério de sua mulher ou quando tendo conhecimento do mesmo permanecesse casado; ou ainda quando silenciasse sobre o adultério flagrante da mesma.

As mulheres não tinham ação para acusar de adultério os maridos, pois a lei só concedia tal direito aos maridos ou pais.

A pena contra ambos os infratores era a do confisco da metade dos bens, absolvendo-se, contudo, a mulher que sofresse violência.

O texto desta lei encontra-se na Coll. 4, 2,1 (D. 48. 5 - C. 9, 9).

Lex Junia Norbana.

Esta lei foi rogada provavelmente pelos cônsules M. Junios Silano e Norbanos Balbos no ano 19 d.C.; regulava o regime da manumissão (alforria), limitando-a e denegava a cidadania romana a certos libertos, equiparados aos *latini iuniani*.

Fontes: G-1, 80 G-2, 110, 275 Ulp.1, 5, 10.

São Paulo, dezembro de 1996.

Bibliografia.

- ALVIZ, Faustino Gutierrez, *Dicionário de Derecho Romano*. Reus S.A, Madrid, 1982.
- BERGER, Adolf - *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. v. 1, Philadelphia, 1953.
- CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano - *Manual de Direito Romano*. vs. 1 e 2, Editora Saraiva, São Paulo, 1949.
- GAUDEMMENT *Institutions de l'Antiquité*. 1 v., Paris, 1967.
- GRELLET, Dumazeau *Le Barreau Romain*. 1 v., Paris, 1858, ps. 122 e 123.
- LISSNER, Ivair *Assim viviam os nossos antepassados*. Editora Itália Ltda., Belo Horizonte.
- Novissimo Digesto Italiano - v. IX.
- PORCHAT, Reynaldo *Curso Elementar de Direito Romano*. v. I, Duprat & São Paulo, 1907.
- RÁO, Vicente *O Direito e a Vida dos Direitos*. v. I.
- SHERWIN, A. N. *The Roman Citizenship* - White, Oxford, At the Clarendon Press, 1939.
- SMITH, Munroe *The Development of European Law*. Columbia University Press, 1928.
- The Oxford History of the Roman World*. Edited by John Boardman etc. Oxford University Press, 1986.

HISTÓRIA DO DIREITO, CIÊNCIA E DISCIPLINA

Luiz Carlos de Azevedo

Professor Associado do Departamento de Direito Processual da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo

Resumo:

O autor busca, em sua obra, demonstrar a importância do estudo da História do Direito para a compreensão dos institutos jurídicos atuais, procurando no passado (associado aos momentos político-histórico e cultural) respostas para as mudanças daqueles. Também procura mostrar a importância deste estudo para os vários ramos do Direito, além de fazer breve análise de suas fontes. Traça, ainda, a evolução do curso de História do Direito em Portugal, a criação e desenvolvimento deste no Brasil, bem como a sua presença nos mais variados cursos de Direito em todo o mundo.

Abstract:

The author aims, at his work, to show the importance of the study on History of Law due the understanding of nowadays juridical institutes, looking at the past (coordinated with political, historical and cultural miment) for answers that explain those. He also intends to show the importance of this study for the various wings of Law, yonder a short analysis of its resources. He defines, yet, the evolution of the Law History of Portugal, the creation and development of this one in Brazil, as well its presence in various studies of Law throughout the world.

Unitermos: História do Direito; evolução do curso de História do Direito.

Sumário:

1. Introdução.
2. Conceito de História do Direito.
3. A História do Direito e os vários ramos da ciência jurídica. Interdisciplinaridade. Fontes.
4. A História do Direito, disciplina obrigatória integrante dos cursos jurídicos.
5. O ensino da História do Direito no Brasil.
6. O ensino da História do Direito no exterior.
7. A consolidação da História do Direito como disciplina obrigatória do currículo do curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

8. Conclusão.

Bibliografia.

1. Introdução.

Todo Estado dispõe de ordenamento jurídico próprio, composto de normas nas quais se distinguem determinados valores protegidos pelo Direito. Estes valores, ou bens jurídicos, contam com maior ou menor amparo perante as respectivas normas que os resguardam, conforme a natureza e relevância que estas lhes emprestaram, no momento em que editadas e em face do ambiente social para o qual se destinaram; e como o substrato social se encontra em continuada alteração, também aquelas vão conhecendo periódicas mudanças, de acordo com a época e conveniência de sua manutenção, ou-não.

Assim, conforme as exigências de ordem política, econômica ou cultural, um ato antijurídico, que estava a merecer apenas uma repressão de caráter civil, é colocado pelo legislador sob outro prisma de valores, e a necessidade de se proteger a ordem jurídica provoca, então, uma sanção mais rigorosa para a hipótese; ou ocorre o inverso, e o ato, embora continue sendo reconhecido como ilícito, deixa de sofrer aquela pena, passando a ser coibido ou condicionado a outros meios igualmente válidos para o restabelecimento do direito atingido.

Ora, para que se possa bem compreender todo o envolvimento que este problema comporta, não é possível se ater unicamente ao momento em que o ato acaba de ser praticado e ao dispositivo legal que o regulamenta ou sanciona; é preciso ir mais além, colhendo este e aquele na sua inteira extensão e plenitude, para visualizá-los sob um critério amplo e abrangente; na verdade, se o Direito constitui uma expressão inseparável de qualquer meio social civilizado; e se este Direito não se conserva estático, mas se dinamiza e se transforma na medida em que as condições sociais assim exigem; não há como desvinculá-los da realidade histórica, pois é preciso saber como este Direito foi, até ontem, para entendê-lo, hoje, e melhorá-lo, amanhã.

Já se disse que a ordem jurídica se assemelha a um imenso relógio, repleto de engrenagens: algumas delas, possuem movimento rápido e visível; outras, mais moroso e apenas perceptível; outras, enfim, trazem movimento tão-lento, que parecem imóveis. Por isso, para medi-las, deve-se considerá-las dentro de um larguíssimo período de tempo. E são justamente estas engrenagens mais lentas que não podem ser desprezadas; ao revés, devem ser levadas em consideração, antes que as outras; ou, por outra, deve-se atentar, de preferência, para aqueles institutos que revelaram possuir maior longevidade e estabilidade, porque foram eles que influenciaram o pensamento jurídico em maior profundidade e dimensão.¹

Ora, como buscar a evolução de um determinado Direito sem se valer do concurso da História e sem cuidar dos fundamentos sociais, políticos, econômicos e culturais que dirigiram a conduta do conglomerado humano que o adotou e utilizou?

Daí a importância inestimável da História do Direito: fornecer ao Direito atual a compreensão dessa retrospectiva, esclarecendo dúvidas, afastando imprecisões, levantando, passo a passo, a verdadeira estrutura do ordenamento, seus institutos mais sólidos e perenes, suas bases de fundo e suas características formais, até alcançar a razão de ser de seu significado e conteúdo.

2. Conceito de História do Direito.

Mas a História do Direito não se reduz a um inventário, nem se limita a erguer e revolver os antecedentes históricos das instituições ora vigentes; explica-se, não pela volta às antigüidades jurídicas, mas pelo fato de constituir o "*único caminho para a compreensão da essência do Direito*" na sua atual conjuntura.²

Na condição de ciência que é, descreve e revela; pesquisa e esclarece; coordena e explicita a vida jurídica de um povo em seus mais variados aspectos, detendo-se nas fontes, nos costumes, na legislação que o rege, em todas as manifestações, enfim, que possibilitem o aperfeiçoamento dessa compreensão como um todo, resultante do conhecimento dos fatos ocorridos e das impressões maiores ou menores que estes deixaram.

1. Bruno Paradisi, *Questioni Fondamentali per una Moderna Storiografia del Diritto*, in "Apologia della storia giuridica", Bologna, 1973, Il Mulino, pp. 488-489.

2. José Manuel Pérez-Prendes Y Muñoz De Arracó, *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, Ed. Darro, 1978, p.17.

É tanto uma ciência histórica, quanto jurídica; em face desta dualidade, sua área de atuação não se restringe a limites rígidos ou previamente direcionados; já que não se conforma com a mera descrição dos fenômenos jurídicos, deve compreendê-los e explicá-los desde o momento em que sucederam, como na seqüência temporal na qual persistiram sobrevivendo ou deixando de existir.

Não é um trabalho fácil: para bem entender o significado e alcance de um determinado ordenamento de natureza jurídica, o pesquisador desdobra o seu estudo por etapas, dirigindo-se, primeiramente, ao conteúdo das normas e instituições; partirá, depois, para as condições sociais que levaram ao estabelecimento daquelas e destas; competirá perscrutar o problema da efetividade do ordenamento no meio que lhe corresponde, certificando-se de que forma e em que medida tais e quais institutos ainda se encontram válidos, por que desapareceram, ou, ainda, por que não dispõem nem exercem mais a influência que antes gozavam.³

Um esforço de tal porte não interessa apenas sob o ponto de vista histórico, circunscrito ao retrospecto dos fatos e atos vividos e legados aos pósteros; mas traduz utilidade, também, ao jurista de hoje, prático, técnico, dogmático, pois não é possível desvincular o Direito atual das causas que determinaram a sua juridicidade.

Há verdades fundamentais a serem consideradas: por mais que se pretenda afogar o passado, o fundo tradicional sempre emerge, principalmente quando se cuida de uma ciência como o Direito, a qual, por índole, é mais conservadora do que as outras; e por mais que se removam ou substituam as instituições, nunca se desprezam, por inteiro, aquelas que consolidaram a estrutura básica da sociedade, as quais perduram no tempo e no espaço à conta de inarredável condicionalismo histórico.

Ademais, se alguém aspira a empenhar-se com afinco ao estudo do Direito, empregando-o e utilizando-o para o exercício de sua atividade profissional, não pode reduzir-se à leitura sistemática dos textos legais vigentes, aplicando-os mecanicamente na medida em que se possam ajustar aos casos concretos; a tarefa é sobremaneira ingente: compreensão e explicação; sugestões e idéias; experiência e interpretação, são qualidades que se integram a este trabalho; e no qual se insere, por

3. Helmut Coing, *Las Tareas del Historiador del Derecho*, trad. de Antônio Merchán, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1977.

sua vez, a História do Direito, pois ela ensina que o Direito não surgiu espontaneamente *ex nihilo*, mas sempre esteve condicionado a incontáveis ordens de realidade, nunca estáticas, mas dinâmicas, e que se alternam, conforme igualmente se modificam outros inumeráveis fatores que a vida continuamente proporciona.

3. A História do Direito e os vários ramos da ciência jurídica. Interdisciplinaridade.

Fontes.

Onde há de se colocar a História do Direito entre os vários ramos que este último comporta? Costuma-se dizer que o historiador é reconhecido pelos juristas... como um bom historiador e, entre os colegas historiadores, como um bom jurista. Se por um lado não deixa de ser incômoda a sua insistência em retroagir ao estado temporal das questões que examina, também esta ressalta na mentalidade jurídica, tônica que identifica todos os temas que aborda.⁴ O vastíssimo campo pelo qual atua conduz necessariamente à interdisciplinaridade, pois está ele tanto às voltas com as instituições de Direito Público, quanto de Direito Privado; aqui, o tema é de Direito Civil, ali, de Direito Penal, Processual, Administrativo... Nem vale a pena estabelecer algumas regras para esse fim: durante a Idade Média, por exemplo, uma das principais características do período é justamente a ausência de regras e de parâmetros estanques que possam melhor orientar o pesquisador.

E a tarefa torna-se ainda mais complexa quando o leque se amplia até a Filosofia do Direito ou ao Direito Constitucional, presentes no estudo da evolução do pensamento jurídico e das idéias políticas. Para uma possível compreensão do conteúdo da História do Direito, muito ajuda, por certo, a classificação das fontes nas quais esta se escora, sejam elas jurídicas ou não; entre as primeiras, principalmente as leis e os costumes, sem que se desprezem as secundárias, fartas em número e que se acham dispersas nos tratados, contratos, termos, documentos, tabuletas, alvarás, testamentos, etc. As segundas compreendem acervo ainda mais extenso: obras filosóficas, históricas, científicas, literárias, artísticas; a contribuição do folclore, das lendas e mitos populares, dos hábitos culturais e religiosos, a maneira como se vestiam as pessoas, alimentavam-se, qual o tratamento que se davam nas relações do dia a dia, os estamentos sociais em que se dividiam. Tantas

4. Hans Thieme, *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte*, p. 288 apud José Antonio Escudero, *Curso de Historia del Derecho*, Madri, 1995, p. 33.

marcas e sinais, imagens vívidas de um povo sobre o qual se pretende esmiuçar as origens, tendências, inclinações, o seu grau de civilização, enfim.

A amplitude do domínio que a História do Direito abarca, constitui o selo mais significativo da sua importância e valor entre as ciências jurídicas. Não estorvam lindes espaciais ou temporais, nem balizas geográficas ou cronológicas: estas poderão ser adotadas eventualmente, quando necessárias ao melhor entendimento deste ou daquele objeto, ou para que o leitor não se perca em anacronismos. Mas a investigação é tanto sincrônica, quanto diacrônica de modo a permitir, assim, a percepção de um sistema jurídico como um todo, bem como a valoração das gradações cambiantes que nele ocorreram. De há muito deixou de ser meramente descritiva, para fornecer a reconstrução viva dos fatos, colocando-os à luz de "*processos orgânicos e evolutivos*"; trata-se de conhecer "*o ambiente físico, os fatores étnicos e o meio social em que as instituições jurídicas nascem e se desenvolvem; e de observar a origem e transformação dessas instituições, relacionando-as como o condicionalismo social e natural de que são produto*"⁵

Para que se tenha uma breve idéia de como este labor empolga, basta exemplificar que do exame de tais impulsos concluir-se-á que nem sempre o Direito positivo vigente em determinado período histórico, em dada região, vinha conforme a consciência jurídica do povo que a habitava; que nem sempre as leis ditadas com soberba pelas autoridades governantes recebiam respaldo entre a população encarregada de as suportar...

4. A História do Direito, disciplina obrigatória integrante dos cursos jurídicos.

A História do Direito, embora presente desde épocas remotas que se perdem na origem das civilizações, teve o seu estudo institucionalizado de dois séculos para cá, incorporando-se definitivamente ao elenco das ciências jurídicas, de modo a constituir disciplina obrigatória para a formação de todo aquele que procura um completo conhecimento do saber, no campo do Direito.

Para comprovação desta assertiva, impõe-se, então, o retorno ao século XVIII e ao regime que vigia em Portugal e, por consequência, no Brasil, antes da Independência.

5. Waldemar Martins Ferreira, *História do Direito Brasileiro*, Rio-São Paulo, Livraria Freitas Barros, 1951, pp. 17-18.

Passava-se por crítico período, pois o guante colocado sobre as idéias, e a censura, distintivos do absolutismo, forçavam o imobilismo da sociedade e de suas eventuais vocações. E o Direito no qual aquela se arrimava seguia por igual destino, conformando-se os juristas em repetir "o longo préstito de autores", abusando da fastidiosa enfiada de remissões, tão bem exemplificadas nas obras dos tratadistas da época. O marasmo científico e intelectual traduzia o ferrolho aos estímulos e a estagnação dos espíritos, enquanto as regras universitárias, alheias ao que sucedia no continente, advertiam aos estudantes em cânones e leis que eles se detivessem, por cinco cursos inteiros, na leitura das Institutas, do Digesto, do Decreto de Graciano, das Clementinas, do Sexto... e nada mais. (Estatutos da Universidade de Coimbra de 1559, capítulos 99, 100 e 101).⁶

Esta incompreensível imutabilidade sacudiu-a o terremoto de Lisboa, levantando dos escombros da tragédia as idéias que o Iluminismo carreava. E a Lei da Boa-Razão, de 1769, ainda que editada sob o crivo do Absolutismo, veio promover sensíveis modificações no quadro político e administrativo da nação lusa, as quais teriam que influir, por sua vez, na estrutura do Direito até então utilizado.

Já alguns anos antes, porém, discutia-se a necessidade de acompanhar o movimento de renovação cultural que corria pela Europa, estendendo-se este debate até a área do ensino do Direito; nas cartas dedicadas a este tema, Luís Antônio Verney advertia: "*Quem sabe somente quatro apostilas, ainda que as tenha presente na memória, eu não o distingo do papagaio que repete aquilo que ouviu muitas vezes. Isto não é ser jurista, nem para lá vai*" (*Verdadeiro Método de Estudar*, v. IV carta 13a, I, c, 3). E continuava: se um jurista desconhece a História Civil, principalmente a Romana e um teólogo ignora a História da Igreja, "*sem mais outro exame assente que nem Leis, nem Teologia sabe; porque a História é uma parte principal destas duas faculdades, sem a qual não é possível que um homem as entenda*" (I, d, 1).⁷

A apreciação do exímio educador não se limitou à crítica sobre a maneira ultrapassada pela qual era ministrado o curso jurídico na Universidade de Coimbra; aprofundou-se o autor na descrição detalhada dos "*métodos recomendados*

6. Estatutos da Universidade de Coimbra, 1559, Padre Serafim Leite, 1963, por ordem da Universidade, pp. 278 e ss. Estes estatutos seriam alterados, em parte, antes de 1772, mas não o sistema de ensino.

7. Luís Antônio Verney, *Verdadeiro Método de Estudar*, Lisboa, Sá da Costa, 1952, v. IV, pp. 117 e 119.

para as diferentes disciplinas jurídicas, segundo o critério exposto pelo notável iluminista italiano, Luiz Antônio Muratori, de quem se considerava discípulo" ⁸ A longa exposição que faz sobre a matéria compõe um dos capítulos de seu trabalho (II, b, 1, 2, sq.), partindo do princípio de que o jurisconsulto tem manifesta necessidade do estudo da História "visto ser ela a que mostra por que fim e em que circunstâncias e tempo foram feitas as ditas leis" já que "muitas delas parecem contrárias as outras" (II, a).⁹

Não há propósito em demorar na exposição sistemática dos estudos sugeridos, bastando acrescentar que se acolheram quando da divulgação dos novos estatutos da Universidade, no ano de 1772; ao tratar das disciplinas que deveriam ser ensinadas no curso de Direito Civil, as normas ali contidas dispuseram que "*nenhum Direito pode ser entendido sem um claro conhecimento prévio, assim do Direito Natural, Público e Universal e das Gentes; como da História Civil das Nações e das leis para elas estabelecidas, conforme as diferentes épocas dos tempos e as diversas conjunturas que nelas ocorreram; por serem estas prenoções indispensáveis para a verdadeira inteligência de todas as leis e do genuíno sentido delas. Mandô que no sobredito Curso Jurídico haja lições públicas: Iº: de Direito Natural, Público Universal e das Gentes; IIº: de História Civil do Povo e do Direito Romano; IIIº: da História Civil de Portugal e das Leis Portuguesas*" (Estatutos da Universidade de Coimbra, Liv. II, Tít. II, cap. III, item 9). O programa das lições de História do Direito Civil, Romano e Português, prossegue no capítulo VI do mesmo título e Livro dos estatutos, ali se especificando, quanto à última seção, que seriam estudadas as leis, usos e costumes legítimos da nação portuguesa, passando, depois, à História da Jurisprudência Teorética, ou Ciência das Leis em Portugal, e à História da Jurisprudência Prática, ou do exercício das Leis (Tít. III, cap. IX, 1).¹⁰

O professor designado para reger a cadeira seria obrigado a formar um "Compêndio Elementar de História do Direito" (Tít. III, cap. IX, 14),¹¹ tarefa da qual se incumbiu Pascoal José de Melo Freire dos Reis, dando a conhecer a sua *Historiae iuris civilis Lusitani liber singularis*, a qual seria reconhecida oficialmente para o

8. Moacyr Lobo da Costa, *A Revogação da Sentença*, São Paulo, EDUSP/Ícone, 1995, p.186.

9. Luís Antônio Verney, *ob. cit.*, pp. 159 e ss.

10. *Estatutos da Universidade de Coimbra*, 1772, Coimbra, 1972, por ordem da Universidade, pp. 284 e 357.

11. *Estatutos da Universidade de Coimbra*, 1772, *cit.*, p. 364.

estudo da disciplina. Desde 1774, todavia, esta vinha sendo ministrada pelo insigne jurista, sendo certo que, a partir dessa data, nunca mais deixou de figurar no currículo do curso jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

A par da contribuição bibliográfica dos professores que se lhe seguiram, Francisco Coelho de Sousa e São Paio (1789) e Ricardo Raimundo Nogueira (1795), a historiografia jurídica conheceu expressivo influxo, mormente após a criação da Academia Real das Ciências de Lisboa: Antônio Caetano do Amaral, José Anastácio de Figueiredo, João Pedro Ribeiro, José Veríssimo Alves da Silva são nomes que ressaltam entre a produção científica do período a qual continuaria ainda com maior significado durante o curso do século XIX, aí despontando a contribuição de Manoel Antônio Coelho da Rocha, do vulto superior que foi Alexandre Herculano, do dedicado empenho de Henrique da Gama Barros. Na seqüência, já para os nossos dias, entre outros, José Ferreira Marnoco e Souza, Manoel Paulo Merea, Luís Cabral de Moncada, Guilherme Braga da Cruz, Marcello Caetano, Mário Júlio de Almeida Costa e Nuno Espinosa Gomes da Silva.

Hoje, a História do Direito permanece como disciplina fundamental do currículo de todas as Faculdades de Direito de Portugal: está no primeiro ano da tradicional Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. A presença ocorre, da mesma forma, no curso de pós-graduação, compondo o conjunto das ciências legais históricas. Ainda na graduação, vem contemplada no curso de Direito da Universidade Autônoma de Lisboa "Luís de Camões" (1º ano, História das Instituições); da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (1º ano, História do Direito Português); no Departamento de Direito da Universidade Internacional, Lisboa (1º ano, História do Direito); na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto (1º ano, História do Direito); no Departamento de Direito da Universidade Portocalense, Porto (1º ano, História das Instituições), etc.

5. O ensino da História do Direito no Brasil.

No Brasil, o estudo de História do Direito, embora não contasse com cadeira própria, quando da instituição dos cursos jurídicos, sempre esteve presente na preocupação dos educadores e no magistério desenvolvido nas Faculdades de Direito de São Paulo e do Recife.

Assim é que a Carta de Lei de 11 de agosto de 1827, ao criar os cursos jurídicos, dispôs que seriam provisoriamente regidos, no que fossem aplicáveis e enquanto a congregação de lentes não-elaborasse o seu regulamento, pelos estatutos de autoria de Luiz José de Carvalho e Mello, Visconde da Cachoeira; na exposição detalhada que estes fazem das disciplinas do currículo, incluiu-se a História do Direito, de tal forma que o professor remontasse "*às origens da monarquia portuguesa, referindo as diversas épocas, os diversos códigos e compilações e tudo mais que fosse necessário para que os estudantes conhecessem, a fundo, a marcha que tem seguido a ciência do Direito Pátrio até o presente*"¹²

Mais tarde, a reforma estabelecida pelo Decreto n. 1.134, de 30 de março de 1853, referendada no ano seguinte, pelo Decreto n. 1.386, de 28 de abril, inseria, no terceiro ano, a cadeira de Direito Civil Pátrio com análise e comparação do Direito Romano, demonstrando a importância dada às raízes históricas.

Entre a literatura jurídica correspondente que se seguiu, Sacramento Blake anota em sua compilação o "*Tratado sobre as fontes do Direito Positivo para servir de introdução a um curso de Direito Pátrio*" de autoria do conselheiro João Crispiniano Soares, catedrático de Direito Romano a partir de 1854, trabalho escrito em colaboração com o conselheiro Joaquim Ignácio Ramalho, outro mestre da Casa.¹³

Aliás, a busca às fontes dos institutos a estudar constituía método comum entre os juristas do período, bastando remontar às obras então publicadas entre as quais, à título de exemplo, cite-se o clássico "*Da posse e das ações possessórias segundo o Direito Pátrio comparado com o Direito Romano e o Canônico*" do Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, catedrático de Direito Romano na década 1860-70. Na verdade, a utilização do método histórico-dogmático prossegue, "assinalando o valor da história para explicar o espírito da legislação", interpretando-a como fato da vida e da sociedade numa extensa sucessão de manifestações do pensamento humano.¹⁴

12. Alberto Venâncio Filho, *Das Arcadas ao Bacharelismo*, São Paulo, Ed. Perspectiva, 1982, p. 32.

13. Augusto Victorino Alves Sacramento Blake, *Dicionário Bibliográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1883, 3º v., p. 396 e 4º v., p. 152, referindo-se aos mestres citados; J.A. Almeida Nogueira, *Academia de São Paulo - Tradições e Reminiscências*, São Paulo, 1900, sexta série, 6º v., p. 73.

14. Alfredo Buzaid, prefácio à obra *Origem e Introdução da Apelação no Direito Lusitano*, de Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo, FIEO, 1976.

Marco ainda mais expressivo da época do Império, todavia, são os pareceres de Rui Barbosa sobre a reforma do ensino secundário e superior: na parte em que se dedica ao ensino jurídico, sugere ele a adoção da cadeira de "*História do Direito Nacional, matéria de primeira ordem, que contém, por assim dizer, a história das origens, dos monumentos e da evolução das instituições do país. É curso que encontramos estabelecido em quase todas as Faculdades de Direito organizadas*".¹⁵

Finalmente, às vésperas do novo regime, é aprovada a Reforma Franco de Sá (1885), a qual dividiu o curso de direito em dois ramos, criando também, várias novas cadeiras: entre elas, a de História do Direito.

Proclamada a República, por iniciativa de Benjamin Constant, titular da Pasta de Instrução Pública, é promulgado o Decreto n. 1.232-H, de 2 de janeiro de 1891: separam-se os cursos de Direito em ciências jurídicas, ciências sociais e notariado: no primeiro, aparece a cadeira de Filosofia e História do Direito; e, também, a de História do Direito Nacional. No segundo, repete-se apenas a de Filosofia e História do Direito. Para esta última, em São Paulo, incumbiu-se da regência o professor Pedro Lessa, enquanto o professor Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho foi nomeado catedrático de História do Direito Nacional, por Decreto de 21 de março de 1891. No Recife, a partir do mesmo ano, ficou responsável pela História do Direito Nacional o professor Isidoro Martins Júnior, autor do conhecido compêndio que leva o mesmo nome da disciplina e que, por sua importância, mereceu publicação oficial em 1979.

Mas, como lembra o Professor Waldemar Ferreira no primeiro capítulo da sua "*História do Direito Brasileiro*" verificou-se que não se ajustava bem o ensino concomitante ou mesmo sucessivo da Filosofia e História do Direito na mesma cadeira, por prejudicar "*o desenvolvimento expositivo de uma ou outra matéria*."¹⁶

Quando da reorganização dos currículos nas Faculdades de Direito, ocorrida em 1895 (Decreto n. 314) fixa-se a disciplina denominada História do Direito especialmente do Direito Nacional no 5º ano (3ª cadeira), passando a ministrá-la, em São Paulo, o citado professor Aureliano Coutinho. A *Revista da*

15. Rui Barbosa, *Reforma do Ensino Secundário e Superior*, in Obras Completas de Rui Barbosa, v. IX, t. I, p. 108, Rio de Janeiro, 1942.

16. Waldemar Martins Ferreira, *ob. cit.*, pp. 12-14.

Faculdade de Direito de São Paulo, do ano de 1896 (v. IV), traz o discurso inaugural por ele proferido, no qual o ilustre mestre ressalta o valor e o significado da História do Direito, quando nos desvenda a ação benéfica e incessante desse poderoso fator de civilização, que acompanha o homem na sua marcha progressiva para o ideal de perfeição.¹⁷

Sobrava-lhe o intuito de elaborar compêndio a respeito da matéria, tanto que assim o declara na mesma oração, ao acentuar que à cadeira da História do Direito Nacional, da qual fora o primeiro catedrático, adicionava-se o ensino da História do Direito, antes anexo à Filosofia do Direito. De tal sorte, a duplicação da responsabilidade animava-o ao projeto, inviabilizado por súbito falecimento; substituiu-o o professor João Pedro da Veiga Filho, nomeado por Decreto de 12 de maio de 1897.

Assim, de 1891 até 1901, quando sobrevém nova reforma no ensino do Direito (Decreto n. 3.903, de 12 de janeiro de 1901) suprimindo a cadeira, foi ela ensinada, nesta Faculdade, por dois notáveis educadores e juristas.

De seu retorno por mais de uma vez se cogitou: Aurelino Leal anota em livro publicado em 1907, sobre *A Reforma do Ensino do Direito no Brasil*, que existia projeto na Câmara visando a sua inclusão no programa; no ensino, o autor oferecia um substitutivo, insistindo pelo Direito Romano, no 1º ano, e pela História do Direito Nacional, no 2º; e dizia que "*eliminar dos programas das Faculdades de Direito os estudos históricos é desconhecer a atual compreensão pedagógica que manda remontar às origens, para que a assimilação seja mais completa e mais sólida, pois, a cultura*".¹⁸

Décadas mais tarde, o Primeiro Seminário de Ensino Jurídico, realizado em 1967, sob o patrocínio do Instituto dos Advogados Brasileiros, ao tratar do currículo mínimo do curso de Direito, ampliava aquele estabelecido em 1962, pelo Conselho Federal de Educação (Parecer n. 215, Documenta n. 10) para incluir, entre outras disciplinas, a História do Direito.

Aliás, esta já vinha sendo lecionada em inúmeras Faculdades de Direito do país: a *História do Direito, especialmente do Direito Brasileiro*, do professor Haroldo Valladão, que contém, no apêndice, o programa respectivo, adotado no Centro de Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica e na

17. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. IV, 1896.

18. Alberto Venâncio Filho, *ob. cit.*, p. 240.

Universidade Federal, ambas do Rio de Janeiro (1962-72) é o melhor comprovante de sua inclusão e difusão pelos cursos jurídicos brasileiros.¹⁹

Na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, depois de reaberto o curso de doutorado, o professor Waldemar Ferreira desenvolveu, em curso regular, as suas preleções sobre a História do Direito Nacional, as quais iriam compor, a seguir, a sua clássica obra, *História do Direito Brasileiro*, publicada a partir de 1951.

Anos mais tarde, extinto o curso de doutorado e criado o de pós-graduação, nos níveis de mestrado e doutorado, os estudos históricos continuaram a compor o rol das disciplinas ofertadas aos interessados, distribuídas na História do Direito e na História do Processo Romano, Canônico e Lusitano, sob a regência, respectivamente, dos professores Alexandre Augusto de Castro Corrêa e Moacyr Lobo da Costa.

No curso de graduação, quando das modificações introduzidas na estrutura curricular, criaram-se, em 1990, as disciplinas História do Direito e do Pensamento Jurídico I e II (DCV 328, com três créditos e DCV 329, com dois créditos) a serem ministradas, respectivamente, no 5º e 6º semestres (sessão de 30 de maio de 1989, da Comissão de Graduação, presidida pelo professor Antonio Junqueira de Azevedo e ofício datado de 4 de julho desse mesmo ano, endereçado pelo então Diretor da Faculdade, professor Dalmo de Abreu Dallari, à Secretaria da Universidade de São Paulo of. ATC/155/FD/04/07/1989).

Foram designados como responsáveis pela regência das disciplinas os professores Antonio Junqueira de Azevedo e Cláudio De Cicco, passando o programa a fazer parte da referida estrutura curricular; e na seqüência, tendo em vista nova resolução da Comissão de Graduação, para atender ao melhor desenvolvimento do curso, as disciplinas mencionadas passaram a ser ministradas no 3º e 4º semestres (segundo ano do ciclo institucional) com igual carga horária e atribuição de créditos, delas se incumbindo os professores Luiz Carlos de Azevedo, Ignácio Maria Poveda Velasco e José Reinaldo de Lima Lopes. Hoje, para o Departamento de Direito Civil, a disciplina denomina-se "História do Direito"

O conteúdo do programa segue o mesmo teor, a par das naturais alterações introduzidas pelos atuais mestres das disciplinas, os quais têm procurado

19. Haroldo Valladão, *História do Direito, especialmente do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1972.

ênfatar, além do embasamento histórico-dogmático que aquele possui, um sentido particularmente humanístico nas preleções, como elemento imprescindível de formação do estudante de Direito, seguindo, aliás, neste passo, o mesmo critério adotado pelos professores que os antecederam; além disto, tem sido desenvolvido, de forma aprofundada, o ensino de temas de expressiva importância na formação do aluno, como faz exemplo o estudo do Direito Comum e da sua introdução no Direito Lusitano ao tempo da criação das Universidades Medievais, ressaltando a influência que aquele teve na elaboração das Ordenações do Reino; procura-se, assim, valorizar a nossa tradição jurídica e o embasamento romano-canônico no qual esta se assenta para que os estudantes possam se familiarizar com os fundamentos históricos do Direito que irão futuramente exercitar na vida profissional; não se descure, finalmente, do ideal ético e moral que há de prevalecer na consciência daquele que se dedica a todos os ramos profissionais que o Direito proporciona. E há uma atenção especial para a História do Direito Brasileiro, desenvolvida de modo mais específico na última parte do programa.

Vale acrescentar que a receptividade destes estudos tem sido extremamente significativa, circunstância que se denota tanto nas aulas teóricas quanto no desenvolvimento de seminários e atividades extracurriculares.

Acrescente-se, ainda, no âmbito nacional, que a permanência da disciplina História do Direito no currículo que lhe corresponde tem sido constante preocupação daqueles incumbidos de diagnosticar e oferecer perspectivas e propostas para o ensino jurídico: a Comissão da Ordem dos Advogados, em 1991, ao traçar diretrizes a esse respeito, dispôs que o currículo deve ter composição tridimensional integrada, interligando disciplinas de formação geral, disciplinas profissionalizantes e atividades práticas, sendo que as primeiras têm por finalidade desenvolver a formação fundamental do aluno, capacitando-o ao raciocínio jurídico, à interdisciplinaridade, à reflexão crítica, às transformações sociais e jurídicas, incluindo-se aí, entre outras, a Sociologia, Filosofia, História do Direito, Hermenêutica, Ética e as teorias gerais abrangentes dos vários ramos do Direito Privado e Público.

Dois anos mais tarde, participantes do Seminário Nacional dos Cursos Jurídicos, realizado em Brasília, no tema relativo à elevação da qualidade e avaliação, concluíram que *"era necessário proporcionar ao acadêmico embasamento humanístico, com ênfase nas disciplinas como Filosofia Geral, Filosofia Jurídica, Sociologia Jurídica e outras matérias fundamentais e*

interdisciplinares, a exemplo da Sociologia Geral, Teoria Geral do Direito, Hermenêutica, Economia, Metodologia Científica, História do Direito, Português e Linguagem Jurídica, Fundamentos da Ética Geral e Profissional"

Por último, a Portaria n. 1.886, de 30 de dezembro de 1994, ao fixar as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico, embora não mencione expressamente a disciplina História do Direito, a esta acaba se reportando, de modo genérico, quando dispõe no parágrafo único do art. 6º que as demais matérias e novos direitos (além daqueles especificados nos itens I e II) serão incluídos nas disciplinas em que se desdobrar o currículo pleno de cada curso, de acordo com as suas peculiaridades e com observância da interdisciplinaridade.

Como já se fez menção, nas Faculdades de Direito brasileiras, o ensino de História do Direito não tem sido descurado, fazendo parte do currículo de inúmeros estabelecimentos de ensino superior, seja como disciplina autônoma, seja como integrante das matérias básicas, lecionadas nos primeiros anos do curso.

6. O ensino da História do Direito no exterior.

No exterior, em especial naqueles países que adotam o denominado sistema continental (família romano-germânica) e que encontra suas raízes no Direito Comum, romano-canônico, a disciplina é lecionada obrigatoriamente, na grande maioria das Faculdades de Direito.

Na Áustria, suas Universidades (Viena, Graz, Innsbruck, Salzburg, Linz) a incluem nos cursos de Direito, compondo a primeira seção, ou seja, contemplando-a como uma das matérias básicas fundamentais, ao lado da Introdução ao Direito, Direito Romano, Sociologia.

Na Bélgica, a Faculdade de Direito da Universidade Livre de Bruxelas traz no primeiro ano de graduação a História da Bélgica, a História do Direito e o Direito Romano; a Faculdade de Direito da tradicional Universidade Católica de Louvain, também oferece em seu currículo a referida disciplina.

Na França, a História do Direito ou a História das Instituições, é lecionada praticamente em todas as Faculdades de Direito, uma vez que se trata de matéria fundamental do primeiro ciclo; assim, por exemplo, na Paris II (Université Panthéon, onde funciona, igualmente, um Centro de Estudos de História do Direito), em Dijon (Université Jean Moulin), em Nancy, Bordeaux, etc.

Na Alemanha, os cursos de Direito incluem, entre as matérias compulsórias, a Teoria Geral do Direito, a qual se desdobra em Filosofia do Direito, História Legal e Constitucional e História do Direito Romano.

Na Itália, o ensino da História do Direito, a qual adota várias denominações e abrangências (História do Direito Italiano, História da Codificação, História do Direito Italiano Moderno, etc.), é obrigatório em todas as Faculdades de Direito.

Na Espanha, a Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri apresenta um programa detalhado da matéria que se desenvolve desde o conceito da disciplina, passando pelos direitos primitivos, pela Romanização, Direito Visigótico e Medieval, Direito dos vários reinos que irão constituir a nação espanhola, até chegar ao Direito na atualidade. Em outras universidades, é estudada com o título de História da Legislação, Estrutura e Evolução do Direito Espanhol, etc.; mas está sempre presente no currículo de todas as Faculdades de Direito.

Em outros países europeus, o estudo da História do Direito é por regra obrigatório, situando-se logo nos primeiros anos do ciclo básico: na Polônia, a Universidade de Cracóvia, em seu curso de Direito, ministra História do Direito Comparada e a História do Direito e das Doutrinas Políticas; com o nome de História Geral do Direito, está no currículo da Faculdade de Direito da Universidade de Gdansk; na Universidade de Varsóvia, com o título de História do Direito Polonês e História Geral do Estado e do Direito. A História do Estado e do Direito Búlgaro é estudada no curso respectivo da Universidade de Sofia, Bulgária; na Croácia, é estudada em Rijeka (História Geral do Estado e do Direito), Split (História Mundial e História Nacional do Direito), em Zagreb; na Universidade Carlos, da República Tcheca (História do Direito Tcheco, Eslovaco, na Europa e nos Estados Unidos da América); na Finlândia, Hungria, Suécia, Suíça, Turquia, na secular Universidade de Oxford, no Reino Unido; na Eslováquia, Lituânia, Holanda, Noruega...²⁰

20. Guide To Legal Studies In Europe, Bruxelas, Law Books in Europe, 1995, pp. 15, 65, 69, 83, 87, 99, 101, 113, 117, 121, 135, 153, 167, 173, 182, 199, 211, 213, 229, 237, 255, 597, 599, 601, 637, 663, 671, 689, 721, 725, 737, 751, 755, 759, 761, 774, 807, 819, 825, 891, 895, 903, 925, 965, 1127, etc.

7. A consolidação da História do Direito como disciplina obrigatória do currículo do curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nestes oito anos que se escoaram, a História do Direito prossegue fazendo parte dos ciclos básico e institucional, na condição de disciplina obrigatória, sendo regularmente ministrada no curso de graduação, terceiro e quarto semestres, sem interrupção de continuidade.

Por outro lado, periodicamente, têm sido abertos concursos para a contratação de docente, na categoria de doutor, junto ao Departamento de Direito Civil, áreas de Direito Romano e de História do Direito; e concursos para a livre-docência do Departamento de Direito Civil, área de História do Direito.

Em tais condições, sua posição como disciplina integrante do curso jurídico já se encontra consolidada: na verdade, desde 1772, quando da reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra e a conseqüente instituição das lições de História do Direito Civil, Romano e Português; desde 1827, quando da criação dos cursos jurídicos no Brasil, ao participar, naturalmente, do programa das disciplinas que compunham o currículo; de modo mais específico, desde 1891, quando da Reforma do Ensino Jurídico e a adoção da cadeira de História do Direito Nacional; a partir de 1895, com o nome de História do Direito especialmente do Direito Nacional; e, finalmente, desde 1990, quando passou a ser novamente lecionada no curso de graduação.

Não se trata de novidade, nem pode constituir surpresa, a atribuição de cadeira à referida disciplina, a menos se desconheça a realidade dos fatos secularmente apontados e a própria realidade presente; constitui a conseqüência lógica, resultante destas duas realidades incontornáveis.

8. Conclusão.

Para concluir, vale transcrever, aqui, quanto disseram, como o professor Waldemar Ferreira, ao ressaltar a importância da História do Direito, como ciência e disciplina: "*nenhum jurista pode dispensar o contingente do passado a fim de bem compreender as instituições jurídicas dos dias atuais. Ninguém é capaz de dar um passo à vanguarda, adiantando um, sem deixar o outro pé na retaguarda. Diferentemente não se realizam caminhadas*"²¹

Do mesmo modo a oportuna lição de Henri de Page, transcrita por John Gilissen na sua *Introdução Histórica do Direito*, cuja tradução portuguesa tem se revelado tão-útil aos estudantes:

"*A história do direito é muitas vezes tratada com um condescendente desdém, por aqueles que entendem ocupar-se apenas do direito positivo. Os juristas que se interessam por ela, quase sempre à custa de investigações muito longas e muito laboriosas, são freqüentemente acusados de pedantismo... Uma apreciação deste gênero não beneficia aqueles que a formulam. Quanto mais avançamos no direito civil, mais constatamos que a História, muito mais do que a Lógica ou a Teoria, é a única capaz de explicar o que as nossas instituições são as que e porque é que são as que existem*"²²

São Paulo, dezembro de 1997.

Bibliografia.

- GALLO, Alfonso Garcia. *Manual de Historia del Derecho Español*, Madri, 1975.
- CLAVERO, Bartolomé. *Institución Historica del Derecho*, Madri, Marcial Pons, 1992.
- BARCHET, Bruno Aguilera. *Historia y Derecho*, Barcelona, 1994.

21. Waldemar Martins Ferreira, *ob. cit.*, p. 11.

22. Henri de Page, *Traité de Droit Civil Belge*, Bruxelas, 1942, p. 806, *apud* John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, tradução de Antônio Manoel Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 13.

- VALIENTE, Francisco Tomás y. *Manual de História del Derecho Español*, Madri, Tecnos, 1980.
- Guia del Estudiante. Universidad Complutense, Madri, 1992.
- Guide des Études de Droit. Paris, Dalloz, 1991.
- CRUZ, Guilherme Braga da. *História do Direito Português*, Coimbra, 1995.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo, RT, 1996.
- CARVALHO, Laerte Ramos de. *A Reforma Pombalina da Instrução Pública*, São Paulo, EDUSP-Saraiva, 1978.
- ROCHA, Monuel Antônio Coelho da. *Ensaio sobre a História do Governo e Legislação de Portugal*, Coimbra, Imp. Universidade de Coimbra, 1872.
- CAETANO, Marcello. *História do Direito Português*, Lisboa, Verbo, 1981.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*, Coimbra, Almedina, 1989.
- Ordine Degli Studi e Programma dei Corsi. Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1991-92.
- RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Novo Currículo Mínimo dos Cursos Jurídicos*, São Paulo, RT, 1995.
- Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. vols. II, 1894; IV, 1896; V, 1897; XX, 1912.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *A Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo na Centúria de 1827 a 1927*. São Paulo, Tip. Siqueira, 1928.
- VAMPRÉ, Spencer. *Memórias para a Academia de São Paulo*, São Paulo, Saraiva, 1924.

FILOSOFIA DO DIREITO



A TEORIA ARISTOTÉLICA DA JUSTIÇA*

Eduardo Carlos Bianca Bittar

Doutorando pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Advogado em São Paulo

Resumo:

O presente artigo é fruto de investigações mais aprofundadas, desenvolvidas sob o título de *O conceito aristotélico de justiça*, e visa a tratar das questões principais atinentes a uma teoria geral da justiça desenvolvida por Aristóteles. Explora-se a plurivocidade semântica do termo *justiça*, destacando-se sobretudo a multiplicidade de acepções que comporta, fazendo-se corresponder a cada qual destas acepções um conceito diverso. Visa-se também a se traçar um panorama do enquadramento do problema da justiça dentro do universo ético e de se sugerirem alguns apontamentos para que se opere a substituição de alguns obsoletos conceitos modernos e para que se desvançam alguns paradigmas falaciosos, como também, alguns equívocos teóricos decorrentes da má interpretação da teoria aristotélica.

Abstract:

The present article is the result of deeper research developed under the title of *O conceito aristotélico de justiça*, and is intended to speak of the main points related to a general theory of justice brought out by Aristotle. The analysed theme is the several meanings of the word *justice*, specially the multiplicity of senses that such a term has, by making different concepts be linked to each one of these senses. It is also intended to consider justice as part of ethics, and to suggest some reflexions targetted to the change of some down-to-date modern concepts and to the disappearance of fallacious paradigms as well as of some theoretical mistakes caused by the misinterpretation of Aristotle's theory.

Unitermos: teoria aristotélica; justiça; eticidade; politicidade; sociabilidade.

* O presente artigo é fruto de reflexões mais verticalizadas desenvolvidas sob a estimulante orientação de Sérgio França Adorno de Abreu em grau de Iniciação Científica pela Fapesp, a quem dedico o presente texto (proc. n. 93/2248-4).

Sumário:

1. A teoria peripatética da justiça.
 2. Justiça e eticidade.
 3. As acepções do termo justiça.
 4. Justiça: uma questão ética ou jurídica?
- Bibliografia.

1. A teoria peripatética da justiça.

Por teoria peripatética da justiça se entende todo o conjunto das contribuições acerca da temática da justiça desenvolvidas no *peripatos* — de origem grega (περιπατος), o termo significa *passeio arborizado*, termo que veio a batizar a escola aristotélica por se desenvolverem os estudos em caminhada sob os arvoredos do *Liceu* —, ou seja, todo o legado que, por sistemático, se pode extrair das reflexões filosóficas desenvolvidas sob a tutela de Aristóteles, o filósofo macedônio. A legitimidade de se desenvolver a temática sobre a justiça em Aristóteles sob o título de uma teoria autônoma da justiça é não só defensável como também destaque lógico da própria teoria ética do filósofo de Estagira. Sendo que toda teoria pressupõe uma análise lógica da realidade da qual se pretende analítica, só se pode argumentar em prol desta tese em se sublinhando o caráter sistemático sob o qual se desenvolveu a teoria de Aristóteles acerca da questão *justiça*. Assim, ver-se-á estar o problema da justiça encadeado a um conjunto de premissas de caráter ético, sociológico e político, formando-se um *totum* teórico de grande valor científico. Tal encadeamento sistemático da teoria aristotélica da justiça se torna muito presente aos olhos do estudioso que meticolosamente destaca a problemática sobretudo do texto do livro V da *Ética à Nicômaco* (EN), livro este dedicado à penetração dos problemas éticos de uma maneira geral. No entanto, a temática da *justiça* re-aparece em outras passagens da obra aristotélica demonstrando-se, por este mesmo fato, a sua importância como decorrência de uma constante preocupação de se utilizar o problema da *justiça* como pressuposto de análise de outras questões de cunho social. Assim, podem-se extrair reflexões a este respeito dos livros da *Política* e da *Retórica*. Encontra-se, portanto, não só por critério textual, mas também por um critério lógico, uma unidade convergente entre os conceitos filosóficos que instauram a coerência do pensamento aristotélico na relação de seus pressupostos

com as suas conclusões epistêmicas, o que nos permite apresentar uma teoria da justiça concatenada, e em pura dialética, com toda a galáxia de significância estabelecida no *peripatos* como constituindo um *totum* indissociável dos demais conceitos filosóficos construídos dentro do contexto da filosofia helênica do século IV a.C.

Discutir uma teoria da justiça em Aristóteles é muito menos criar um construto sistemático dentro do repertório intelectual de sua filosofia, e muito mais desvelar uma principiologia científica elaborada em consonância com as demais premissas de seu pensamento. Daí a relevância de não se considerar esta como sendo uma esfera teórica apartada das demais conclusões de sua obra; desde a física até a metafísica, fato é que todos os elementos contextuais de sua teoria se intercomunicam, ora se interchocando, ora se autoreferindo, mas, de qualquer forma, transmitindo a idéia de homogeneidade de seu pensamento. Mas, advirta-se, sua filosofia, no lugar de monolítica, construída a partir de uma experiência singular e de uma única vez, é produto do evoluir de suas próprias concepções acerca da realidade, relevando-se os influxos axiológicos, filosóficos e sociais que lançaram profundas marcas, trazendo contribuições, firmando problemáticas e instaurando a dúvida na filosofia peripatética, e isto, além de detectável, é explícito em determinadas passagens de sua obra.¹

O interesse de se discutir a questão da justiça filosoficamente toca a sociólogos, filósofos do direito, operadores e aplicadores das normas jurídicas, assim como aos demais interesses nas áreas de estudo de caráter essencialmente humanístico. Dialogar com Aristóteles é, antes de reviver seus postulados teoréticos, trazer referências pontuais que possam representar elementos de colaboração para uma reflexão contemporânea acerca da problemática, não só filosófica, mas também pragmática, que se destaca do contexto da aplicação do Direito como instrumento social. Operar interpretativamente a textualidade aristotélica acerca da questão da *justiça*, superadas as diferenças de *tempo* (Antigüidade) e *espaço* (Grécia ática) —

1. A contribuição das questões discutidas no contexto sócio-político-cultural helênico trouxeram seus reflexos diretos para a construção teórica aristotélica. Não só pelo seu caráter de *anagnostes*, operando a síntese das demais idéias e questões suscitadas no curso da civilização helena, as dúvidas se impuseram ao seu espírito, mas, também, por razões históricas. Assim é que sem uma prévia discussão sofisticada acerca do conceito de justiça não teria sido possível o tratamento de uma problemática essencial no espectro de questões filosóficas acerca da justiça: a oposição entre *justo legal* e *justo natural*.

diferenças a que estão jungidas todas as discussões que se aproximem e que procurem como fonte de referência textos demarcados espaço-temporalmente —, não só consente, como valoriza a participação do leitor enquanto intérprete da complexidade decorrente da mensagem do autor. A dinamicidade do teórico é diretamente proporcional à capacidade interpretativa e re-avaliativa dos valores conceituais que se destacam de um contexto histórico-social determinado. Toda teoria, mesmo que circunstancializada, supera os elementos que a condicionam à morte dentro das fronteiras espaço-temporais em que se produziu, deixando seus rastros e contribuições intertemporais como sinais do exercício de uma faculdade que invariavelmente é comum a todos os homens: a razão.

2. Justiça e eticidade. ~

O problema da justiça é, dentro da filosofia aristotélica, como já se procurou acentuar, uma questão acentuadamente de caráter ético. Tal premissa requer que preliminarmente se proceda a um exame do que se pode entender pelos termos ético, eticidade e natureza ética. Uma primeira referência neste sentido deve necessariamente sublinhar que a esfera da eticidade não se aparta daquela da racionalidade. Não se aparta pelo fato de que, em Aristóteles, razão prática (*nous praktikos*) e razão teórica, ou teórica (*nous teoretikos*), caminham conjuntamente na totalização do ser racional, ou seja, atuam paralelamente para a realização integral da natureza social do homem em sociedade. A vida social demanda respostas do indivíduo que tocam as faculdades da utilidade, do prático (*práxis*), assim como da razão pura, abstrata e teórica (*theoría*). Neste sentido, ambas as razões, tanto a razão prática quanto a razão teórica, representam, quando vistas em conjunto, a completude das esferas noética e dianoética do ser racional. Se o ser humano se distingue por ser-lhe inerente a racionalidade — o que envolve razão prática e razão teórica —, seu *télos* não se confunde com o dos demais seres, e o que o caracteriza é a faculdade de alcançar a beatitude da felicidade (*eudaimonia*) através da utilização de suas faculdades racionais.

Diz-se ética toda questão que desborda na esfera do *ethos*, ou seja, de acordo com a etimologia da palavra, esfera dos importes da habitualidade. Isto se dá pelo fato de que a conquista ética não se faz sem a prática reiterada de ações deliberadas advindas do juízo da razão prática (*nous praktikos*). Sendo a razão

prática a parte da racionalidade humana específica para o tratamento das questões advindas da esfera da utilidade e da *práxis* da conduta humana em sociedade, elegendo ações e deliberando sobre o útil e sobre o injusto nos limites das circunstâncias práticas em que inserem as individualidades, releva-se o caráter ético da conduta social. Aqui se deve ater o leitor na seguinte reflexão: entre a deliberação ética interna e a exteriorização de uma conduta social ou anti-social, medeia o processo de eleição de meios para a execução de fins individuais ou sociais, problema este que toca diretamente à razão prática resolver, bem como institucionalizar mediante o hábito (*éthos*), que pode ser individual ou tornar-se coletivo no costume.

A elegibilidade de fins e de meios coadunados dá consistência ao processo deliberativo de ação social, consentindo uma adequação entre o todo e as partes. Aqui está presente a noção de *phrónesis* aristotélica, ou seja, a virtude prudencial de eleição de fins e meios individuais compatíveis com aqueles outros eleitos pela comunidade da qual participa o indivíduo. Para que a célula se adeqüe ao órgão, mister se faz que a parte atue em uníssono com o todo.² Portanto, a justiça ou injustiça de uma conduta se poderá medir perante um critério social, qual seja, a adequação ou não da conduta do indivíduo aos lindes sociais na qual se insere. A justiça ou injustiça da conduta, concebida a questão enquanto imersa na questão maior da eticidade do ser, é propriamente esta prática humana, este fazer individual que transborda da esfera privada para lançar seus reflexos sobre a esfera pública, sobre o coletivo. A ação, participando da esfera coletiva, em sendo um ato vivenciável por homens, também é um ato sujeito ao juízo de reprovabilidade do coletivo, motivo pelo qual se pode falar em adequação ou não da ação aos objetivos eleitos pelo social.

Neste sentido, ações justas ou de justiça correspondem a virtudes quando implementam condições sociais para que possam ser qualificadas como tais. A justiça de uma ação eleva esta à condição de virtude, ação louvável socialmente, podendo-se a esta se denominar de *dikaosýne*. A eticidade da conduta lhe confere esta característica de ser ou não conforme os objetivos sociais, o que faz desta uma virtude ou um vício social. No entanto, a justiça não é uma virtude *sui generis*, pelo fato de que comporta uma cautelosa aplicação da idéia de meio termo (*mesotes*). Se

2. Sublinhe-se o fato de que todo é antecedente às partes que o compõem, razão pela qual, na sistemática da filosofia aristotélica, a parte adequa-se ao todo aderindo à teleologia já inscrita para o todo. Neste sentido, vide Bittar, *A evolução histórica da filosofia*, 1994, p. 233.

com relação às demais virtudes, como a prudência, a sabedoria, a moderação, etc a equivalência *extremo>>meio termo>>extremo* é válida incondicionalmente, dentro da temática da justiça esta não se pode tomar inadvertidamente como parâmetro. Isto se dá pelo fato de que se à *justiça* se opõe um único vício, este vício é a *injustiça*. Esta pode ocorrer por excesso ou por defeito. Aquele que pratica a injustiça encontra-se em excesso, por ter interferido na esfera alheia, enquanto aquele que sofre a injustiça encontra-se em defeito, visto ter sido o sujeito passivo da relação. No lugar de ter-se dois vícios diversos opostos à medianeira virtude da *justiça*, como ocorre com todas as outras (ex: covardia - *coragem* - pusilanimidade), o mesmo vício, em excesso ou em defeito, se opõe ao conceito central de justiça.

3. As acepções do termo justiça.

A problemática acerca da justiça, além de induzir ao tratamento de questões e premissas ético-políticas,³ demanda também uma análise lingüística acerca da terminologia aristotélica, e sobretudo da terminologia pós-aristotélica, devendo-se superar inclusive as dificuldades engendradas a partir das diferenças textuais de diversos intérpretes e tradutores das obras de Aristóteles.

É princípio que "(...) 'justiça' e 'injustiça' parecem ser termos ambíguos (...)" (EN, V. 1, 1129 a, 25/30), dada a grande variabilidade a que estão sujeitos, em virtude da ampla e farta recorrência social aos mesmos, como paradigmas de virtude e de vício sociais, além dos demais influxos ideológicos, políticos, teóricos e filosóficos que se fazem em torno do questionamento nuclear aqui acentuado. Se se procura analisar a temática aristotélica da justiça, dever-se-á, *prima facie*, recorrer a critérios de depuração lingüístico-conceituais para que se possam distinguir as diversas noções que preenchem os textos de Aristóteles.

O mestre do *peripatos* refere-se ao princípio da inserção do ser racional no contexto social como premissa fundante de uma galáxia de conclusões filosóficas de seu sistema. A *pólis*, em sendo a esfera do todo, dentro do qual se insere o indivíduo como parte, é por natureza o espaço de realização da racionalidade humana; ao homem é inerente a condição de ser social, dependente

3. Da afirmação de que o homem é um animal político por natureza (*physei politikon anthrosos*) não se deduz nada diverso do que a necessidade premente de se discutirem os fundamentos éticos e políticos que jungem o homem ao viver coletivo.

que é de seus semelhantes. A sociabilidade é-lhe por natureza na medida em que é dotado de um *télos* próprio, e que este *télos* individual a cada ser racional é coincidente com a *ratio* da própria existência do coletivo. Se o homem é racional, e se sua natureza racional só se realiza em conjunto com os seus pares, ao ser racional é inerente a condição de ser social.

A esfera do social, mais que esfera do con-vívio, é a esfera da realização logística do animal político, pois a comunicação é o sistema racional fundante de construção deste con-vívio. Para que homens repartam de um mesmo espaço social, mister se faz que re-partam de um mesmo sistema de signos que lhes faculte a comunicação e a equivalência dos meios de relacionamento para que construam em conjunto os chamados valores sociais. Em sendo a comunicação uma atividade racional, a razão prepondera na realização da natureza social e política do homem em sociedade. Se o *politikon zoon* diferencia-se pela capacidade de construir o diálogo (*dia-lógos*), que só subsiste a partir do pressuposto de que o homem seja dotado de *lógos* e de que possa com-partilhar desta faculdade com a alteridade exercendo a *dia-logia*, reafirma-se o postulado que destaca o caráter interrelacional do homem como fundante da coesão social. O *lógos* é, assim, a articulação que consente o fazer persuasivo, emotivo, deliberativo, apelativo, eletivo em sociedade, de modo que um sistema de signos linguísticos possa ser comungado pela comunidade em que se insere o ser racional em convívio social.

Neste ponto pode-se afirmar que à esfera da sociabilidade corresponde propriamente uma virtude que lhe é característica e, neste sentido, é que se pode enunciar o que seja a virtude da justiça enquanto virtude completa, total e abrangente, frente aos seus reflexos na esfera do social: a *justiça total* (1). Esta é a mais ampla acepção de justiça a que se refere a teoria peripatética, para a qual vale a equivalência entre os conceitos de *legalidade* e *sociabilidade*. Sociedade e lei se encontram num ponto comum: a necessidade de regulamentação da conduta humana em interação. Em sendo a legalidade a garantia da coexistência interacional humana — pense-se no fato de que as múltiplas formas de conduta individual devem interagir de modo harmônico — a lei deixa de ser mero veículo de prescrição de condutas sociais e passa, nestas condições teóricas, à condição de mantenedora da tecitura social. A lei é, aqui, a razão humana atuando para a sobrevivência do espaço social. Trata-se, em suma, de uma forma convencional, imperativa, de se consentir o evoluir daquele que pode se determinar como sendo o *télos* social, plena realização

da racionalidade política humana, o que se encontra em estreito vínculo com a própria noção de sociabilidade.

Estar inserido em uma estrutura social significa estar necessariamente adstrito ao cumprimento de um estatuto convencional comum a todos, de modo que a observância deste estatuto consente a sustentação da harmonia social, uma vez previstas na legislação as devidas normas de conformação do individual ao coletivo. A relação acentua a dialética indivíduo-coletivo, pólos centrais deste tipo de justiça que se faz originando-se da conduta de um indivíduo e atingindo o conjunto das leis que representam a vontade dos cidadãos. A observância dos preceitos da legalidade social coloca o individual em plena consonância com os objetivos destacados pela coletividade, pelo que a este tipo de equivalência referir-se a um tipo característico de justiça, denominada *total*, *integral* ou *universal*. A primeira e mais plena realização da justiça é a obediência às leis prescritas pelo corpo social para a sua própria sustentação.

A generalidade da concepção de *justiça integral* ou *total* decorre do fato de que os receptores da ação justa neste caso são todos os cidadãos que pertencem ao mesmo espaço social do agente. Esta aceção da justiça é, em toda a sua abrangência, um construído abstrato que destaca o pólo passivo da ação de justiça e erige o conjunto de cidadãos que se encontram sob a tutela da legislação vigente como beneficiário direto das ações de justiça, levando em consideração apenas a idéia de coletivo, absorvida que fica, neste contexto, a de individual. O respeito às leis é algo que pertence ao coletivo, e não propriamente ao individual; ao se violar um preceito de lei está-se propriamente a transgredir uma norma declarada de interesse de todos os membros de uma mesma *pólis*. A realização da justiça *total* importa em ações de caráter *erga omnes*.

Este espectro da justiça em sua aceção de justiça *total* ou *integral* não é inovação aristotélica no curso da filosofia grega; trata-se propriamente de um legado direto da filosofia platônica sobre a filosofia aristotélica. Um postulado platônico encontra-se sedimentado no seio da teoria aristotélica da justiça, como em muitos outros campos da filosofia aristotélica. Não obstante, por mais generalizante que possa ser esta aceção do termo *justiça*, com o seu estudo não se exaure a temática da justiça e, antes de se esterilizar um campo de referência definicional, se pode destacar uma nova esfera de relações em que se releva a participação dos homens individualizadamente na dialética existencial em sociedade, a saber, a da *justiça particular*.

Da mais ampla acepção — justiça enquanto realização da *legalidade* —, segundo a qual todos os cidadãos são beneficiados pelo respeito às leis, enquanto categoria apartada, pode-se detectar a justiça como constituindo uma outra acepção, acepção que aponta para uma virtude particular, e não genérica, distinta da primeira pelo fato de se exteriorizar direcionada a sujeitos determinados no convívio social, e não mais ao conjunto de cidadãos. A *justiça* aqui é, portanto, *justiça particular* (2). Trata-se de uma outra acepção pelo fato de que se ressalta nas relações, sejam elas voluntárias ou involuntárias, integradas por duas partes determinadas. A *justiça* ou a *injustiça* aqui são fatos que pertinem a dois sujeitos isolados no todo social. Daqui destacam-se duas espécies de justiça particular: *justiça distributiva* (3) e *justiça corretiva* (4).

A *justiça distributiva* (3) é uma parte da *justiça particular* (2) por relevar apenas o relacionamento entre dois sujeitos determinados, sendo portanto destacamento lógico da acepção (2). Realiza-se numa relação vertical, que envolve duas partes desiguais na relação, uma vez que uma delas se encontra à outra subordinada. Vinculada está, esta acepção, ao conceito de subordinação, uma vez que implica na necessária referência à distribuição, ação de repartição de encargos e benefícios no seio da sociedade, atividade esta que traz implícita a idéia de poder e de autoridade distributiva, seja legislativa, seja política. A investidura de agentes de distribuição desloca para a esfera destes a possibilidade de efetuar um tipo de justiça que corresponde a instituir um tratamento que releve as diferenças existentes entre os cidadãos componentes deste corpo político. A *justiça distributiva* (3) é também chamada de justiça geométrica, e a geometricidade da distribuição consiste propriamente no tratar igualmente aos iguais, e desigualmente aos desiguais, a partir de um parâmetro referencial de recorrência eleito arbitrariamente a partir da teleologia política vigente no meio social. Assim é que para cada *politeia*, para cada comunidade política (oligárquica, democrática, tirânica), corresponde um tipo diferente de critério de diferenciação na distribuição de riquezas, honra, encargos, e na facultação da elegibilidade e da participação política. A cada sistema político, portanto, corresponde uma forma diferente de se fazer justiça distributiva, uma vez que os critérios eleitos por cada qual destes se diferenciam entre si de modo a determinarem formas diversas de se atenderem aos objetivos sociais.

Desbordada encontra-se, portanto, a disseminada idéia do *igualitarismo* dentro da teoria aristotélica da justiça, uma vez que, toda distribuição requer um critério diferenciador entre os súditos, que é o *mérito*. O mérito desiguala

aqueles que de acordo com ele são desiguais, ao mesmo tempo em que coloca em iguais condições aqueles que, com referência a ele, são iguais. A *justiça distributiva*, neste sentido, rompe os limites da tradicional falácia da *reciprocidade*, para a qual *igualitarismo* é o cerne do sistema social. Antes de propugnar pelo igualitarismo, a noção de justiça distributiva proporcional ao mérito de cada indivíduo ressalta a relatividade da justiça, que deve obedecer ao princípio do *igual aos iguais* e do *desigual aos desiguais*. Assim é que, estabelecendo uma ordem de valores que se relativizam em consonância com as diferenças sociais, culturais, econômicas, políticas, entre outras, que naturalmente colocam os homens em condições desiguais, dentro da própria variabilidade dos critérios eleitos pelas múltiplas comunidades políticas, abandona a idéia da reciprocidade e vem a se ancorar no conceito de *proporcionalidade*.⁴

A quadrangularidade desta noção particular de justiça, *justiça distributiva* (3), coloca em interrelacionamento dois sujeitos e dois objetos a eles pertencentes. A quadrangularidade nada mais é do que uma referência metafórico-simbólica à própria idéia de justiça tetrática (*tetraktis* destaca-se da teoria matemático-numérica, na perspectiva do valor permutável insito às ligações numéricas, sobre as quais vige a lei da circulabilidade e o ideal de proporcionalidade gregos — $1+2+3+4=10$), enquanto nestes termos construída pelo pensamento mítico e filosófico pitagórico. A justiça distributiva se realiza na aferição de igualdade entre os dois sujeitos e os dois objetos que a eles se atribui. Veja-se que se trata de verificar se o cargo (α) deve ser dado ao sujeito (A) ou ao sujeito (B), dever-se-á perquirir da capacidade e do mérito de ambos para ocuparem tal cargo, ou senão, para ocuparem o cargo (β). Entre um e outro dos cargos, assim como entre um e outro dos sujeitos, subexiste o elemento mérito para a diferenciação subjetiva e para a realização da chamada *justiça distributiva*.

Mas, a desigualdade entre os membros da sociedade, numa idéia de coordenação dos possíveis vínculos subjetivamente estabelecíveis, é recorrentemente ocasionada pela inserção de um indivíduo na esfera do outro, de modo que uma inicial situação de *igualdade proporcional* construída pela distribuição equânime de encargos e benefícios sociais por parte da autoridade distributiva, nos termos de uma *justiça distributiva*, pode ser rompida. Mesmo que o governante se incumba da *justa*

4. ... es proporcional que el que tiene mucho tenga que contribuir con mucho, y el que tiene poco con poco ... " (Aristóteles, *Gran ética*, I, XXXIV, p. 64).

tarefa de pelo mérito dos cidadãos diferenciá-los — realizando a *justiça distributiva* —, as desigualdades tornam a surgir entre estes pelo rompimento do *status* inicial de que partiram. A interferência da alteridade na esfera de bens e atributos dotados de titulares determinados altera o estado de coisas em que se assentavam os indivíduos, rompendo a harmonia, o que reclama uma volta ao *status quo ante*. Com uma perda (*kerdos*) e com um ganho (*phenia*), uma *desigualdade* deve ser suprida.⁵ Aqui é que aparece a necessidade de se determinar uma outra forma de realizar a justiça, uma justiça *a posteriori* da distribuição dos encargos sociais, nuançando-se um outro conceito ao qual se liga a expressão *justiça corretiva* (4).

Não havendo mais a desigualdade subjetiva fundada na relação de poder do tipo governante-governado, como ocorre com a *justiça distributiva* (3), a *justiça corretiva* (4) é essencialmente uma justiça entre particulares que se desigualaram injustamente. É parte da justiça particular por colocar em relacionamento duas partes determinandas na relação polar (dois sujeitos particulares contrapostos). A tarefa de restabelecimento da equidistância entre os sujeitos envolvidos na esfera da *justiça corretiva* (4) funda-se numa situação de coordenação existente entre os mesmos, dada a indiscriminação situacional em que os coloca a lei — pense-se que a lei não discrimina os súditos aos quais se destina por ser redigida *in abstracto*. Daí deriva-se o conceito de *isonomia* (*ison* + *nomos*), ou seja, igualdade diante da lei, tarefa esta da qual não está investido o legislador (*nomoteta*), autoridade responsável pela lapidação deliberativa das leis, mas sim o juiz (*dikastés*), sujeito ao qual é atribuído o poder de individualizar a generalidade legal através da atividade jurisprudencial.⁶ A diferença surgida entre partes é, portanto, submetida à apreciação de um sujeito investido de dizer o direito, ou o *justo*, diante da situação concreta de desigualdade surgida entre as partes. Os importes abrangentes sobre os quais se estabelece a legislação são transmutados em elementos referenciais para a dinamização da teleologia legislativa, operando-se, assim, a construção de um universo concreto de aplicação da justiça, que se atualiza enquanto é aplicada.

5. Perda e ganho nem sempre representam termos próprios para designar as desigualdades originadas entre os homens, enquanto pertencentes da sociedade de iguais, assim como a idéia de volta ao *status quo ante* nem sempre é viabilizável, dada a dificuldade de se reparar através de indenizações, ou de outras medidas compensatórias, determinados tipos de danos (assassinato, lesões), para os quais a pena não é propriamente um equivalente.

6. Ao termo *jurisprudencial*, apesar da origem latina, corresponde propriamente a idéia de aplicação prática do direito, pela faculdade da prudência (*phronesis*).

A lesão ocasionada à esfera individual alheia habilita a atuação do juiz (*dikastés*), uma vez que este é "(...) a justiça animada (...)" (Aristóteles, EN, V. 4, 1132 a, 20), no sentido do alcance da *igualdade aritmética*. Aqui, não obstante a paradigmática que envolve o conceito, ressalta-se a idéia de equilíbrio e de perfeição proporcional, recorrências constantes dentro da filosofia e das letras helênicas. A referibilidade recíproca de partes desiguais e iguais consente o pleno entendimento da abrangência do questionamento, dada a dificuldade de mensuração, na esfera casuística, de qual seja a parte do sujeito lesante e de qual seja a parte do sujeito lesado. O dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*), pressupõe que se saiba e se determine o que é o de cada qual. A mediação jurisdicional é a arte de reificação e dinamização da *justiça corretiva* (4), tendo-se a pena e a indenização como instrumentos para o restabelecimento da *equidistância* entre as partes.

A interação humana, que avoca com frequência a aplicação dos critérios de *justiça corretiva* (4), pode-se fazer voluntária ou involuntariamente, o que reclama uma distinção necessária entre as esferas da *justiça comutativa* (5) e da *justiça reparativa* (6), dentro de uma terminologia aquiniana.⁷ De fato, aqui surgem duas subdivisões pertencentes à categoria genérica da *justiça corretiva* (4) em razão do critério da voluntariedade ou não do desequilíbrio surgido entre as partes. Se surgiram diferenças entre as partes que se relacionam, algumas destas são ocasionadas pelo desejo de se subtrair o alheio, e outras pela infortunistica factual que subjaz à própria convivência humana.

Por um lado, as atividades sociais se fazem mediante o intercâmbio de produtos, valores, serviços e bens de diversas naturezas, dadas as múltiplas, e multiplicáveis, aptidões individuais, que fundam *teknaí* diferenciadas, do que decorre a interdependência subjetiva, razão de subsistência da própria sociedade, sendo esta esfera de sinalagmáticas implicações recíprocas uma fonte de litígios e desigualdades na medida em que a patologia negocial engendra contextos situacionais em que um benefício suplanta um prejuízo fundando-se num ato de injustiça. A *sinalagmaticidade* e a *voluntariedade*, inerentes a este conjunto implicacional de princípios interacionais, são o fundamento de um conceito próprio de justiça, derivado como espécie da *justiça corretiva* (4): a *justiça comutativa* (5). Mas, também, por outro lado, os homens podem fazer surgir vínculos jurídicos entre

7. Em *La justicia: comentarios a el libro quinto de la Ética a Nicómaco* (1946) estabelece São Tomás a nomenclatura atribuível à distinção entre os dois tipos de justiça.

si a partir da perpretação de ações *clandestinas* (furto, adultério, envenenamento, lenocínio...) ou *violentas* (seqüestro, homicídio, agressão...) que acarretam danos de naturezas diversas que obrigam o sujeito lesante à assunção dos ônus decorrentes da necessidade de reparação dos prejuízos produzidos para o sujeito lesado. A perfeição estética que se destaca da proporcionalidade existente entre as diferenças destes sujeitos foi rompida, donde a criação de desigualdades artificiais; descompasso e desequilíbrio subsistem no espectro das polaridades do mais e do menos, do benefício e do prejuízo, do excesso e do defeito. Os desdobramentos e aplicações destas últimas reflexões e distinções permite a dilapidação do conceito de *justiça reparativa*, estreitamente ligada ao problema da conduta criminal do indivíduo. O sujeito lesante, nesta hipótese, rompe uma situação alheia com a sua ação lesiva, desigualando sua condição humana como relação à do sujeito lesado, que se tem por afetado em sua integridade física, em seu psiquismo, em seu patrimônio, etc pelo sujeito que pratica a conduta recriminada.

Mas, inobstante as inúmeras espécies analisadas e diferenciadas, a justiça não deixa de ser essencialmente *política*, no sentido de que se manifesta na *pólis*, ou seja, para ela servindo como elemento de coesão e de regulação das condutas individuais, além de nela se manifestando sob o signo da legislação positiva, destacando-se a racionalidade humana como fundamento de toda a teia de implicações que se destacam do universo do *dever ser*. Aqui se constrói um outro conceito, o de *justiça política* (a) para que se possa desta diferenciar a *justiça doméstica* (b). Àquela afetas são as questões sociais, os problemas de administração e de gestão da sociedade autárquica, de condução da coisa pública (*res publica*); a esta afetas são as questões domésticas, econômicas no sentido etimológico do termo (*oikonomia* legislação do lar), atinentes aos particulares na administração da coisa particular.

Para que se trate da questão da politicidade da justiça, deve-se necessariamente referir ao conceito de *culturalidade*, pois todo fenômeno legislativo-social é necessariamente cultural e, portanto, relativo. A *culturalidade* é uma noção instintivamente relacionada com aquela de *racionalidade*, dada a operação de transmutação da realidade objetiva dos fatos em realidade subjetiva no texto das leis, o que é decorrência normal de todo ato cognoscitivo. Assim é que o homem reconstrói a realidade a cada momento em que a apreende, trazendo consigo todo o repertório axiológico e existencial que o diferenciam na análise de uma mesma fenomênica. Não é por outro motivo que a legislação positiva se destaca

como construto social temporal e espacialmente relativizável, condicionado por toda a malha de importes sociológicos destacáveis como caracterizadores de um período e de uma cultura delimitada. A capacidade de autogestão (*autarkeia*) é o fulcro de toda sociedade, donde o mister da regulamentação das relações sociais, diferindo, portanto, esta esfera daquela caracterizada pelos interesses particulares de gestão do lar (*oikía*), em que prevalecem outros parâmetros para a composição do relacionamento familiar, na perspectiva de uma *justiça doméstica* (b) (EN, V, 6, 1134 b, 15).

É nestes termos que "[Da] *justiça política, uma parte é natural e outra parte legal; natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida (...)*" (Aristóteles, EN, V, 7, 1134 b, 10/20).⁸ A bifacialidade é, portanto, da essência da *justiça política* (a) (*dikaion politikon*): de um lado, a razão de seu existir, assim como as causas (*arkai*) de sua manifestação, relacionam-se com uma perspectiva tratada como a do *justo natural* (c) (*dikaion physikon*); de outro lado, a exteriorização reificada enquanto fruto do trabalho do legislador, sujeito contextualizado e investido na função de traduzir em regras a teleologia social, a perspectiva do contingente e do relativo, ligada à idéia do *justo legal* (d) (*dikaion nomikon*).

A opção do legislador por prescrever uma conduta neste ou naquele sentido — retenha-se a idéia de que se pode optar por se prescrever um sistema penal com ou sem pena de morte, dependendo a escolha de uma série de injunções às quais o legislador está atento —, de acordo com inúmeros condicionantes circunstanciais que o contextualizam, transforma o *possível* no *vinculativo*, o *potencial* no obrigatório, de modo que aquilo que *a priori* era indiferente, torna-se obrigatório para todos os que se encontram submetidos à circunscrição normativa em que delibera. Se a princípio era indiferente que se tornasse vinculativa a pena de morte ou não, a partir do momento em que se constróem leis que prescrevam a obrigatoriedade da pena de morte, esta opção deixa de ser indiferente e passa a ser vinculativa da conduta dos cidadãos. De fato, são a *convenção* e a *conveniência* os elementos determinantes para que se estatuem regras gerais e coercitivas entre os cidadãos. A esta convencionalidade se pode chamar *justiça legal* (d), *justiça esta*

8. "Le juste politique ne doit donc pas être considéré comme une nouvelle distinction qui viendrait s'ajouter à celle qui a été faite entre juste distributif et juste correctif; il est juste correctif et le juste distributif, mais envisagé cette fois dans leur réalisation au sein de la cité" (Aristote, *Étique de Nicomaque*, 1958, II, p. 386).

operada pela pena do legislador ao estatuir normas para a sociedade à qual as dirige. Mas, nem todo sistema jurídico é só leis. As disparidades legislativas ocorrem com a corrupção das constituições e dos governos, de acordo com o influxo, a intervenção e a manipulação por parte de um único homem (tirania), de alguns (oligarquia), ou de muitos homens (democracia).⁹ As disparidades são aqui causa de injustiças que afetam novamente a toda a sociedade; o sujeito passivo da ação injusta — na acepção da *justiça legal* (d) — é a coletividade como um todo, sendo o sujeito ativo o próprio mau legislador. A corrupção das leis não é por isso fonte de justiça e o não ser fonte de justiça é o estar em desacordo com alguns parâmetros racionais, quais sejam aqueles destacados como componentes do chamado *justo natural* (c).

Pretensamente, a partir da diferenciação estabelecida no pensamento peripatético, fundou-se uma tradição dicotômica tendente a estabelecer uma tensão opositiva entre os valores da esfera da positividade legal (*justo legal*) e os da esfera do *justo natural* e racional. O paradigma foi polemizado e historicizado ilimitadamente na história do pensamento ocidental, operando-se, não raras vezes, inúmeras distorções do verdadeiro alcance, assim como do verdadeiro relacionamento interno, da *legalidade* e da *naturalidade*. Entre aquilo que é por natureza (*phýsis*) e aquilo que é por convenção (*nómos*), subsiste a razão de ser do convívio social. A dicotomia, em verdade, muito antes das modernas escolas jusnaturalistas, decorre das próprias discussões travadas com os sofistas, que assinalavam uma correlação direta, ou uma equivalência perfeita, entre as idéias de natureza e imutabilidade, assim como entre as idéias de convenção e relatividade. A desmitificação da falácia, ou a desdicotomização da paradigmática opositiva destes conceitos se faz a partir das próprias palavras de Aristóteles: "[Com] toda a evidência percebe-se que espécie de coisas, entre as que são capazes de ser de outro modo, é por natureza e que espécie não o é, mas por lei e convenção, admitindo-se que 'ambas sejam igualmente mutáveis'." (EN, V, 7, 1134 b, 30).

O conceito de *justo natural* (c) na teoria peripatética da justiça compreende uma noção de *variabilidade*, o que se opõe por completo às concepções sofisticadas e que, sobretudo, não se encontra na doutrina do jusnaturalismo moderno, que preconiza a imutabilidade do natural. O homem é agente (causa eficiente) de todo processo cultural que o cerca e, por este mesmo motivo, ao condicionar a realidade que o cerca com o seu *modus operandi* racionalizador também por esta

9. As formas corruptas de governo, dentro da filosofia política de Aristóteles, são três, assim como três são as formas perfeitas.

mesma realidade se condiciona. Daí deriva-se por mister uma idéia de que homens diferentes constróem culturas diferentes, que estabelecem postulados diferentes de sociabilidade do con-vívio. A estes correspondem leis diversas, leis que além de serem relativas no espaço, também se relativizam no tempo com o próprio evolver interno desta cultura. Todo o relativismo conceptual do *justo natural* (c) funda-se numa equivalência com a própria racionalidade humana, que não é um dado, antes um *construído* que se opera ilimitadamente, comportando perenes superações, suplantando-se sempre o universo valorativo suplantado. A *phýsis* humana é mutável, assim como tudo aquilo que dela decorre; neste sentido é que o ser não é dado, mas construído. De acordo com estas premissas a própria razão relativa engendra uma *justiça natural* (c) também relativa, sujeita aos condicionantes espaço-tempo.

Não há oposição entre as duas concepções de justiça dentro da organicidade do pensamento aristotélico, uma vez que o *justo legal* deriva ou *deve* derivar do *justo natural* (c). Não necessariamente ocorre um paralelismo perfeito entre o que é entendido como sendo o *justo natural* (c) pela sociedade e as mensagens legislativas do *justo legal* (d), uma vez que o ato decisório é um ato complexo que pode ocasionar distorções intencionais, ou não, na orientação das condutas sociais. Destarte, o convencionalismo relativiza-se em função das diferenças de governo, das lacunas e omissões legislativas, da axiologia que inspira o legislador, de modo que seu *télos* é o alcance de uma perfeita equivalência, não com um valor teleológico universal e abstrato, mas com a própria consciência axiológico-social, histórico-espacialmente delimitável. Se para cada comunidade equivale um valor social diverso, realizar a justiça natural em cada qual é adequar a legislação positiva às demandas de cada qual. O *justo natural* (c) prevalece além do direito escrito e vigente como sendo o fundamento implícito de legitimidade de toda decisão convencional que vise à regulação da vida social. O *justo natural* (c) não é um valor perene e imutável, qual o do jusnaturalismo moderno, mas um *vir-a-ser* constante, na medida das próprias mutações sócio-culturais. A cada momento histórico um novo valor social, a cada novo valor social uma nova realidade legislativa. Ao legislador (*nomotetes*) de averiguar da necessidade ou não de se procederem a novas alterações legais; à sociedade de exigí-las. Mas, a mutabilidade que permeia o direito positivo (*positum*) é diferente daquela que permeia a *justiça natural* (c), uma vez que este último obedece à ordem da racionalidade humana, que, evidentemente, é homogênea, amoldando-se, apenas, de acordo com a culturalidade inerente ao ser

racional, visto que "(...) as coisas que são justas não por natureza, mas por decisão humana, não são as mesmas em toda parte" (Aristóteles, EN, V, 7, 1135 a).

Para o abrandamento das diferenças entre o *justo natural* (c) e o *justo legal* (d), principalmente no tocante aos erros legislativos e demais hipóteses de produção de injustiça decorrente da generalidade do preceito legal aplicado à realidade fática, Aristóteles aponta a utilização do recurso da *epieikeia*, ou seja, da equidade,¹⁰ forma de modelagem dos princípios legais para serem aplicados a sujeitos concretos, frente à problemática fenomênica a ser resolvida pelo juiz (*dikastes*). É aqui o lugar de apresentação do conceito de adaptabilidade da teoria aristotélica da justiça que se funda na seguinte ordem de pensamento: dado um conjunto de preceitos normativos vinculantes para uma sociedade, deduzido, com todas as variantes, importes axiológicos e demais erros possíveis e destacáveis em todo ato decisório, da esfera da *justiça natural* (c), levando-se em consideração a generalidade e universalidade que permeiam a elocução discursiva da legislação, ao juiz cabe singularizar o *positum* em regras particularizadas para a esfera dos indivíduos; do universal ao particular, o papel da *epieikeia* releva a participação do sujeito aplicador (juiz) na transformação do *justo legal* (d) em um justo *dinâmico e ativo*, mesmo que obsoleto em sua previsão legislativa. Podem-se ter os conceitos de justiça e equidade como conceitos convergentes, sendo que "(...) o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal" (Aristóteles, EN, V, 10, 1137 b, 10).

De qualquer forma pode-se dizer que, sinteticamente, o *justo natural* (c) participa dialeticamente, e ao lado, do *justo legal* (d), das seguintes maneiras:

- teleologicamente como revisionismo principiológico ao qual se recorre de acordo com as mutações valorativas humanas;
- como corretivo manifestado através da *epieikeia*, abrandando o rigor ou sobrepassando as disparidades e iniquidades engendradas pelas leis obsoletas e descontextualizadas;
- como destaque próprio da esfera noética humana, sendo por ela condicionada, e a ela condicionando, numa dialética implicacional recíproca, manifestação latente e dinâmica da culturalidade humana.

10. "Elle (l'équité) s'éleve au-dessus de tel droit positif, parce qu'elle est droit selon la saine raison et selon la nature; elle peut être contre la loi, ou en dehors de la loi, elle n'est jamais contre le vrai droit, et, en corrigeant la loi, elle est perfection du droit même et du just." (Léon Ollé-Laprune. 1881, pp. 36-37).

Ainda, neste ponto, se questiona sobre o que seja o justo e o injusto. Em síntese, aquilo que "...*por natureza ou por lei...*" (EN, V, 7, 1135 a, 5) for dito como tal. A estas duas perspectivas correspondem duas áreas delimitadas de comprometimentos teóricos que opõem, inadvertidamente, *phýsis* e *nómos*. A primeira expressa a vinculação do homem com a esfera sócio-política, e a segunda viabiliza, ou instrumentaliza, a perquirição daquilo que pode ser chamado *télos* social, ou seja, a própria realização da natureza do homem sob o império da lei, entendida esta como sendo a razão sem paixão.

4. Justiça: uma questão ética ou jurídica?

De acordo com os conceitos acima enunciados pode-se destacar que a esfera do jurídico e a esfera das virtudes, em consideração especial a justiça em sua acepção de *justiça total* (1), não são coincidentes, uma vez que a obediência aos mandamentos sociais não pressupõe seja o sujeito agente necessariamente virtuoso. Assim, agir virtuosamente e agir juridicamente são duas formas de condutas diversas. Para que haja virtude na realização da justiça mister se faz a concorrência de dois fatores profundamente imbricados entre si: em primeiro lugar, a realização de uma ação objetiva com habitualidade (*éthos* = hábito),¹¹ de acordo com as prescrições teleológicas do direito positivo ou *justo legal* (d) vigente na *pólis*; em segundo lugar, a plena consciência na realização do ato, o que compõe propriamente o que se pode denominar de *animus*, ou intenção de realização da justiça.

Deste modo, a ação que simplesmente se subsume ao texto da lei, sem a aderência da vontade de realizar a justiça por parte de seu agente, assim como sem a habitualidade inerente a todo ser justo, não pode configurar aquilo a que se convencionou chamar de virtude da justiça, ou seja, a *dikaïosune*. A assunção de tal diferenciação é válida "... *na medida em que o primeiro (o direito), se contenta com o cumprimento do ato justo, e o segundo (a justiça), exige além do cumprimento das coisas justas, pleno conhecimento e adesão de vontade, como toda virtude.*" (Paulo Bicudo, 1989: 115).¹²

11. A esfera ética é a caracterização da conduta livre e habitual de modo que "[Est] orden peculiar de la conducta humana recibió el *ethos*, de donde viene la palabra *ética*; y en Roma se llamó lo propio de la *costumbre o mos* (en plural, *mores*) y de ahí la palabra *moral*." (Hervada, Muñoz, 1984, p. 138).

12. Também neste sentido tem-se: "*Ambos, jurista y moralista, estudian la justicia, pero sus perspectivas son distintas: al moralista le interesa que los préstamos no sean usuarios para que los*

É neste sentido que se pode distinguir o *homem justo* (*dikaios*), considerando-se sua postura ética frente aos deveres políticos que lhe incumbem em função do convívio social, do *bom cidadão*.¹³ O primeiro adere à teleologia social, pois em sendo homem é cidadão, e em sendo cidadão é um homem, enquanto que o segundo restringe-se a aderir ao quadro prescritivo que se destaca da legislação sem conhecimento de causa ou sem aderência da vontade. O primeiro realiza o *justo*, por concorrer com sua conduta não só para o cumprimento das leis, mas sobretudo para a reiteração dos atos de justiça eivados de um *animus* especial de realizar o justo, enquanto que o segundo realiza *atos de justiça*, atos isolados de justiça. Tal distinção fundada no voluntarismo pragmático, não deixa de relevar a atuação da razão prática (*nous praktikos*) no processo deliberativo das condutas sociais.

O voluntarismo aristotélico funda-se no entendimento de que voluntário é "... tudo aquilo que o homem tem o poder de fazer e que faz com conhecimento de causa, isto é, sem ignorar nem a pessoa atingida pelo ato, nem o instrumento usado, nem o fim que há de alcançar (por exemplo, em quem bate, com que e com que fim); além disso, cada um desses atos não deve ser acidental nem forçado (se, por exemplo, A toma a mão de B e com ela bate em C, B não agiu voluntariamente, pois o ato não dependia dele)" (Aristóteles, EN, V. 8, 1135 a, 20/25). Assim, os atos dotados de involuntariedade, sendo, portanto, desculpáveis, são: os praticados em virtude de *ignorância* (pensar estar atacando um inimigo, quando em verdade se está atacando o próprio pai), em virtude de *infortúnio* (o sujeito não pensa lançar um dardo e o lança, ou pensa ferir a cabeça e fere o coração), ou em virtude de *inexistência de deliberação prévia* (aquele que rouba por extrema necessidade vital obedecendo a um instinto famélico). Tais distinções tornam nítida a diferenciação feita acima entre aquilo que pode ser dito como sendo um ato justo ou injusto, intencionalizado, e aquilo que pode ser denominado de ato de justiça ou injustiça, correspondentes às esferas do *justo legal* (d), do direito

hombres se comporten como personas y no cometan pecado (ofensa a Dios por quebrantar su ley); al jurista le interesa lo mismo de los préstamos, pero otro motivo: para que se respeten los derechos de cada uno, para que cada cual reciba lo que le corresponde u haya así un orden social justo" (Id., ibid., p. 142).

13. "Ser un 'buen ciudadano, aunque no coincide totalmente con ser un 'hombre moralmente bueno' (v.gr., se puer ser un gran benefactor de la sociedad por vanidad personal, com lo que moralmente — desde el punto de vista moral — poco valor tiene serlo), es resultado del ejercicio, al menos en cierto grado, de virtudes (el benefactor del ejemplo ejercerá la liberalidad aunque a la vez sea vanidoso)" (Id., Ibid., pp. 142-143).

positivo, no estrito cumprimento dos deveres legais, e do *justo natural* (c), a partir dos importes éticos que gravam a racionalidade deliberativa humana.

São Paulo, março de 1997.

Bibliografia.

- AQUINO, Sto. Tomás. *La justicia: comentarios a el libro quinto de la Ética a Nicómaco*. Trad. de Benito R. Raffo Magnasco. Buenos Aires, 1946.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 4ª ed. Trad. de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1980.
- ARISTÓTELES. *Metafísica; Ética a Nicómaco; Poética*. In Os Pensadores. Seleção de textos de José Américo Mota Pessanha. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- _____. *Politique*. Introduction e index par J. Tricot. Seconde Édition. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1970.
- _____. *Étique de Nicomaque*. Introduction, traduction et commentaires par René Antoine, Gauthier et Jean Yves Jolif. Louvain: Presses Universitaires de Louvain. Paris: Éditions Biatrice-Nauwelerts, 1958.
- _____. *Gran ética*. Buenos Aires: Editorial Labor, s.d..
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A evolução histórica da filosofia. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 89, pp. 227-254. São Paulo, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1976.
- DÜRING, Ingemar. *Aristóteles: exposición e interpretación de su pensamiento*. Trad. de Bernabé Navarro. 2ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *La noción aristotélica de justicia*, in *Atlântica*, Madrid, III, pp. 166-194, março-abril, 1969.
- HERVADA, Javier. MUNÓZ, Juan Andres. *Derecho*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1984.
- JAEGER, Werner. *Aristóteles: bases para la historia de su desarrollo*. Trad. de José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- _____. *Paideia: los ideales de la cultura griega*. Trad. de Joaquín Xirau. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.

- MORAUX, Paul. *À la recherche de l'Aristote perdu: le dialogue sur la justice*. Paris: Éditions Béatrice-Nawuelaerts. Louvain: Publications Universitaires de Louvain, 1957
- OLLÉ-LAPRUNE, Léon. *Essai sur la morale d'Aristote*. Paris: Eugène Berlin et fils, 1881.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1957.
- ROSS, W.D. *Aristóteles*. Trad. de Diogo F. Buenos Aires: Editora Pró-Buenos Aires, Sudamericana, 1957.
- TORRE, A. Sanchez de la. *Los griegos y el derecho natural*. México: Madeial Tecno, 1962.
- VIEIRA, Paulo Eduardo Bicudo. *A justiça aristotélica*. São Paulo, P. E. B. Vieira, 1989. Tese de doutoramento pela FDUSP, 1990.

DIREITO ROMANO



BENEFICIUM COMPETENTIAE DO SÓCIO (SOCIUS)

Ignácio Maria Poveda Velasco

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

Resumo:

O *beneficium competentiae* em favor do sócio pode ser reconstituído da seguinte forma: após a introdução nos começos do séc. II a. C. da *actio pro socio* no edito do pretor urbano, a condenação limitada em favor do sócio *omnium bonorum*, concedida pelo pretor *causa cognita*, teria sido introduzida em cláusula especial, provavelmente em fins do séc. II a. C. ou nas primeiras décadas do séc. I a. C. Razão de ser deste tratamento diferenciado em favor do sócio universal, sua *ratio*, teria sido a existência de um vínculo de especial confiança, originando um *ius quodammodo fraternitatis*. Parece, porém, razoável admitir que desde o fim da República ou começo do Império alguns jurisconsultos defendessem a aplicação extensiva do benefício aos demais tipos de sociedade, chegando o assunto a motivar discussão entre eles.

Abstract:

The *beneficium competentiae* in favor of the partner can be constituted by the following way: after the introduction in the beginning of century II a.C. of *actio pro socio* in the edit from the urban praetor, the condemnation limited in favor of the partner *omnium bonorum*, given by the praetor *causa cognita*, would have been introduced in special clause, probably at the end of the II Century a. C. or in the first decades of the century I a. C. The reason of this differentiated treatment in favor of the universal partner, your *ratio*, would have been the existence of an especial link of trustiness, creating an *ius quodammodo fraternitatis*. It seems, however, reasonable to admit that since the end of the Republic or in the beginning of Empire, some jurisconsults defended the extensive application of the benefit to the other types of society, with this topic promoting the discussion among them.

Unitermos: *beneficium competentiae; actio pro socio; socio omnium bonorum.*

A condenação limitada concedida ao *socius* foi introduzida pelo direito honorário, conforme se deduz do seguinte texto de Pompônio:

Pomp. 21 *ad Q. Muc.*, D. 42, 1, 22, 1: *Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum*

praetor edicit, causae cognitio autem in hoc erit, ut neganti se socium esse aut ex doli clausula obligato non succurratur.

[O dito a respeito dos sócios, a saber, que também eles sejam condenados até onde possam pagar, isto o pretor, no seu edito, declara que o fará com prévio conhecimento de causa, a fim de não socorrer a quem negue ser sócio ou tenha se obrigado por uma cláusula de dolo].

Na opinião de Guarino,¹ talvez seja este o mais antigo dentre os diversos casos de condenação limitada que aparecem nas fontes, podendo ter servido de modelo aos demais.

Várias são as questões suscitadas pela condenação limitada do sócio. A primeira, relativa ao momento do seu aparecimento: o *beneficium competentiae* do sócio existe desde o surgimento da *societas* consensual e a correspondente *actio pro socio*, ou é posterior a elas? A segunda, a respeito da espécie de sócio beneficiado: quem gozaria da condenação limitada, todo e qualquer sócio ou apenas o da *societas omnium bonorum*? Finalmente, com relação às circunstâncias em que se dá a concessão do benefício: existem pré-requisitos ou aspectos limitantes? Quais?

Antes, porém, de proceder à análise destas questões, parece-nos necessário fazer alguns esclarecimentos relativos à *societas* e à ação que a tutela.

A *societas* romana é o contrato consensual, bilateral ou plurilateral, em virtude do qual duas ou mais pessoas (*socii*) se obrigam a desenvolver em comum uma determinada atividade e a contribuir para ela com bens (*res*) ou serviços (*operae*), visando um fim determinado e dividindo lucros e perdas.²

É incerta a origem da sociedade consensual no Direito Romano. É discutida, também, a evolução do instituto e o modo como foram surgindo as diversas espécies de sociedade.³

1. Cf. Guarino, *La condanna nei limiti del possibile*, 2. ed., Napoli, Jovene, 1978, p. 25.

2. Cf. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1982, pp. 29 e ss.; Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 598; e Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8.ed., Paris, Arthur Rousseau, 1929, p. 611.

3. Basicamente, são quatro as espécies de sociedade: a. a *societas omnium bonorum*, na que se estabelece co-propriedade de todos os bens presentes e futuros dos sócios, tendo em vista a consecução de um fim patrimonial comum; b. a *societas universorum* (ou *omnium*) *quae ex quaestu veniunt*, na qual os sócios põem em comum apenas o produto de seu trabalho e o rendimento de seus bens, excluindo da sociedade os bens presente e os futuros adquiridos a título gratuito; c. a *societas unius negotiationis* ou *unius rei*, tendo em vista a realização de uma única operação ou o compartilhamento de um único bem (um imóvel, um escravo, etc.); e d. a *societas alicuius negotiationis*, em face da qual os sócios se propõem a realização de uma série de operações comuns, de natureza comercial ou

Há quem sustente que os vários tipos de *societates* têm origens diversas.⁴ A *societas omnium bonorum* derivaria do *consortium ercto non cito*⁵; a *omnium quae ex quaestu veniunt* e a *societas alicuius negotiationis*, de associações comerciais decorrentes de preexistentes experiências romanas (como as *societas publicanorum*); e a *societas unius rei* da *politio*, instituto do velho *ius civile*, no qual o proprietário de um imóvel se associava com um agricultor perito *-politior-* para melhorar o rendimento de suas terras, oferecendo-lhe participação nos lucros.⁶

A *communis opinio*, contudo, entende que a *societas* nada mais é que a transposição em termos simplificados e aberta à participação de *peregrini*, do velho *consortium ercto non cito*, originando a *societas omnium bonorum*. Desta última teriam derivado as demais espécies de sociedade.⁷

Levet observa que a origem da sociedade de todos os bens ou universal remonta à época antiga, àquelas sociedades familiares formadas pelos irmãos após a morte do *paterfamilias*, as quais não tinham no interesse especulativo sua principal razão de ser. Embora, posteriormente, muitas sociedades universais se constituíssem sem a existência desse caráter familiar, permaneceu nelas uma relação de especial confiança (*fiducia*, comportando um *ius quodammodo fraternitatis*).⁸

Segundo Arangio-Ruiz,⁹ o reconhecimento da *societas* como contrato consensual se dá, em primeiro lugar, nas relações entre cidadãos romanos e

industrial. Cf. Girard, *Manuel élémentaire...*, cit. (nota 2), pp. 611-2; e Moreira Alves, *Direito Romano*, v. 2, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 206.

4. Assim, Talamanca, *Istituzioni...*, cit. (nota 2), p. 597. Cf., também, a exposição de Guarino, *Diritto privato romano*, 8.ed., Napoli, Jovene, 1988, p. 814 e a de Moreira Alves, *Direito Romano...*, cit. (nota 3), v.2, pp. 206-7.

5. Ver, a respeito, Arangio-Ruiz, *La società...*, cit. (nota 2), pp. 3-22. Cf., também, Marky, *Sociedade «ercto non cito»* in *Romanitas: Revista de Cultura Romana*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1958, pp. 40-60.

6. É este contrato agrário, referido por Catão (*de agri cultura* 136 e 137 [145 e 146]), o tipo mais antigo de sociedade não-universal que se conhece em Roma. O acordo do qual surge a sociedade para cultivo de um terreno (chamado contrato de *politio* - cf. Ulp. 31 ed., D. 17, 2, 52, 2) se aproxima, na opinião de D'Ors, *Derecho privado romano*, 5. ed., Pamplona, Eunsa, 1983, p. 547, nota 6, do arrendamento.

7. Nesse sentido, Arangio-Ruiz, *La società...*, cit. (nota 2), p. 19; e Girard, *Manuel élémentaire...*, cit. (nota 2), p. 611. Ver, ainda, a exposição de Guarino sobre o assunto in *Diritto privato...*, cit. (nota 4), p. 814.

8. Cf. *Le bénéfice de compétence*, Paris, Recueil Sirey, 1927, p. 48. Ver, nesse sentido, Ulp. 31 ed., D. 17, 2, 63 pr.

9. Cf. *La società...*, cit. (nota 2), p. 29.

estrangeiros, discutidas perante o tribunal do pretor peregrino. Na opinião de Guarino,¹⁰ isto deve ter acontecido a partir da segunda metade do séc. III a. C., época do início da grande expansão comercial romana pelo Mediterrâneo.

É razoável afirmar que a sociedade consensual tenha surgido no direito pretoriano. Aliás, o fenómeno da criação honorária de institutos em virtude de regras do *ius gentium* é bastante freqüente.¹¹

A sociedade universal, derivando do velho *consortium ercto non cito*, observava as regras deste para efeitos de sua constituição, particularmente a prática da *in iure cessio*, através da qual se dava a transferência de propriedade dos bens dos sócios, necessária ao estabelecimento do condomínio entre eles. Isto, porém, só e apenas se constituía entre *cives*; nesse caso seria o *ius civile* a regular e dirimir as diferenças entre eles. Mas, e se um cidadão romano resolvesse estabelecer uma sociedade universal com um estrangeiro naqueles idos do início do séc. II a. C.? Não existindo a possibilidade de praticar as formalidades do *ius civile*, restava, apenas, o acordo de vontades como elemento constitutivo da sociedade. Foi fazendo desse consentimento mútuo o elemento essencial do contrato que o pretor peregrino criou a *societas* consensual, inicialmente como sociedade de todos os bens.

Guarino¹² supõe que, pouco tempo depois, mas ainda nas primeiras décadas do séc. II a. C., a *societas* consensual tenha sido também reconhecida entre cidadãos romanos, passando a figurar no edito do pretor urbano junto com a fórmula da *actio pro socio*, criada especialmente para dirimir possíveis desavenças entre os sócios.

A reconstituição provável da fórmula desta ação é feita por Lenel¹³ nos seguintes termos:

Quod A^s A^s cum N^o N^o societatem omnium bonorum coiit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o (alterum alteri) dare facere (praestare?)

10. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 1), p. 30.

11. A mesma origem têm a compra e venda, a locação e o mandato, não tanto pelo que se refere ao seu conteúdo econômico mas pelo que diz respeito à sua estrutura contratual e, particularmente, à agilidade própria dos contratos consensuais. Cf., nesse sentido, Arangio-Ruiz, *La società...*, cit. (nota 2), p. 28.

12. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 1), p. 30.

13. Cf. *Das Edictum perpetuum (ein Versuch zu seiner Wiederherstellung)*, 2ª reimpr. da 3. ed., Leipzig, 1927. Aalen, Scientia, 1974, p. 297.

*oportet ex fide bona, dumtaxat quod N^s N^s facere potest, eius iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*¹⁴

[Tendo Aulo Agélio entrado em sociedade universal com Numério Negídio, que Numério Negídio, somente até onde puder pagar, seja condenado em boa-fé a dar, fazer ou prestar em favor de Aulo Agélio; se não parecer, que Numério Negídio seja absolvido].

Lenel,¹⁵ ao incluir em sua reconstituição da fórmula edital a referência à *societas omnium bonorum*, dá a entender que era esta a espécie de sociedade originariamente protegida pela *actio pro socio*.

Arangio-Ruiz¹⁶ compartilha desta opinião. Discorda, porém, da redação oferecida por Lenel. Na sua opinião, o texto original da fórmula não fazia referência expressa à sociedade universal ou a qualquer outro tipo de sociedade, falando apenas em *societas*.

Para o romanista italiano, foi a sociedade universal, reminiscência do antigo *consortium ercto non cito*, que os primeiros tratadistas do *ius civile* tiveram em vista ao elaborarem seus tratados científico-práticos e a que, sob a sua orientação, serviu de base para a elaboração pelo pretor da fórmula da *actio pro socio*.¹⁷ A referência à *societas omnium bonorum* seria tão-evidente a ponto de dispensar sua menção expressa no texto da fórmula. E, conclui dizendo que prova disto seria o fato de os comentários ao Edito, na parte relativa à fórmula da *actio pro socio*, tomarem sempre a sociedade universal como ponto de partida.¹⁸

14 Transcrevemos a redação oferecida por Arangio-Ruiz, *La società...*, cit. (nota 2), p. 30, a qual, ao colocar por extenso as abreviações do texto de Lenel, o torna mais inteligível: *Quod Aulus Agerius cum Numerio Negidio societatem omnium bonorum coitit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, <dumtaxat quod Numerius Negidius facere potest>, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnatur: si non paret, absolvito.*

15. Cf. *Das Edictum...*, cit. (nota 13), pp. 298-9.

16. Cf. *La società...*, cit. (nota 2), p. 31

17. Cf. *La società...*, cit. (nota 2), p. 29.

18. No mesmo sentido, Lenel, *Das Edictum...*, cit. (nota 13), p. 297, nota 8, menciona os comentários recolhidos nos seguintes fragmentos: Paul. 32 ed., D. 17, 2, 1, 1, e D. 17, 2, 3, 1; Ulp. 31 ed., D. 17, 2, 5 pr. e Gai. 3, 148. Na p. 31, nota 2 do *La società...*, cit. (nota 2), Arangio-Ruiz refere-se a uma demonstração de Wieacker a respeito, minuciosa e incontestável, in *Societas: Hausgemeinschaft und Erverbsgesellschaft (Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts)*, 1, Weimar, 1936, pp. 243 e ss.

Arangio-Ruiz observa¹⁹ que as fórmulas apresentavam um aspecto semelhante ao dos atuais formulários e traziam, junto a termos considerados essenciais, espaços em branco equivalentes aos nossos pontilhados modernos, para serem preenchidos com os dados particulares do caso. Era comum, diz ele, que o pretor, para exemplificar, apresentasse a fórmula preenchida com elementos fictícios referentes aos nomes, ao montante da dívida, etc. Esses elementos ganharam da romanística germânica a denominação de «*Blankettworte*», expressão que designa as palavras colocadas no lugar dos espaços em branco.

Para Arangio-Ruiz, tal prática tem dificultado, por vezes, distinguir as palavras que o pretor introduzia no texto à guisa de exemplo (as referidas «*Blankettworte*»), daquelas outras que, pelo contrário, faziam parte do conteúdo da ação como seu pressuposto essencial e imutável, induzindo o estudioso a erro. Para o mestre italiano, neste engano teria incorrido Lenel, ao incluir na sua reconstituição a referência à *societas omnium bonorum* como se de parte essencial da fórmula se tratasse, quando apenas era uma «*Blankettworte*».

Embora originariamente a *actio pro socio* fosse criada visando a sociedade universal, é certo que, no decorrer do tempo, terminou ela servindo para dirimir conflitos decorrentes de todo e qualquer tipo de sociedade consensual.

Passemos, agora, à análise da condenação limitada. Teria sido ela introduzida junto com a *actio pro socio*, como parte constitutiva da fórmula desta, ou devemos considerá-la criação posterior?

Guarino²⁰ entende que o aparecimento da condenação *in id quod debitor facere potest*, é posterior à criação da *actio pro socio*. Em sua opinião não é compreensível que numa época de grande florescimento comercial, como a das primeiras décadas do séc. II a. C., já apontada como a do provável momento da introdução da ação do sócio, as alianças comerciais dos agentes econômicos (pois tais eram em substância, as sociedades baseadas no *nudus consensus* e na confiança recíproca) pudessem se constituir sob a ameaça permanente de uma possível condenação limitada ao *id quod debitor facere potest*. Sendo, de resto, a *actio pro socio* uma *actio famosa*, a simples possibilidade de vir a sofrer a *infamia* bastaria para obrigar o sócio a pensar bem as coisas antes de se decidir por assumir um compromisso social e, na constância do mesmo, ter todo o cuidado para não ocasionar prejuízos ao outro sócio.

19. Cf. *La società...*, cit. (nota 2), p. 29, nota 4.

20. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 1), pp. 30-31.

A *condemnatio in id quod facere potest* se ambienta, para Guarino, num momento de depressão econômica e de insegurança do comércio, tal como aquele dos últimos anos do séc. II a. C. e, principalmente, de boa parte do séc. I a. C., época durante a qual a possibilidade de obter a vantagem de uma condenação limitada teria aliviado a situação de muitos sócios em apuros. Nesses tempos de lutas civis, constituir uma sociedade, diz Guarino,²¹ era como embarcar juntos numa aventura comum, "affratelarsi", diz ele, irmanar-se num risco comum.²²

Embora não se manifeste expressamente sobre o momento do aparecimento da condenação limitada, Lenel, ao introduzir na fórmula da *actio pro socio* as palavras do benefício (*dumtaxat quod N^s N^s facere potest*) dá a entender que o considera coetâneo daquela.²³

Arangio-Ruiz também não se manifesta sobre o momento da introdução da condenação *in id quod facere potest*. Limita-se a transcrever a fórmula reconstituída por Lenel, dela excluindo, porém, o benefício da condenação limitada²⁴ objeto em sua opinião de cláusula à parte.²⁵

21. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 1), p. 31.

22. Daí o *ius quodammodo fraternitatis* mencionado em Ulp. 31 ed., D. 17, 2, 63 pr., (ver *supra* nota 8), texto que será examinado logo adiante.

23. Na primeira edição de sua obra, publicada em 1883, Lenel reconstitui a fórmula da *actio pro socio* inserindo nela a condenação limitada. Contudo, na tradução francesa dessa primeira edição [*Essai de reconstitution de L'Edit Perpétuel*, 2 v., (ouvrage traduit en français par Frédéric Peltier, sur un texte revu par l'auteur), Paris, Larose & Forcel, 1901/1903], Lenel introduz, como ele próprio esclarece num prefácio *ad hoc*, algumas modificações de conteúdo, dentre elas a supressão da condenação limitada no texto da fórmula. Às pp.12/13 do v. 2, Lenel afirma que, como o pretor prometia somente *causa cognita* a introdução da condenação limitada na fórmula (e faz referência ao texto de Pompônio, 21 *ad Q. Muc.*, D. 42, 1, 22, 1), não se pode admitir que a cláusula «*quod facere potest*» figurasse na fórmula-tipo do Album (na nota 1 ele esclarece que esta orientação é contrária à da edição alemã). E, a seguir, complementa dizendo que se Ulpiano se ocupou dessa cláusula em 31 ed., D. 17, 2, 63, pr.-7, imediatamente após tratar da fórmula, isto provém do fato de o próprio edito que a introduziu, inseri-la após ela, a modo de apêndice. Lenel termina arriscando uma reconstituição desse apêndice, nestes termos: «*Si iusta causa esse videbitur, hanc actionem dabo in id quod facere potest*». Na segunda edição alemã de sua obra, publicada em 1907 (cf. Guarino, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, v.1, Napoli, Jovene, 1968, p.549, nota 116), Lenel volta atrás e afirma que, apesar da limitação da condenação ser concedida só caso a caso (*causa cognita*), deve-se imaginar que a cláusula «*quod facere potest*» figurasse na fórmula-tipo do Album. É esta, também, a posição do autor na terceira e definitiva edição alemã do «*Edictum*». "Diversamente, sem suficiente razão, éd. perp. II, 13" («Anders ohne zureichenden Grund éd. perp. II, 13»), são as palavras de Lenel na edição de 1907, reproduzidas, textualmente, na p.298, nota 4 da terceira edição. Não é claro para nós se ele diz ter mudado de opinião sem suficiente razão ou se julga que sua opinião anterior carecia da tal "suficiente razão". Seja como for, não encontramos, *data venia*, consistência argumentativa nesta última postura. Contudo, talvez Lenel tenha querido dizer que tanto a cláusula poderia estar inserida na fórmula quanto ter sido colocada em apêndice, questão esta que seria de menor importância.

24. Cf. *La società...*, cit. (nota 2), p. 30.

Sintetizando a questão, parece-nos razoável concluir com Guarino, que a condenação limitada em favor do sócio tenha sido introduzida em época posterior à da criação da *actio pro socio* e que, seguindo a opinião de Arangio-Ruiz, o benefício integrasse cláusula à parte. E isto precisamente em virtude do argumento apresentado por Lenel na edição francesa do *Edictum*.²⁶

Tendo a condenação *in id quod facere potest* sido inserida em cláusula anexa à fórmula da *actio pro socio*, cabe perguntar a que espécie de sócio ela beneficiaria. Seria apenas ao *socius omnium bonorum* ou também ao sócio de toda e qualquer sociedade?

A raiz da dúvida encontra-se na divergência entre dois textos do Digesto, ambos atribuídos a Ulpiano.

Lemos no primeiro:

Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 *pr.*: *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere, hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.*

[É certo o que diz Sabino: que mesmo não sendo <os litigantes> sócios de todos os bens, mas de uma só coisa, devem, não-obstante, ser condenados na medida de suas posses ou do que teriam podido pagar se não tivessem agido com dolo. E isto é muito razoável se é verdade que a sociedade implica, como parece implicar, numa relação em certo modo de fraternidade.]

Por sua vez, o segundo declara:

Ulp. 63 *ed.*, D. 42, 1, 16: *Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, id est non deducto aere alieno, et quidem sunt hi fere, qui pro socio conveniuntur (socium autem omnium bonorum accipiendum est)...*

[Há os que são condenados no que possam pagar, ou seja, sem dedução de suas <outras> dívidas; e estes são, entre outros, os seguintes: os demandados pela ação da sociedade (entenda-se, o sócio de todos os bens)...].

A doutrina divide-se ao indicar qual dos textos seria o original. Para uns, a orientação de Ulpiano, acompanhando a opinião de Sabino, seria conceder o benefício em todos os casos de sociedade, e nesse sentido o segundo texto (Ulp. 63 *ed.*, D. 42, 1, 16) teria sido alterado por um intérprete pós-clássico. Para outros, a

25. Cf. *La società...*, *cit.* (nota 2), p. 184.

26. Cf. nota 23 *supra*.

orientação original seria a restritiva e Justiniano, alterando o fragmento de Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 pr., é que teria estendido a solução a toda e qualquer espécie de sociedade. A qual dos fragmentos supracitados dar crédito?

Num ponto todos os autores concordam, a saber, quando afirmam que, no direito justiniano, o *beneficium competentiae* foi concedido ao sócio de toda e qualquer sociedade.²⁷

A questão é saber se a interpretação extensiva é obra do compilador ou se já no direito clássico, a começar por Sabino e depois com Ulpiano, o benefício tinha ampla aplicação.

Arangio-Ruiz²⁸ afirma ser pacífica a referência originária do benefício ao caso da *societas omnium bonorum*. Assim sendo, esse tratamento privilegiado recebido pela sociedade universal talvez tivesse sua razão de ser, conforme Levet,²⁹ naquela aproximação com as primitivas sociedades *ercto non cito*, nos estreitos vínculos de confiança que as caracterizavam e na ausência do interesse especulativo a que já fizemos referência. Pelo contrário, o intuito de lucro presente nas sociedades particulares, frequentemente formadas por pessoas não-ligadas por vínculos de parentesco, teria sido o motivo de sua exclusão inicial do benefício.

Qual, porém, teria sido a orientação do direito clássico a este respeito? Aprofundemos a discussão tomando por base a argumentação de Guarino.³⁰ Após analisar os dois fragmentos de Ulpiano, observa o autor que, sob o aspecto formal, ambos merecem reparos. Para ele, a parte final do primeiro fragmento (Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 pr.: *hoc enim summam rationem habet*) é enfática demais para pertencer a Ulpiano.

No mesmo sentido de crítica formal à redação desse texto, Levet³¹ chama a atenção para a estranha construção que deixou de explicitar o sujeito do verbo *condemnare oportet*, e para o uso de termos com frequência empregados pelos compiladores, como *enim* (geralmente utilizado para introduzir a interpolação), *rationem* e *quodammodo*.

27. Assim, Solazzi, *L'estinzione della obbligazione*, Napoli, Jovene, 1931, p. 207. O autor justifica sua posição observando que Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 pr., que acolhe a aplicação extensiva do benefício, é o texto propositalmente situado pelo compilador no lugar próprio, ou seja, sob o título *pro socio*, o que confirmaria essa nova orientação.

28. Cf. *La società...*, cit. (nota 2), p. 31.

29. Cf. *Le bénéfice...*, cit. (nota 8), p. 50.

30. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 1), pp. 27 e ss.

31. Cf. *Le bénéfice...*, cit. (nota 8), p. 56.

Por outro lado, ainda segundo Guarino, o outro fragmento (Ulp. 63 *ed.*, D. 42, 1, 16) é claramente glosado por um leitor pós-clássico, pois a expressão «*id est non deducto aere alieno*», embora tenha significado concreto e exato do qual se falará oportunamente,³² encontra-se em lugar errado, dando a falsa impressão de que a limitação ao *id quod debitor facere potest* significava não levar em consideração o *aes alienum*. Guarino chama a atenção, ainda, para o período final deste texto (*socium autem omnium bonorum accipiendum est*), escrito, em sua opinião, num péssimo latim, de autoria de algum intérprete tardio que, tomando posição na controvérsia, teria alterado a orientação de Ulpiano.³³ De resto, conclui Guarino, é significativa a injustificada passagem de um discurso no qual se fala de *socii* (no plural) para outro no qual se faz referência ao *socius* (no singular).

Passando à discussão do conteúdo dos fragmentos Guarino,³⁴ partindo de Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 pr., considera possível intuir uma discussão dos juristas anteriores a Sabino (1ª metade do séc. I d. C.), a respeito da admissibilidade de concessão do benefício fora do caso da sociedade universal. Sabino ter-se-ia manifestado claramente a favor, inclusive até no caso oposto, o da *societas unius rei*, no que teria sido acompanhado por Ulpiano (séc. III d. C.).

Porém, diz Guarino,³⁵ mais do que saber qual fosse a opinião de Sabino ou Ulpiano, o interessante é poder concluir, a partir do que estes textos apresentam, que no período clássico discutia-se se a limitação da condenação podia ser aplicada a todos os tipos de sociedade (*omnium bonorum, omnium quae ex quaestu veniunt, unius negotiationis, unius rei*, etc.), ou se, pelo contrário, devia ficar restrita apenas à *societas universonum bonorum*. Para concluir pela aplicação geral do benefício, diz Guarino, bastaria admitir que a cláusula edital sobre a

32. Trata-se da questão do *facere posse*, ou seja, da disponibilidade patrimonial do devedor. Para alguns o cálculo deveria ser feito com base no patrimônio bruto. Para outros, sobre o patrimônio líquido, ou seja, descontadas as dívidas (*aes alienum*) que o réu tivesse com credores outros, em relação aos quais não-gozasse do benefício.

33. Lenel, *Das Edictum...*, cit. (nota 13), p. 298, n. 7, também considera a frase um glossema, pela forma não-latina da mesma. No mesmo sentido, embora por via indireta de interpretação, pensa Arangio-Ruiz, *La società...*, cit. (nota 2), p. 30. Porém, para Levet, *Le bénéfice...*, cit. (nota 8), p.55, a afirmação que se faz de que o período «*socium...accipiendum est*» é errado, enquanto o certo deveria ser «*socius...accipiendus est*», não é suficiente para desautorizá-lo. Afinal, diz ele, as fontes tanto literárias quanto jurídicas oferecem numerosos exemplos de semelhante construção, nos quais o acusativo é empregado no lugar do nominativo. Por esta razão, Levet não hesita em considerar esta passagem como verdadeiramente de Ulpiano.

34. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 1), p. 27.

35. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 1), p. 29.

condemnatio limitada falasse de *socii* em geral (sem qualquer especificação) e que, *a fortiori*, a fórmula edital da *actio pro socio* não tivesse sido limitada ao caso da *societas omnium bonorum*.

Não é desta forma, contudo, que Lenel faz sua reconstituição: para ele a *actio pro socio* e a correspondente cláusula «*quod facere potest*» aplicam-se apenas no caso da sociedade universal. Na opinião de Guarino, Lenel, ao confrontar sua reconstituição com Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 pr., deve ter imaginado que Sabino divergisse da orientação da fórmula edital, sustentando contrariamente que a *actio pro socio* e respectiva cláusula de condenação limitada pudessem ter aplicação fora da hipótese restrita da sociedade universal.

Guarino, discordando da tese de Lenel, considera que a *condemnatio in id quod debitor facere potest* tinha aplicação geral e cita, como prova disso, Pomp. 21 *ad Q. Muc.*, D. 42, 1, 22, 1, no qual o jurisconsulto, discorrendo sobre a aplicação, *causa cognita*, do benefício, fala de *socii* em geral.

Em nossa opinião, porém, este argumento não parece tão concludente como quer Guarino, pois o fato de Pompônio falar em *socii* não significa necessariamente que ele esteja se referindo a toda e qualquer espécie de sócio: em rigor, trata-se apenas de um plural, que pode estar fazendo referência aos sócios *omnium bonorum*, sem, porém, especificá-los, por considerar essa especificação desnecessária tendo em vista que a orientação dominante, como já mencionado, considerava que o benefício se aplicava apenas à sociedade universal. Por outro lado, não parece razoável basear num único fragmento toda a força de uma argumentação, quando se está a todo momento discutindo (nisso consiste o trabalho exegético dos romanistas) a autenticidade deles.

Finalizando seu raciocínio, Guarino parece concluir³⁶ que o benefício teria sido estendido no período clássico aos sócios de toda e qualquer sociedade, sendo esta a opinião primeiro de Sabino e, depois, de Ulpiano. Nesse sentido, o fragmento recolhido em Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 pr. seria, na essência, autêntico (embora reconhecendo-se nele algumas pequenas alterações formais) e a sua parte final («*hoc enim...habeat*») seria mesmo de autoria de Ulpiano, o qual teria encontrado no termo «*quodammodo*» o meio mais expressivo para evidenciar a analogia existente entre os *socii* (todos os *socii*, de qualquer espécie) e as pessoas ligadas por um vínculo de fraternidade, analogia esta que seria a mais apropriada

36. Dissemos *parece* porque, ao nosso ver, a sua conclusão, no meio de um emaranhado de digressões paralelas, não se torna clara (cf. *La condanna...*, cit. (nota 1), pp. 29-32.).

para ilustrar a lógica, a *ratio* subjacente à *condemnatio* limitada de um sócio na ação proposta por outro.

Contudo, a opinião de Guarino deixa algumas questões sem uma explicação convincente. Entre outras esta: se no período clássico o benefício já se estendia a todos os sócios, o texto de Ulp. 63 *ed.*, D. 42, 1, 16 deve reputar-se adulterado no período final (*socium autem... accipiendum est*). Mas, por quê razão um intérprete pós-clássico (e nem se fale do compilador justiniano, em cuja época a aplicação do benefício já se estendia notoriamente a todos os tipos de sociedade) introduziria um comentário restritivo contrário à prática reinante? Se o período em questão tiver de ser considerado um glossema interpretativo, é mais razoável imaginar, como quer Arangio-Ruiz,³⁷ tivesse ele o propósito de confirmar a orientação do edito (restrita no seu espírito à *societas omnium bonorum*, embora sem mencioná-la expressamente), saindo, assim, ao passo das opiniões contrárias daqueles que pretendiam ver o benefício estendido aos outros tipos de sociedade. Somente assim, prossegue Arangio-Ruiz, pode se entender a expressão «*accipiendum est*» que aparece no final do texto citado, pois o verbo *accipere* deixa transparecer a mão do intérprete, introduzindo interpretação restritiva que, no caso, não teria razão de ser se a menção às sociedades universais fosse explícita na própria fórmula.

A maioria dos autores julga,³⁸ (e tal é a orientação que nos parece mais segura), que a condenação limitada foi introduzida para beneficiar apenas o sócio da *societas omnium bonorum*, sendo esta a orientação que permaneceu no direito clássico e pós-clássico, apesar de pressões esparsas no sentido de se ampliar sua aplicação. E, isto, por entender que só no caso da sociedade universal se caracterizaria de maneira plena aquela relação de especial confiança, o *ius quodammodo fraternitatis*, reminiscência do primitivo *consortium fratrum suorum*, confiança que justificaria a concessão do benefício, sendo esta a sua verdadeira *ratio*. Só na compilação justinianéia o instituto teria sido reformado, passando a valer para o sócio de toda e qualquer espécie de sociedade. É bom lembrar que estamos falando agora expressamente da condenação limitada e não da *actio pro socio* a qual, embora pudesse na origem ter sido criada, tendo em vista apenas a

37. Cf. *La società...*, *cit.* (nota 2), p. 30.

38. É esta a opinião taxativa de Levet, *Le bénéfice...*, *cit.* (nota 8), p. 56. Solazzi, *L'estinzione...*, *cit.* (nota 27), p. 207, considera-a a mais provável. Após afirmar que a restrição no antigo direito é clara, Arangio-Ruiz, *La società...*, *cit.* (nota 2), p. 122, em relação ao direito clássico e pós-clássico, dá maior crédito, mas apenas conjecturalmente, à interpretação restritiva.

societas omnium bonorum, passou entretanto desde fins da República a se aplicar aos diversos tipos de sociedade que foram surgindo.

Assim sendo, poderíamos reconstituir o *beneficium competentiae* do sócio da seguinte forma: após a introdução nos começos do séc. II a. C. da *actio pro socio* no edito do pretor urbano,³⁹ teria sido introduzida em cláusula especial,⁴⁰ provavelmente em fins do séc. II a. C. ou nas primeiras décadas do séc. I a. C., a condenação limitada em favor do sócio *omnium bonorum*, concedida pelo pretor *causa cognita*.⁴¹ Razão de ser deste tratamento diferenciado em favor do sócio universal, sua *ratio*, teria sido a existência de um vínculo de especial confiança, originando um *ius quodammodo fraternitatis*.

Parece, porém, razoável admitir, como quer Guarino, que desde o fim da República ou começo do Império alguns juristas defendessem a aplicação extensiva do benefício, chegando o assunto a motivar discussão entre eles. Sabino pode ter sido um dos partidários dessa corrente, assim como Ulpiano.

Pensamos, contudo, que isto não se pode taxativamente concluir a partir de Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 pr., pois se, tal como querem alguns, considerarmos este texto interpolado pelo compilador, é possível admitir que a alteração tivesse atingido a opinião original de Sabino e de Ulpiano, e que na verdade fossem ambos favoráveis à aplicação restrita. Em tal caso, o teor original do fragmento de Ulpiano poderia ter sido «*verum est quod Sabino videtur...si...universorum bonorum socii sunt,...in id quod facere possunt...*», etc.⁴² Como se pode observar, a mudança deste texto original suposto para a redação que se encontra em Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 pr. não parece muito complexa, tornando verossímil a hipótese de interpolação. O período final (*hoc enim...habeat*) pode ser considerado original de Ulpiano, como quer Guarino,⁴³ ou mesmo, como opina Arangio-Ruiz,⁴⁴ obra de comentarista pós-clássico, que o teria introduzido para

39. Na origem, de acordo com Lenel, *Das Edictum...*, cit. (nota 13), p. 297, e Arangio-Ruiz, *La società...*, cit. (nota 2), p. 31, aplicável apenas aos sócios da sociedade *omnium bonorum*. Mais tarde estendida aos demais tipos de sociedade.

40. Neste sentido, Arangio-Ruiz, *La società...*, cit. (nota 2), p.31, e também, Guarino, *La condanna...*, cit. (nota 1), pp. 30-31.

41. Lembramos Pomp. 21 *ad Q. Muc.*, D. 42, 1, 22, 1.

42. Cf. Guarino, *La condanna...*, cit. (nota 1), p. 28.

43. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 1), p. 32.

44. Cf. *La società...*, cit. (nota 2), p. 30. No mesmo sentido, Solazzi, *L'estinzione...*, cit. (nota 27), p. 207 e nota 1

reforçar a aplicação restritiva do benefício, em decorrência desse especial relacionamento dos sócios universais (*ius quodammodo fraternitatis*), reagindo, assim, às pressões dos defensores de uma interpretação mais larga da *condemnatio* limitada.

Na perspectiva da aplicação restritiva do *beneficium* ao longo do direito clássico e pós-clássico podemos efetuar algumas leituras possíveis dos fragmentos de Ulpiano. Uma primeira, partindo da hipótese de que, concordando com a opinião de Sabino, Ulpiano acompanhasse a orientação dominante.⁴⁵ Neste caso deveríamos considerar Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 pr. interpolado e Ulp. 63 *ed.*, D. 42, 1, 16 original: Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 pr. teria saído da pena de Ulpiano com a redação proposta supra («*verum est quod Sabino videtur...si...universorum bonorum socii sunt,...in id quod facere possunt...*»), e o teor original de Ulp. 63 *ed.*, D. 42, 1, 16 teria sido aquele mesmo que aparece nas fontes. Alterando o primeiro texto (Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 pr.) e inserindo-o no lugar correspondente à *actio pro socio*, o compilador teria efetuado a reforma extensiva do instituto.⁴⁶ Mas, em tal caso, por quê razão teria o compilador adulterado a opinião de Sabino e Ulpiano, conservando-lhes os nomes? É o que parece perguntar Guarino.⁴⁷ Pensamos ser suficiente razão o desejo de se “dar força” à reforma extensiva, apresentando a “opinião” (adulterada) desses juristas como a ela favorável.

Pode-se, entretanto, imaginar -e é a segunda hipótese- que Sabino fosse favorável à aplicação extensiva do benefício, mas não Ulpiano. É o que parece sugerir Arangio-Ruiz⁴⁸ Nesse caso, Ulpiano teria escrito em 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 pr.: «*verum non est...*»,⁴⁹ estando tal redação em perfeita consonância com o afirmado em Ulp. 63 *ed.*, D. 42, 1, 16. Ao utilizar o primeiro texto para seus propósitos de reforma, o compilador teria retirado dele a partícula *non*, tornando agora a opinião

45. Levet, *Le bénéfice...*, cit. (nota 8), p. 56, é desta opinião. Na nota 29 oferece uma possível reconstituição do texto primitivo de Ulpiano (31 *ed.*, D. 17, 2, 63 pr.: *Verum est quod Sabino videtur <<etiam si non>> universorum bonorum <<socii>> (socios, Ulpiano) <<sunt, sed unius rei, attamen>> in id quod facere possunt...condemnari oportere <<hoc enim...habeat>>*).

46. Deveríamos, contudo, admitir que, provavelmente por descuido, o compilador deixasse de adaptar à reforma o fragmento inserido em Ulp. 63 *ed.*, D. 42, 1, 16. Esta falha, porém, poderia ser minimizada considerando-se que o livro 42 do Digesto não era o destinado como *sede materiae* a tratar propriamente da sociedade.

47. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 1), p. 28.

48. Cf. *La società...*, cit. (nota 2), p. 122.

49. Sobre esta possível redação, embora com sentido diferente na argumentação do autor (*a contrario*), cf. Guarino, *La condanna...*, cit. (nota 1), p. 28.

de Ulpiano concordante com aquela de Sabino, ambas, portanto, em sintonia com a nova orientação.

Terceira hipótese consistiria, finalmente, em admitir que tanto Sabino quanto Ulpiano fossem contrários à limitação. Neste caso, Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 *pr.* seria genuíno (ao menos nos seus traços gerais de conteúdo, deixando-se de lado as possíveis alterações no plano formal da redação), e como tal teria sido aproveitado pelo compilador para sacramentar a reforma extensiva. O texto de Ulp. 63 *ed.*, D. 42, 1, 16, teria sofrido uma interpolação restritiva (o período «*socium... accipiendum est*»), obra de um comentarista pós-clássico, visando colocar o fragmento de Ulpiano em consonância com a orientação vigente, sendo inadvertidamente reproduzida, mais tarde, esta interpolação na compilação justinianéia sem a adaptação oportuna.

Abordada a questão relativa à espécie de sócio que gozaria do benefício, passemos agora a tratar de alguns outros problemas relacionados com este caso de condenação limitada.

O texto de Pompônio 21 *ad Q. Muc.*, D. 42, 1, 22, 1, transcrito *supra*, afirma que o benefício da condenação limitada era concedido ao sócio somente *causa cognita*. Para Guarino⁵⁰, esse exame *in concreto* permitia ao magistrado concluir pela existência ou não de boas razões para favorecer o réu.

De acordo com Pompônio, duas circunstâncias seriam levadas especialmente em consideração pelo pretor: o comportamento fraudulento daquele que falsamente negava sua condição de sócio e a existência de *cláusula doli* pela qual ele se obrigara.

A propósito da primeira delas, confirmada também num texto de Paulo 32 *ed.*, D. 17, 2, 67, 3,⁵¹ Arangio-Ruiz comenta que a medida se justifica plenamente, pois, diz ele, "*negar um contrato de sociedade existente é uma forma de defesa por demais inspirada na má-fé como para que aquele que a adota possa pretender um tratamento benigno*".⁵²

A segunda circunstância causa um pouco de perplexidade. Com efeito, sendo a responsabilidade por dolo inerente aos contratos de boa-fé, entre os quais se conta a sociedade, a existência comprovada de dolo afastaria em qualquer caso a

50. Cf. *La condanna...*, *cit.* (nota 1), p. 25.

51. *Non alias socius in id quod facere potest condemnatur, quam si confidetur se socium fuisse* [O sócio é condenado ao que possa pagar somente se reconhece ter sido sócio].

52. Cf. *La società...*, *cit.* (nota 2), p. 184.

aplicação do benefício, independentemente da existência de *clausula doli*. Arangio-Ruiz, acompanhando a opinião de Levet,⁵³ entende que esses textos fazem referência a uma sociedade, cuja convenção constitutiva tivesse sido feita mediante dupla estipulação. Não sendo a *stipulatio* um *iudicium bonae fidei* mas um contrato formal, a ocorrência de dolo somente poderia ser levada em consideração se convencionada mediante cláusula expressa.

Merece, finalmente, menção rápida a questão das conseqüências desta espécie de condenação limitada. A este respeito, Arangio-Ruiz⁵⁴ afirma que o sócio evitaria a execução pessoal ou a *bonorum venditio* mas, diferentemente de outros casos de concessão do benefício, não evitaria a *infamia*. Assim sendo, os efeitos do *beneficium competentiae* outorgado ao sócio seriam apenas patrimoniais. O mesmo autor observa que Juliano I *dig.*, D. 3, 2, 1, ao enumerar as ações contratuais que acarretam *infamia*, cita em primeiro lugar a *actio pro socio*. E, a seguir, explica que a razão dessa severidade (mas também daquela indulgência em virtude da qual o benefício era concedido) encontra-se na *fiducia*, na confiança que devia ligar reciprocamente os sócios, confiança esta que tornava particularmente grave o *fidem fallere*, isto é, a violação da *fides*, da confiança mútua depositada.

São Paulo, dezembro de 1997.

53. Cf. *La società...*, *cit.* (nota 2), p. 184 e *Le bénéfice...*, *cit.* (nota 8), p. 59, respectivamente.

54. Cf. *La società...*, *cit.* (nota 2), pp. 185-6.

DIREITO CIVIL

PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO CONTRATUAL APLICÁVEIS À DÍVIDA EXTERNA DOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO*

Álvaro Villaça Azevedo

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie-SP

Resumo:

Os princípios gerais de Direito apresentam-se com força normativa nos sistemas jurídicos contemporâneos, porque encontram seu fundamento, sua força, principalmente, no Direito Natural.

Por essa razão, esses princípios devem ser observados nas contratações, seja no âmbito nacional, seja no internacional, sob pena de desequilibrarem-se as relações jurídicas.

Assim, salientam-se o princípio da boa-fé, também objetivamente considerada, o da liberdade contratual, para maior justiça nas negociações, e o da função social do contrato, como meio justo de entendimento entre os homens.

Também, destaca-se o princípio da comutatividade dos contratos e da equidade, para que as partes sejam iguais, no tocante às prestações devidas. Daí, o princípio da cláusula *rebus sic stantibus*, que, considerada imanente em todos os contratos, autoriza sua resolução; portanto, independentemente de culpa, desde que se desequilibrem as posições das partes, em razão de fato imprevisto, imprevisível e extraordinário, com prejuízo maior de um dos contratantes, dá-se a resolução. O contrato, desse modo, torna-se muito oneroso a uma das partes.

Todavia, em regime inflacionário, a inflação não é imprevisível, o que dificulta a aplicação dessa teoria da imprevisão.

Daí, o resumo de nossa proposta:

a. Aplicação, pura e simplesmente, da teoria da onerosidade excessiva, causadora de lesão, independentemente da teoria da imprevisão ou da cláusula *rebus sic stantibus*. O simples desequilíbrio contratual, objetivamente considerado, causa a necessidade de revisão contratual, com a conseqüente reposição ao *statu quo*.

b. Impossibilidade de alteração unilateral, pelos credores, das taxas de juros, sob pena de atuação abusiva e mesmo ilícita, causando a nulidade dessa modificação realizada sem o mútuo consenso dos contratantes.

* Pronunciamento, revisto, feito na sede do Parlamento Latinoamericano, em São Paulo-SP, Brasil, por ocasião da Mesa Redonda de Direito dos Povos Latinoamericanos Dívida Externa, em 27.04.95, e no "II Seminario Giuridico Internazionale" sobre "Debito Internazionale - Principi Generali del Diritto - Corte Internazionale di Giustizia", de 25 a 27 de maio de 1995, em Roma.

c. Necessidade de respeitar-se, quanto aos débitos dos contratos existentes, o parecer da Corte Internacional de Justiça de Haia, a que deve ser submetida a questão sobre a dívida externa dos Países em desenvolvimento, ou, se for o caso, o parecer da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

d. No tocante aos contratos futuros, necessidade de inserir, neles, cláusulas de arbitragem, escolhendo, de preferência, o árbitro e seus eventuais substitutos, em ordem cronológica, na cláusula contratual. Esse árbitro deve ser, de preferência, a Corte Internacional ou outro Órgão equivalente.

e. Incentivo aos Países em desenvolvimento à implantação de projetos de conversão da dívida externa de natureza ecológica.

Deve, assim, existir uma compreensão geral dos credores dos Países em desenvolvimento para que a humanidade cresça e se espiritualize, na idéia da construção de um mundo novo, fraternal e amigo, em que a matéria seja secundária nos projetos de aprimoramento da cultura dos povos, da justiça social e do bem-comum.

Abstract:

The general principles of Law come with normative force in the contemporary juridical systems, because they find its foundation, its force, mainly, in the Natural Right.

For that reason, those principles should be observed in the recruitings, be in the national ambit, be in the international, under feather of unbalancing the juridical relationships.

Thus, they are pointed out the beginning of the good-faith, also objectively considered, the one of the contractual freedom, for larger justice in the negotiations, and the one of the social function of the contract, as a fair means of understanding among the men.

Also, stands out the beginning of the commutativity of the contracts and of the justness, so that the parts are the same, concerning the due installments. Thence, the beginning of the clause *rebus sic stantibus*, that, considered immanent in all the contracts, it authorizes its resolution; therefore, independently of blame, since both parts' positions lose their balance, due an unexpected fact, unexpected and extraordinary, with larger damage of one of the contracting parties, the resolution is applied. The contract, in that way, becomes very onerous to one of the parts.

Though, in inflationary regime, the inflation is not unexpected, what hinders the application of that theory of the improvidence.

Thence, the summary of our proposal:

a. Application, pure and simply, of the theory of the excessive onerousness, lesion foister, independently of the theory of the improvidence or of the clause *rebus sic stantibus*. The simple contractual unbalance, objectively considered, it causes the need of contractual revision, with the consequent replacement to the *statu quo*.

b. Impossibility of unilateral alteration, by the creditors, of the interest rates, under feather of abusive and even illicit performance, causing the nullity of this modification accomplished without the mutual consent of the contracting parties.

c. Need to respect, for the debits of the existent contracts, the opinion of the International Court of Justice of The Hague, to whom should be submitted the subject on the foreign debt of the Countries in development, or, in case of need, the opinion of the International Organization of Work (IOW).

d. Concerning the future contracts, need to insert, in them, arbitration clauses, choosing, preferably, the referee and its eventual substitutes, in chronological order, in the contractual clause. That referee should be, preferably, the International Court or other equivalent Organ.

e. Encouragement to the Countries in development due the implantation of projects of conversion of the foreign debt with ecological nature.

There must be, thus, a general understanding of the creditors of the Countries in development so that the humanity grows and spiritualizes, in the idea of the construction of a new, fraternal and friendly world, in that the matter is secondary in the projects of refinement of the culture of the people, of social justice and of welfare.

Unitermos: princípios gerais de Direito; modificação unilateral da taxa de juros; efeitos da onerosidade excessiva

Sumário:

A - Princípios Gerais de Direito.

1 Generalidades.

2 Princípio da boa-fé.

3 Princípio da liberdade contratual.

4 - Princípio da função social do contrato.

5 Princípio da comutatividade dos contratos e da equidade.

6 - Princípio da cláusula "rebus sic stantibus"

7 Princípio da onerosidade excessiva e lesão objetiva.

B - Modificação unilateral da taxa de juros.

C Efeitos da onerosidade excessiva.

D Conversão da dívida externa em projetos de natureza ambiental.

E Resumo de nossa proposta.

A Princípios Gerais de Direito.

1 Generalidades.

1. Os princípios gerais de direito apresentam-se com força normativa nos sistemas jurídicos contemporâneos, principalmente porque encontram sua força no próprio Direito Natural.

2. Já Marco Tullio Cícero (De off., 1, 101) dizia que a razão ensina e explica o que deve ser feito e o que deve ser evitado ("*ratio docet et explanat quid faciendum fungiendumve sit*").

3. Por isso, esses princípios não podem ser olvidados, nas contratações, quer no âmbito nacional, quer no internacional, sob pena de desequilibrarem-se as relações jurídicas, com o enriquecimento de um em detrimento do empobrecimento do outro contratante.

4. Daí, porque alguns princípios devem ser lembrados nas contratações dos povos, para que se irmanem, na ajuda um do outro, sem os excessos.

2 Princípio da boa-fé.

5. O princípio da boa-fé deve ser, antes de tudo, mencionado, pois ele assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito.

6. A contratação de boa-fé é a essência do próprio entendimento entre os homens e a presença da ética nos contratos.

Sim, porque a aplicação do princípio da boa-fé traz para a ordem jurídica um elemento de Direito Natural, que passa a integrar a norma de direito.

7. Todos os Códigos e todos os sistemas jurídicos são escudados no princípio da boa-fé, que supera, até, o princípio da nulidade dos atos jurídicos, pois os atos nulos, em certos casos, produzem efeitos, e até os atos inexistentes, para premiar a atuação de boa-fé, como é o caso da validade do pagamento ao credor putativo, da transmissão da herança ao herdeiro aparente, dos efeitos em favor do cônjuge de boa-fé no casamento putativo. Nesses casos, não vigora o princípio, segundo o qual o que é nulo não produz efeito ("*quod nullum est nullum effectum producit*").

Destaque-se, neste ponto, primeiramente, o art. 1.337, do Código Civil italiano, de 1942, pelo qual os contratantes, "*no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé*"

A seu turno, também merece realce o art. 227, do Código Civil português, de 1967, que assenta que "*Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato, deve, tanto nos preliminares quanto na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*"

8. Os sistemas jurídicos são elaborados, observando normas de Direito Consuetudinário, pautadas, principalmente no Direito Natural, em que duas colunas existem: a da boa-fé, sempre triunfante, que deve estar sempre de pé, e a da má-fé, que deve permanecer em ruínas.

9. Todo o Direito dos povos obedece esse princípio de acolher a boa-fé e de repelir a má-fé.

3 Princípio da liberdade contratual.

10. É preciso distinguir entre liberdade de contratar e liberdade contratual.

11. Se é verdade que todos devem ser livres para contratar, realizar o contrato em si, o mesmo não ocorre com a liberdade contratual, considerada como a possibilidade de livre disposição de seus interesses pelas partes. Estas devem, sem restrições, regular esses interesses, clausulando-os, sem colisão de direitos. O direito de um contratante vai até onde se inicia o direito do outro.

12. Na liberdade contratual os interesses humanos existem, teoricamente, em pé de igualdade, pois o mais forte, economicamente, no mais das vezes, reduz, na avença, a área de atuação do direito do mais fraco, que fica desprotegido, juridicamente, no momento em que o contrato surge, bem como nas revisões dessa contratação.

13. Realizado o pacto, sob essa pressão, a lesão ocorre, sendo difícil e custosa a reparação, para repor certos valores destruídos.

14. Se dermos força demais à liberdade contratual, ficando o homem livre, na sociedade, sem condições de discutir razoavelmente sobre suas convenções,

será ele o mesmo que um pássaro libertado de uma gaiola, ao fácil alcance de um gavião, pronto para atacá-lo. Pouco duraria a liberdade daquele.

15. A liberdade deve ser escrava do homem e não para escravizá-lo.

Como bem lembrou o romanista italiano, professor Pierangelo Catalano, da Universidade de Roma, "La Sapienza" (*in Correio Brasiliense*, Direito e Justiça, Brasília-Brasil, de 21 de setembro de 1990, p. 5), a propósito da dívida externa dos Países em desenvolvimento, na conferência inaugural do VII Seminário Roma-Brasília, estamos a assistir o nascimento de uma "*nova escravidão por dívidas*"

16. Por essa razão, não há que se falar em liberdade, em Direito, sem que existam limitações na ordem jurídica. E essas limitações encontram fundamento nos princípios gerais de direito e no próprio Direito Natural.

4 Princípio da função social do contrato.

17. Por esse princípio os contratos desempenham um relevante papel na sociedade, nacional e internacionalmente, considerada.

18. Pelos contratos, os homens devem compreender-se e se respeitar, para que encontrem um meio de entendimento e de negociação sadia de seus interesses e não um meio de opressão.

19. Para que esse espírito de fraternidade nos contratos se preserve, no âmbito de direito interno, têm os Estados modernos lançado mão de normas cogentes, interferindo nas contratações, com sua vontade soberana, para evitar lesões.

20. De futuro, certamente, no plano internacional, deverá existir um sistema jurídico de ordem pública, para que se coíbam abusos nas contratações, preservando-se, assim, principalmente, a própria dignidade dos povos em desenvolvimento.

21. Até que isso ocorra, com um Tribunal Internacional, com força executória de suas decisões, é preciso que os órgãos internacionais, atualmente existentes, reclamem e recomendem, com sua força moral, o cumprimento dos princípios gerais de direito, nas contratações, principalmente no tocante à dívida externa dos países em desenvolvimento.

5 - Princípio da comutatividade dos contratos e da equidade.

22. Desde a "*mancipatio*", inserida na Lei das XII Tábuas, de 450 a.C., em que, por ato "*per aes et libram*", as obrigações das partes contratantes eram pesadas, nos pratos de uma balança, em praça pública, devendo ser cumpridas as formalidades legais, ficando esses pratos em equidistância, atestando a igualdade das mesmas obrigações assumidas, representa-se esse contrato como verdadeiro símbolo da Justiça (a balança), até hoje preservado pelos povos.

23. Essa igualdade e equilíbrio, nas relações jurídicas são tão importantes, que, já entre os romanos, Celso (Ulp. 1 inst., D. 1, 1, 1 pr.) conceituou o Direito como "*a arte do bem e da equidade*" ("*ius est ars boni et aequi*").

24. Assim, a comutatividade, nos contratos, é princípio essencial de Direito, porque exige a equivalência das prestações e o equilíbrio delas, no curso das contratações, pois, por ele, as partes devem saber, desde o início negocial, quais serão seus ganhos e suas perdas, importando esse fato a aludida equipolência das mencionadas prestações.

6 Princípio da cláusula "*rebus sic stantibus*"

25. A cláusula "*rebus sic stantibus*" surgiu na Idade Média, da frase seguinte: "*Os contratos que têm trato sucessivo e dependência futura devem ser entendidos estando as coisas assim*", ou seja, como se encontram no momento da contratação ("*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*").

26. Ela se apresenta com roupagem moderna, sob o nome de teoria da imprevisão, tendo sido construída pela Doutrina, com o intuito de abrandar a aplicação do princípio "*pacta sunt servanda*" ("*os pactos devem ser cumpridos*"), quando da alteração brusca das situações existentes no momento da contratação.

27. Todavia, essa cláusula, considerada, pela Doutrina e pela Jurisprudência brasileiras, como existente em todos os contratos, ainda que não expressamente contratada, apresenta-se com três pressupostos fundamentais, autorizadores de sua aplicação.

28. Deve ocorrer, primeiramente, uma alteração radical do contrato, em razão de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis (álea extraordinária). Todavia, há situações que ocorrem, de um momento a outro e que podem ser

previstas e causam desequilíbrio contratual, ficando obstada de aplicar-se a teoria da imprevisão (cláusula "*rebus sic stantibus*").

Quanto a esse primeiro pressuposto, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça brasileiros têm considerado inaplicável a teoria da imprevisão, desconsiderando a cláusula "*rebus sic stantibus*" em face da inflação, porque, embora cause esta o desequilíbrio do contrato, ela é previsível.

29. Por outro lado, é preciso que exista enriquecimento, prejuízo, inesperado e injusto por um dos contratantes.

30. O terceiro pressuposto é a onerosidade excessiva, que sofre um dos contratantes, tornando-se, para ele, insuportável a execução contratual.

31. Como visto, torna-se impossível a aplicação da cláusula "*rebus sic stantibus*", ante a não-ocorrência de um desses três pressupostos.

7 Princípio da onerosidade excessiva e a lesão objetiva.

32. No meu entender, é melhor utilizar o princípio da onerosidade excessiva, fora do âmbito mais amplo da teoria da imprevisão, porque ele mede, objetivamente, o desequilíbrio no contrato, com a insuportabilidade de seu cumprimento por um dos contratantes.

Com essa lesão objetiva, um dos contratantes só tem benefícios e o outro só vantagens, o que configura, em linhas gerais, a "*laesio enormis*" do Direito Romano, quebrando-se o princípio fundamental dos contratos, o da comutatividade.

33. Realmente, na época do Baixo Império, com a Constituição de Diocleciano e Maximiliano, teria surgido a idéia de que um contrato poderia resolver-se, quando trouxesse desvantagens para um dos contratantes. Acontecia no caso de venda de imóvel, quando o vendedor fosse forçado a vendê-lo, em condições desvantajosas, por preço inferior à metade do seu valor real.

34. Com Justiniano (C. 4, 44, 2 e 8) aperfeiçoou-se, em verdade, o instituto da lesão.

Somente na Idade Média, por influência do Direito Canônico, desenvolveu-se a noção de justo preço. Se alguém vende muito abaixo do valor da coisa está em estado de necessidade, precisando do preço para viver.

35. O Código Penal brasileiro (art. 180, § 1º) repulsa esse pensamento de desigualdade entre o valor do objeto vendido e o preço, quando pune como crime

de receptação culposa a aquisição ou recebimento de coisa com "*desproporção entre o valor e o preço*", assentando, em tal situação, que "*deve presumir-se*" que o objeto vendido tenha sido "*obtido, por meio criminoso*". A lei penal brasileira, como visto, não tolera essa desproporção, o preço vil, em apoio do princípio da comutatividade contratual.

36. Também, e por analogia, a Lei n. 1.521, de 26.12.1951 (art. 4º, alínea b), ao tipificar o delito de usura real, reclama a presença de dois elementos, a saber: o subjetivo, a mostrar o abuso por inexperiência ou leviandade do outro, e o objetivo, que existe com a desigualdade dos objetos das prestações, que não podem exceder um quinto ou vinte por cento de seu justo valor, pois, além desse limite máximo, é obstado o "*lucro patrimonial*"

37. Bem aponta o professor brasileiro Cáo Mário da Silva Pereira (*Lesão dos Contratos*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 4ª ed., 1993, p. 187) que a lesão apurar-se-á objetivamente, "*na desproporção evidente e anormal das prestações, quando um dos contratantes aufere ou tem possibilidade de auferir do contrato um lucro desabusadamente maior do que a contraprestação a que se obrigou*"

E completa esse mesmo professor brasileiro (o.c., p. 213) que, "*após quase dois mil anos de existência, o instituto da lesão continua presente, na proteção ao contratualmente mais fraco, e tudo indica que veio para ficar*"

38. Por sua vez, o Código brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 39, inciso V) considera prática abusiva "*exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva*"

39. Ao Direito repugna a atuação ilícita e mesmo o enriquecimento indevido, pois a lesão está presente neles.

40. O fenômeno da lesão, no direito contratual moderno, deve ser encarado objetivamente. Causado o prejuízo, ocorrendo o desequilíbrio nas prestações, deve ser o reestabelecimento da igualdade entre os contratantes.

Isto porque, o agravamento unilateral da prestação de uma das partes contratantes torna excessivamente onerosa sua obrigação e, via de consequência, insuportável o cumprimento desta.

B Modificação Unilateral da Taxa de Juros.

41. O caráter ilícito da alteração unilateral da taxa de juros da dívida externa é, realmente, preocupante, pois continua a ser admitido, no plano internacional, em verdadeiro desrespeito ao já aludido princípio da comutatividade dos contratos, em quebra da equidade e em prejuízo dos Países devedores.

42. Destaque-se que, nos contratos bilaterais, essencialmente, que nascem do livre entendimento das partes, regulando seus próprios interesses, não há que admitir-se situação que permita a manipulação dos valores contratados, ainda que isso conste de cláusula contratual, que, certamente, será abusiva e, mesmo, ilícita.

43. Bem salientou o embaixador da República Argentina e professor da Universidade de Buenos Aires, Miguel Angel Espeche Gil (*Ilicitude da Elevação Unilateral das Taxas de Juros da Dívida Externa*, in Cuadernos Del Parlatino n. 2, sobre "La Deuda Externa", Editora do Parlamento Latinoamericano, São Paulo Brasil, fevereiro de 1994, pp. 113 e 115), no Seminário Roma-Brasília (agosto de 1990), na Capital brasileira, que "*a alegação do caráter ilícito dos aumentos das taxas de juros sustenta-se em que os mesmos, decididos unilateral e ilimitadamente pelos credores, constituem atos de usura*" sendo certo que a dívida, ao invés de diminuir, continua aumentando, malgrado a realização dos pagamentos.

44. O Código Civil brasileiro acolhe princípio relevante, em seu art. 1.125, e que pode ser aplicado, por analogia, na hipótese em tratamento, ao declarar nulo o contrato de compra e venda, quando fica ao arbítrio exclusivo de uma das partes a taxação do preço. Esse preceito legal, que veio das Ordenações Filipinas, de 1603 (4, 1, § 1º), descendem do Direito Romano (D.18, 1, fr. 35, § 1º; 45, 1, fr. 17).

C - Efeitos da Onerosidade Excessiva.

45. A considerar os efeitos da onerosidade excessiva, no plano do direito interno, entendo, como melhor, que se adote o princípio da revisão contratual, para repor as partes em sua situação anterior à contratação, em igualdade de condições, devendo o juiz declarar resolvido o contrato, caso as partes contratantes ou uma delas não-concorde com o resultado da revisão judicial, proposta e malograda.

Essa liberdade existe, porque não pode o juiz, pelo mesmo princípio da bilateralidade dos contratos, decidir sobre sua alteração, unilateralmente, a não ser que os contratantes tenham estabelecido cláusula de arbitragem. Neste caso, nada impede que o árbitro seja o juiz de Direito ou um terceiro.

46. No âmbito internacional, não existe, por enquanto, um Tribunal com força coercitiva, quanto a suas decisões, que possa rever esses contratos, de que resulta a dívida externa, dos Países em desenvolvimento; muito menos para declará-los resolvidos.

É preciso, portanto, nesse caso, estabelecer-se um sistema de arbitragem internacional, por um organismo, como o Tribunal de Haia, que pode ser consultado e em que as partes contratantes devem confiar, ante sua posição de neutralidade.

47. No dizer do professor brasileiro, André Franco Montoro (*in La Deuda Externa*, cit., p. 7), presidente do Instituto Latino-Americano e do Conselho Consultivo do Parlatino, "*não se trata de rever ou anular disposições das dívidas atuais. Mas, sim, de procurar estabelecer critérios para contratos futuros, a partir do reconhecimento dos erros e resultados calamitosos dos programas de ajuste que vêm sendo praticados*"

48. O ideal seria que, para os débitos pendentes, fossem respeitados os resultados das consultas, que os Países devedores pretendem fazer, à Corte Internacional de Justiça de Haia (art. 96 da Carta das Nações Unidas e art. 65 do Estatuto dessa mesma Corte), por solicitação da Assembléia Geral das Nações Unidas, conforme proposta do professor Montoro (o.c., p. 19).

49. Acrescento a essa proposta a de que, nos contratos futuros, os contratantes façam inserir, neles, cláusula de arbitragem, nos moldes do Direito Internacional.

D - Conversão da Dívida Externa em Projetos de Natureza Ambiental.

50. Muito tem sido feito no sentido de que se implantem projetos em defesa da ecologia.

O ser humano degrada a natureza e ela falta à sua própria vida.

51. O meio ambiente é, verdadeiramente, a reserva de sobrevivência da humanidade, o pulmão do mundo, que está sendo destruído, principalmente, pelos

Países industrializados, que lançam seus detritos sem maiores cuidados e preocupações. Todos esses meios de enriquecimento selvagem, sem perceber conseqüências, em devastação contínua da vida natural, hão de parar um dia.

Esses mesmos Países são responsáveis pela reposição dos bens da natureza por eles destruídos.

52. O homem deve preocupar-se, desde ora, com a defesa do meio ambiente, e em ritmo acelerado, para que não pereça, em breve, a humanidade, que sente o crescimento populacional, a conseqüente falta de alimentos, a pobreza e a ausência, cada vez maior, do oxigênio.

53. Essa defesa ecológica pode ser realizada por várias iniciativas, inclusive pela conversão da dívida externa em projetos de natureza ambiental, como de reflorestamento, de proteção de parques e de áreas naturais, de despoluição das águas e do ar, etc.

54. De ressaltar-se, neste ponto, a contribuição das professoras brasileiras Isabella Soares Micali e Maristela Basso (a conversão da dívida externa latino-americana em projetos ambientais: uma resposta da "novíssima ordem econômica internacional" ao problema do endividamento e do meio ambiente, *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, Brasil, novembro/1993, v. 9, n. 1, p. 176), que concluem que *"a conversão da dívida externa em projetos ambientais é, portanto, um elemento revelador desta novíssima ordem econômica internacional, que se baseia numa responsabilidade comum e numa parceria econômica e humana da qual todos tiraremos proveito"*

55. No Brasil, a defesa do meio ambiente faz-se pela Lei n. 6.938, de 31.08.82, regulamentada pelo Decreto n. 88.351, de 01.06.83, que por seu art. 14, § 1º declara que o poluidor, *"independentemente da existência de culpa"* é obrigado *"a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente"*

Como visto, esse texto de lei assegura, em casos de dano ecológico, a existência de responsabilidade civil objetiva, pura, ou seja, independentemente da ocorrência de culpa do poluidor, seja por ato lícito seu ou por fato jurídico, em que não há participação de vontade.

E a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.88, por seu art. 225, assenta que "*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*"

56. O Brasil, dentre outros Países Latinoamericanos, tem procurado estudar a implantação de projetos ambientais, para a conversão de sua dívida externa, como fizeram a Costa Rica, a Bolívia e o Equador.

E - Resumo da nossa proposta.

57. Pelo estudo realizado, passamos a resumir o teor da nossa proposta, que se desenvolveu neste trabalho:

a. Aplicação, pura e simplesmente, da teoria da onerosidade excessiva, causadora de lesão, independentemente da teoria da imprevisão ou da cláusula "*rebus sic stantibus*" O simples desequilíbrio contratual, objetivamente considerado, causa a necessidade de revisão contratual, com a conseqüente reposição ao "*statu quo*".

b. Impossibilidade de alteração unilateral, pelos credores, das taxas de juros, sob pena de atuação abusiva e mesmo ilícita, causando a nulidade dessa modificação realizada sem o mútuo consenso dos contratantes.

c. Necessidade de respeitar-se, quanto aos débitos dos contratos existentes, o parecer da Corte Internacional de Justiça de Haia, a que deve ser submetida a questão sobre a dívida externa dos Países em desenvolvimento.

d. No tocante aos contratos futuros, necessidade de inserir, neles, cláusulas de arbitragem, escolhendo, de preferência o árbitro e seus eventuais substitutos, em ordem cronológica, na cláusula contratual. Esse árbitro deve ser, de preferência, a Corte Internacional ou outro Órgão equivalente.

e. Incentivo aos Países em desenvolvimento à implantação de projetos de conversão da dívida externa de natureza ecológica.

58. Em verdade, como questionou o romanista italiano professor Sandro Schipani (*Palabras de Saludo*, in "La Deuda Externa de los Países Latinoamericanos, Perfiles Jurídicos, Economicos y Sociales", Ed. Ceisal, Sassari, Itália, Ensayos II, 1991, p. 1), Diretor do Centro de Estudos Latinoamericanos da II

Universidade de Roma "Tor Vergata": *"se se aplicarem os princípios gerais do direito, estaria já paga a dívida externa da América Latina?"*

59. Deve, assim, existir uma compreensão geral dos credores dos Países em desenvolvimento para que a humanidade cresça e se espiritualize, na idéia da construção de um mundo novo, fraternal e amigo, em que a matéria seja secundária nos projetos de aprimoramento da cultura dos povos, da justiça social e do bem comum.

São Paulo, dezembro de 1997.

"DROIT DE SUITE" OU DIREITO DE SEQÜÊNCIA DAS OBRAS INTELECTUAIS

Fábio Maria De-Mattia

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

Resumo:

O autor aborda o conceito do "*Droit de Suite*", sua natureza jurídica, quais são os seus beneficiários, o período de duração, além da gestão, da cobrança e da necessidade das sociedades de titulares.

Abstract:

The author board the conception of "*Droit de Suite*", your juridical nature, who are his beneficiaries, and the duration of the periodical, over and above the administration, the collection and the necessity of titleholders.

Unitermos: direito de seqüência; obras intelectuais; lei de direito autoral.

Sumário:

1. Importância do tema.
2. Conceito.
3. Natureza jurídica.
4. Abrangência, objeto ou obras sujeitas ao "*Droit de Suite*"
5. Beneficiários.
6. Duração.
7. Porcentagem.
8. A gestão, a cobrança, a necessidade das sociedades de titulares.

1. Importância do Tema.

O direito de seqüência sobre as obras intelectuais é um tema de alta relevância porque não é justo que o autor ou seus herdeiros fiquem compulsoriamente alheios, quando da transferência de uma obra de arte, de um manuscrito, de direito sobre obra intelectual, objeto de anterior cessão.

Conforme informação de Ricardo Antequera Parilli o instituto foi adotado em *trinta a quarenta países*.

Os autores vendem as obras de arte, por exemplo, por um preço baixo e não é justo, equânime de que da valorização econômica da obra, do bem apenas os proprietários venham a se beneficiar.

É justo que após a transferência do direito necessário se mantenha ainda um vínculo entre o autor e a sua obra, porque este vínculo será o único remanescente de direito pecuniário a favorecer o autor ou seus herdeiros, sucessores, legatários ou instituições que sejam investidas de tal direito.

Javier Gutierrez Vincén explica:

"Com isso, estas criações de intelecto humano promovem um valor tal que tem dado a um fenômeno conhecido como plus-valia, que, pelas vendas sucessivas, transformaram a obra em objeto de especulações." ("La gestión de los derechos de autor en las obras plasticas" em Anais do "I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual" tomo I, pp. 249 e 250).

Para mim o que se quer é dar ao autor o direito de participação nessa valorização, pois, as obras intelectuais nada mais são do que a emanção da própria personalidade do seu criador. ("Estudos de Direito de Autor" São Paulo, Saraiva, 1975, p. 91).

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima aponta que a:

"principal característica do direito de seqüência, para os países integrantes da Convenção de Berna, é a sua flexibilidade. Assim como a duração, os titulares e as obras que são protegidas, variam de textura de país para país, a porcentagem incidente também não é a mesma nas legislações que o adotam." ("Droit de Suite", São Paulo, novembro de 1994, p. 40).

A importância do instituto se revela por ter Hubert Roger-Vasselin apresentado tese na Universidade de Paris II, em 1975, sob o título: "*Le Droit de Suite après la mort de l'artiste*", com 404 páginas.

Anteriormente J. L. Duchemin, em 1948, escreveu obra sob o título "*Le droit de suite des artistes*" com 322 páginas, publicado em Paris, por Thuillies, Recueil Sirey, Editions Ramgal.

Há trabalhos de Wilhelm Nordemann, Wladimir Duchemin, Robert Rie, Paul Katzenberger.

2. Conceito.

Para Carlos Alberto Bittar é:

"um reflexo patrimonial do direito autoral reconhecido ao criador de obra intelectual, que o vincula perenemente, sob essa participação, à circulação da obra no mercado de arte. ("Direito de Autor" Rio de Janeiro, Forense Universitário, 1991, p. 54).

Continua o autor:

"Outrossim, na alienação de obra de arte ou de manuscrito, sendo originais, ou de direitos patrimoniais sobre obra intelectual, o autor tem direito, irrenunciável e inalienável, de participar na mais-valia que, em favor do vendedor, a eles advierem, em cada nova alienação (art. 39), ressalvada a resultante de simples desvalorização da moeda, ou a limitação do preço a valor inferior a cinco vezes o mínimo previsto (§ 2º)." (obra citada, p. 53).

3. Natureza jurídica.

Carlos Alberto Bittar, com propriedade, considera-o:

"direito de textura híbrida porque, tratado, entre nós, como direito pecuniário, possui duas características próprias do direito moral: a

inalienabilidade e a irrenunciabilidade." (*"Direito de Autor"*, obra citada, p. 54).

Sustento que:

"o direito de seqüência é um direito conexo ao direito de autor, conexo no sentido de ligado, dependente a ele porque da mesma natureza jurídica." (obra citada, p. 97).

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima se posiciona:

"o melhor argumento para definir o perfil jurídico da fattispecie em apreço é o mesmo utilizado para defender a natureza jurídica do direito de autor, isto é, como um direito sui generis." (obra citada, p. 36)

Adoto a posição de direito de autor *sui generis*, direito de textura híbrida. Esta última classificação *"porque, tratado, entre nós como direito pecuniário, possui, conforme foi dito linhas acima, caracteres próprios do direito moral: a inalienabilidade e a irrenunciabilidade"* como ensina Carlos Alberto Bittar (obra citada, p. 54).

José de Oliveira Ascensão enquadra-o como *direito patrimonial*:

"autoriza o autor a sacar um provento, não sem defendê-lo em aspectos pessoais. ("Direito de Autor e Direitos Conexos" Coimbra, Coimbra Editora, Limitada, 1992, p. 349).

A Lei portuguesa o cuida no art. 54 no capítulo da transmissão e oneração do conteúdo patrimonial do direito de autor.

Porfírio de Sá Lima seguindo a posição de Carlos Alberto Bittar:

"é fácil concluir que assim como o direito de autor é integrado por prerrogativas de ordem moral e patrimonial, o droit de suite também o é." (p. 36)

A Convenção de Berna, art. 14 prevê o instituto.

O caráter de direito moral de autor consiste no fato de a Lei n. 5.988, no art. 39, determinar a inalienabilidade e irrenunciabilidade de tal direito com o escopo de permitir tão-somente ao autor e seus sucessores o seu exercício.

É fácil compreender que o adquirente de uma obra de arte plástica, de um manuscrito ou de um determinado direito de autor que permite sua reprodução, representação ou execução se inexistisse a proibição legal só negociaria com a renúncia de tal direito ou com a transferência do mesmo. Ex.: editor cessionário de direito de autor sobre obra literária, obra musical, peça teatral; adquirente de obra plástica, direito sobre negativo de fotografia, projeto arquitetônico, etc.

4. Objeto ou abrangência ou obras sujeitas ao *droit de suite*.

Porfírio de Sá Lima aponta a existência de dois sistemas segundo a lição do autorizado Ricardo Antequera Parilli:

1º) com *alcance amplo*;

2º) com *alcance restrito*.

Como exemplos do *sistema restritivo* temos as "orientações traçadas" pela Convenção de Berna, Alemanha, Bélgica e França.

A Convenção de Berna insere no âmbito do direito de sequência: somente as obras de arte originais e os manuscritos originais de escritores e compositores. Na versão da Revisão de Paris, a 24 de julho de 1971:

O art. 14 *ter* dispõe:

"1. Pelo que respeita às obras de arte originais e aos manuscritos originais de escritores e compositores, o autor - ou, após a sua morte, as pessoas ou instituições a que a legislação nacional der legitimidade para tal goza de um direito inalienável de se beneficiar das operações de venda de que a obra for objeto depois da primeira cessão praticada pelo autor.

2. A proteção prevista na alínea supra só é exigível em cada país da União se a legislação nacional do autor admitir essa proteção e na medida em que o

permita a legislação do país em que essa proteção é reclamada.

3. As modalidades e as taxas de percepção são determinadas por cada legislação nacional.

Sobre a Lei francesa, Henri Desbois ensina que as expressões obras gráficas e plásticas abrangem as obras literárias, musicais, pinturas, esculturas, trabalhos arquitetônicos e desenhos. Em seguida o autor abre debate sobre os manuscritos de trabalhos musicais ou literários, quando conclui que os manuscritos podem ser incluídos na categoria das obras gráficas ("*Droit d' Auteur*" n. 303, p. 394).

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima que indica o "*sistema de amplo alcance, como o nosso*" aponta que diversas obras são tuteladas pelo direito de seqüência.

A Lei n. 5.988 no art. 39 dispõe:

"O autor, que aliena obra de arte ou manuscrito, sendo originais ou direitos patrimoniais sobre obra intelectual, tem direito irrenunciável e inalienável a participar na mais-valia que a eles advierem, em benefício do vendedor, quando novamente alienados.

O CNDA Conselho Nacional de Direito Autoral nos limites de sua competência procurou regulamentar o conteúdo do art. 39 que era letra morta na novel lei.

Para tanto, o presidente José Carlos Costa Netto, tendo presente processo gerado por consulta formulada por pessoa que se dizia beneficiária quanto ao *Droit de Suite*, deixado pelo artista Emiliano Di Cavalcanti, decidiu constituir comissão para estudar a regulamentação do referido art. 39.

A comissão foi constituída por mim, como conselheiro presidente, e pelos conselheiros Henri Mario Francis Jensen e Cláudio de Souza Amaral.

Esta comissão apresentou projetos de Resolução que geraram as Resoluções ns. 22 de 9 de janeiro de 1981 e 27 de 9 de dezembro de 1981.

A primeira (Resolução CNDA n. 22) sob a denominação "*Regulamenta o exercício do direito de seqüência*" previsto no art. 39 e parágrafos, da Lei n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973 e a segunda (Resolução CNDA n. 27)

sob o título "*Complementa as disposições da Resolução CNDA n. 22, de 9 de janeiro de 1981, sobre direito de seqüência*" indicam o conteúdo do que é o direito de seqüência, sendo a de número 27 datada de 9 de dezembro de 1981.

A Resolução n. 22 alcança obras de arte, manuscrito e os direitos patrimoniais sobre obra intelectual.

Diante da falta de possibilidade de aplicar diretamente o art. 39, o CNDA, através de Resoluções, procurou apontar o conteúdo do instituto.

O art. 1º da Resolução CNDA n. 22 de 8 de janeiro de 1981 dispõe:

"O autor que alienar obra de arte ou manuscrito, sendo originais, ou direitos patrimoniais sobre obra intelectual, tem direito a participar da mais valia que a elas advierem, em benefício do vendedor, quando novamente alienados.

O parágrafo único dispõe:

"Para os efeitos da presente Resolução entende-se por:

1) "Obras de arte" as criações exteriorizadas sob a forma de:

a. pintura, desenho, escultura, gravura, litogravura, xilografia, pirogravura ou qualquer outro processo;

b. tapeçaria quando assinada e executada com base em desenho original;

c. plantas, esboços e maquetes arquitetônicos;

d. as manifestações de arte aplicada e quaisquer outras expressões artísticas protegidas no campo das artes plásticas.

2) "Manuscrito" o original, do próprio punho, ou datilografado, com emendas manuscritas do autor, ou ainda as provas impressas do livro com corrigendas por ele feitas a mão."

A Resolução n. 27, de 9 de dezembro de 1981, dispôs sobre as reproduções feitas e assinadas pelo autor:

"Nos termos do art. 9º da Lei n. 5.988/73, às reproduções feitas e assinadas pelo autor é assegurada a mesma proteção do original."

"§ 1º - No caso das expressões de arte multiplicável, os efeitos desta Resolução aplicar-se-ão apenas sobre as cópias assinadas, numeradas ou codificadas e autenticadas pelo autor ou seus herdeiros."

Lamentavelmente, o funcionamento do *Droit de Suite* foi impossibilitado, através da revogação das Resoluções ns. 22 e 27, e através da Resolução n. 49, de 25 de fevereiro de 1987, publicada no *Diário Oficial da União*, Seção I, p. 3.178, caracterizando retrocesso em matéria que tem recebido, ultimamente, interesse internacional na consolidação do instituto.

A Lei de Direito Autoral no art. 39 "*caput*" inclui na incidência do dispositivo os *direitos patrimoniais sobre obra intelectual*.

Quanto aos manuscritos além deles propriamente ditos, o *corpus mechanicum* datilografado, com pequenas anotações, é uma obra protegida." (De minha autoria, obra citada, p. 101).

E se perguntou: se o criador da obra intelectual, sabendo da possibilidade de conseguir recursos através da feitura de vários originais, executar vários exemplares, seriam obras protegidas? Os autores têm entendido que sim.

Então, se os autores fazem dois, três ou quatro originais, entregam um para o editor e ficam com os outros dois ou três, a família após sucessivas vendas desses originais poderá ter direito a uma *plus valia*.

Porfírio de Sá Lima demonstra que o *Droit de Suite*:

"não deve incidir somente quando a obra for objeto de venda e compra, mas em todas as alienações onde houver valorização da obra."

Um problema prático que se propõe é o se o direito de seqüência deveria incidir tão-somente nas vendas em leilões ou por *marchands*.

José de Oliveira Ascensão aponta tal situação para as obras de arte e assevera:

"Nomeadamente, em relação, às obras de arte restringem frequentemente às alienações em que intervêm comerciante ou leiloeiro." (p. 322).

Para este autor:

"Portanto, é só ao titular originário que cabe beneficiar do direito de sequência."

O professor Antonio Chaves informa que diferentemente da lei brasileira e da Convenção de Berna, a lei espanhola no art. 24 (Lei n. 22 de 11 de novembro de 1987), seguindo o exemplo dos textos equatoriano, chileno e peruano, não alude aos manuscritos dos escritores e compositores.

O direito de sequência não alcança as artes aplicadas.

O *Droit de Suite* não alcança as *obras arquitetônicas* na observação de Ricardo Antequera Parilli.

Wladimir Duchemin em trabalho intitulado "*Suggestions en vue d'une amélioration de la protection des photographies dans la Communauté Européenne*", em RIDA, v. 105, na p. 11 afirma:

"Mas em todos países que o instituíram (França, Bélgica, Itália, Alemanha Federal e Luxemburgo), excluíram a fotografia do campo de aplicação do direito de sequência."

Porfírio de Sá Lima demonstra que o *Droit de Suite*:

"não deve incidir somente quando a obra for objeto de venda e compra, mas em todas as alienações onde houver valorização da obra." ("Droit de Suite", São Paulo, novembro de 1994, trabalho apresentado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

5. Beneficiários.

Porfírio de Sá Lima aponta existirem três sistemas (obra citada, p. 39):

a. Beneficia somente os autores (o adotado na Espanha art. 24, da Lei n. 22, de 11 de novembro de 1987) (quando cita Javier Gutierrez Vincén, p. 253).

b. São titulares os autores e seus sucessores - art. 39 combinado com o art. 42 e seus §§ da Lei n. 5.988/73 (Fábio Maria De-Mattia, obra citada, p. 99). Com relação aos beneficiários o instituto objetiva, primeiramente, garantir uma situação econômica para o autor da obra intelectual. No caso de sua inexistência, falta, deverá beneficiar os seus herdeiros ou legatários; ou seus sucessores.

c. São beneficiários os autores, seus sucessores e, caso o autor não tenha sucessores, a titularidade do direito de participação é transmitida para uma instituição.

A transferência da titularidade do direito de seqüência a uma instituição está prevista pela Convenção de Berna (*art. 14 ter*).

Porfírio de Sá Lima, na nota 28 de seu trabalho, refere-se a Paolo Greco e Paolo Vercellone art. 150 da Lei italiana, ao determinar que, em não-instituído sucessor, ou, caso já se tenha passado o período previsto em seu benefício, o *Droit de Suite* passará a beneficiar o *Ente Nazionale per l'assistenza per i pittori e gli scultori* órgão que cuida da assistência e da previdência dos autores, pintores, cenógrafos, etc.

6. Duração.

Porfírio de Sá Lima examina de maneira irretocável o tema da duração do *Droit de Suite* na p. 40 de seu excelente estudo.

A duração do direito de participação varia de país para país.

Entretanto, seguindo-se a orientação unionista, o direito de seqüela deverá durar por toda a vida do autor e pelo lapso de tempo *pos mortem* que a legislação de cada país fixar.

Entre nós, perdura durante toda a vida do autor (art. 42, *caput*); os filhos, os pais, ou o cônjuge gozarão *vitaliciamente* do direito de seqüência se lhes forem transmitidos por sucessão *mórtis causa* (art. 42, § 1º); e os demais sucessores

gozarão deste direito por um período de sessenta anos, a contar do primeiro dia de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor, (§ 2º do art. 42).

7. Porcentagem.

Porfirio de Sá Lima aponta que as legislações podem ser divididas, quanto ao percentual de incidência, em duas largas classes.

A primeira, quanto a exigência de *mais-valia da obra*.

A segunda, quanto à *variação da porcentagem*.

Ou seja, optou-se por uma porcentagem sobre o valor da alienação, quanto ao nosso sistema (obra citada, p. 41).

Alguns sistemas prevêm a incidência do *Droit de Suite* sobre todas as vendas, independentemente do problema da *plus-valia*. Outros sistemas entendem que a incidência só deva se dar no caso de incidência da *plus valia* (nosso estudo já citado, p. 104).

Porfirio de Sá Lima aponta quanto à exigência da *mais-valia* ou-não, existem dois grupos de legislações:

1º) em que as porcentagens que correspondem ao autor só serão aplicadas se houver *mais-valia* (exemplo: o da Lei brasileira art. 39 da Lei n. 5.588/73).

A respeito do art. 39 da nossa Lei de Direito de Autor ressalte-se que estipula 20% (vinte por cento) sobre o aumento do preço que deverá beneficiar o autor ou seus herdeiros. Esta porcentagem está fixada de maneira realista.

2º) que, para a incidência do percentual em benefício do autor (ou a quem a lei der legitimidade para tal), não há necessidade de ocorrer a *plus-valia* (*verbi gratia*: o sistema franco-belga). (Éfren Paulo Porfirio de Sá Lima, obra citada, p. 41).

Quanto a este segundo grupo, as modalidades podem ser:

a. *o percentual de incidência é fixo* (exemplo: o sistema alemão prevê uma porcentagem fixa de 5% sobre o valor total da transferência da obra.

b. *a porcentagem incidente é variável* (exemplo: o da Lei belga cujo percentual varia de 2 a 6%, dependendo do valor da venda).

O mesmo quanto ao sistema italiano: 2%, 3%, 4%, 5%, 6%, 7%, 8%, 9% e 10%.

Porfírio de Sá Lima entende ser essa uma boa solução para os casos em que a obra seja alienada a título gratuito, depois da primeira cessão praticada pelo autor.

O importante é frisar que para evitar que muitos Estados deixassem de subscrever a *Convenção de Berna* nas suas sucessivas revisões, entendeu-se que a Convenção não deveria ter interferência alguma na fixação da porcentagem. Isto caberá à legislação nacional que a seu bel-prazer fixará aquilo que bem entender. Veja-se o *art. 14 ter*, n. 3:

"As modalidades e as taxas de percepção são determinadas por cada legislação nacional."

8. A Gestão, a Cobrança, a Necessidade das Sociedades de Titulares.

Na França há duas sociedades organizadas para tal fim, na Alemanha e Bélgica apenas uma.

No Brasil o mesmo não ocorre; sem o que o instituto nunca funcionará. O estatuto da sociedade francesa pode ser aproveitado para tal fim.

Por ocasião das Resoluções ns. 22 e 27 entreguei a artistas do Rio e São Paulo a ABAP Associação Brasileira de Artistas Plásticos cópia de referido estatuto.

É fundamental criar uma sociedade dos titulares de direitos e no caso de *marchands* e leiloeiros ficariam responsáveis para depositar o montante devido junto à sociedade.

Tem-se comprovado que diante da dificuldade em efetuar a cobrança algumas legislações estão circunscrevendo o instituto às alienações em leilões e através de *marchands*.

São Paulo, de janeiro de 1997.

A UNIÃO ESTÁVEL E OS DIREITOS E DEVERES RECÍPROCOS DOS COMPANHEIROS

Nicolau Eládio Bassalo Crispino

Procurador da Justiça do Estado do Amapá

Professor de Direito Civil da Fundação Universidade Federal do Amapá

Resumo:

O presente estudo inicia com uma breve análise histórica de algumas das diversas formas de matrimônio vividas pela humanidade, desde a antiguidade, até o advento do Código Civil brasileiro.

Em seguida, mostra como o concubinato é tratado dentro da legislação em vigor, ressaltando o papel da jurisprudência nacional na proteção desta união.

Na seqüência, trata de maneira mais detalhada, os direitos e deveres recíprocos entre os concubinos, analisando tanto a legislação em vigor, quanto o projeto do estatuto dos concubinos, trazendo, inclusive, idéias de alguns doutrinadores estrangeiros contemporâneos.

Ao final, apresenta algumas considerações conclusivas sobre o concubinato.

Abstract:

This study begins with a brief historical analysis of some of the different kinds of marriage lived by humanity since the ancient times, until the enactment of the Brazilian Civil Code.

Following, it shows how the concubinage is treated in the ruling Brazilian law, emphasizing the role of the national jurisprudence in the protection of this union.

Next, the study particularly stands out, the reciprocal rights and duties between the concubines, analysing not only the ruling Brazilian law, but also the project of the concubines statute, presenting, inclusively, ideas of some foreign contemporary authors.

Finally, it points out some conclusive considerations about the concubinage.

Unitermos: união estável; companheiros; direitos e deveres recíprocos.

Sumário:

Introdução

I Antecedentes históricos

1. Direito Romano
2. Direitos anteriores ao Código Civil

II Direitos vigentes

1. O concubinato no Código Civil e nas legislações posteriores
2. O papel da jurisprudências nacional
3. Conceito de união estável
4. Os direitos e deveres recíprocos dos conviventes
 - a. Noções iniciais
 - b. Respeito e consideração mútuos
 - c. Assistência material e moral recíprocas
 - c.1. Assistência material
 - c.2. Alimentos
 - d. Assistência moral
 - e. Guarda, sustento e educação dos filhos comuns

III Projeto do Estatuto dos Concubinos

Direitos e deveres recíprocos dos companheiros dentro do projeto

IV - Doutrina estrangeira

1. França
2. Espanha
3. Portugal

Conclusões

Bibliografia

Introdução

Nos dias de hoje, a união estável tem se mostrado um tema de grande importância, não-só por caracterizar uma forma de constituição de família, como também em razão da existência de algumas normas que necessitam ser estudadas com mais freqüência pelos doutrinadores contemporâneos.

Ao lado desses fatores, temos atualmente em tramitação no Congresso Nacional, um projeto de lei que tem a finalidade de criar um estatuto para a união estável, unificando as leis existentes que regulam essa união.

Em razão disto, faremos uma análise acerca dos direitos e deveres recíprocos dos concubinos, criados pela Lei n. 9.278/96, tentando mostrar as questões relevantes acerca de tais dispositivos.¹

Antes de iniciar o estudo específico a respeito dos direitos e deveres entre os conviventes, faremos um análise histórica do concubinato, desde o período romano, até os dias de hoje.

Em virtude da relevância do projeto, ao qual nos referimos anteriormente, faremos um estudo desse chamado "*estatuto da união estável*" no que tange a esses direitos e deveres recíprocos.

Finalizando, tentaremos mostrar como alguns doutrinadores estrangeiros vêm tratando a matéria em questão, fazendo um breve paralelo entre essas idéias, e o estágio atual que se encontra a relação concubinária dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

I - Antecedentes históricos

1. Direito Romano

No Direito Romano existia as chamadas justas núpcias (*justae nuptiae*) que representava o casamento legítimo contraído de acordo com o Direito Civil (*jure civile*). Dentro dessa espécie de união existia o casamento *cum manu* e o *sine manu*, tanto um quanto o outro, representavam formas legítimas de casamento, relativas, em princípio, aos cidadãos romanos.

1. Ao longo deste trabalho, utilizaremos os termos concubinos, conviventes e companheiros para designar o homem e a mulher que vivem em união estável.

O casamento *cum manu* se dividia em três espécies conhecidas: a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*.

A *confarreatio* representava o matrimônio solene e religioso, privativo dos patrícios e sendo vedado aos plebeus. A cerimônia era realizada com dez testemunhas.

Já a *coemptio* representava o casamento privativo dos plebeus, que a *manus* se concretizava pela venda simbólica da mulher ao marido, com cerimônia que se assemelhava, pela forma, à *mancipatio* (modo formal de transferir a propriedade).

Usus era o casamento, cuja *manus* se concretizava após a coabitação contínua do homem e da mulher durante um ano. É semelhante ao instituto do usucapião transposto ao direito de família. Se a mulher abandonasse o domicílio conjugal por três noites (*usurpatio trinoctii*), a *manus* não se concretizava, não havia casamento.

No casamento *sine manu* havia uma cerimônia apenas simbólica, correspondente a condução da mulher para o lar do marido (*deductio uxoris in domum mariti*). Em virtude dessa pequena solenidade, não podemos dizer que esta união corresponderia ao nosso concubinato de agora.

Como nos lembra o professor Álvaro Villaça Azevedo,² além dessas justas núpcias, havia também em Roma outros tipos de ligações, correspondentes apenas a simples uniões de fato, sem nenhuma consequência jurídica, e outras regidas pelo Direito, muito embora não pelo *jus civile*. Eram três essas formas de união: a dos peregrinos, que passavam a conviver *sine connubio*, a dos escravos e a dos concubinos, que se uniam, livremente, sem o chamado *consensus nuptialis*.

O casamento entre romanos e peregrinos, ou somente entre estes últimos, era o chamado *iniustum* (contrário ao direito dos cidadãos), regulado pelo Direito pátrio dos estrangeiros que o contraíam.

A união entre os escravos, ou de pessoas livres com aqueles, era conhecida como *contubernium*, onde no início não produzia nenhum efeito jurídico, apenas ocorrendo tais efeitos na época do imperador Justiniano (*parentesco e a cognatio servilis*).

2. Azevedo, Álvaro Villaça. *Do Concubinato ao Casamento de Fato*, 1987.

Ao lado desses anteriores existia o instituto do concubinato, que, em Roma, consistia na convivência estável de homem e de mulher, livres e solteiros, como se casados fossem, entretanto sem a *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*.³

Como assevera o professor Álvaro Villaça Azevedo, "até o período clássico, o concubinato não existia como instituto jurídico, não produzindo, portanto, efeitos no âmbito do Direito, sendo certo que, do ponto de vista social, ensina Pietro Bonfante, deve ele sua origem certamente à legislação matrimonial do imperador Augusto, tendo a *Lex Iulia et Papia Poppaea de maritandis ordinibus* criado rígidos impedimentos de natureza social a uniões conjugais com mulher de situação social inferior; e a *Lex Iulia de Adulteriis* cominado inúmeras sanções às uniões extraconjugais com mulheres *ingenuae et honestae* (ingênuas e de categoria social honrada), considerando puníveis esses fatos, como *stuprum* ou *adulterium*, palavras estas que não significavam à época, respectivamente, violência e infidelidade conjugal, mas relação extraconjugal ilícita"⁴

Segundo o professor José Cretella Júnior, chegou-se a atribuir ao concubinato efeitos jurídicos. Os concubinos eram obrigados à fidelidade, não podendo o concubino ter duas concubinas. Em 539, o imperador Justiniano, concedeu aos *liberi naturales* uma parte da sucessão *ab intestato* do pai, não havendo filhos legítimos, e, admitindo, ainda, a obrigação do pai em prestar alimentos aos seus filhos naturais.⁵

2. Direito anterior ao Código Civil

Vigoraram no Brasil, as Ordenações do Reino: as Ordenações Afonsinas, desde o descobrimento até o ano de 1521, as Ordenações Manuelinas, até o ano de 1603 e as Ordenações Filipinas, até o advento do Código Civil brasileiro, o qual entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917.

Nessa época, antes do Concílio de Trento, segundo assevera o professor Arnoldo Wald existiam "três espécies de casamentos válidos: o realizado perante a autoridade eclesiástica, o chamado de marido conhecido em que havia publicidade mas não se dava a intervenção da autoridade religiosa, caracterizando-

3. Azevedo, Álvaro Villaça. *Op. cit.*, p. 19.

4. *Op. cit.*, pp. 19-20.

5. Júnior, José Cretella. *Direito Romano*, 1966, p. 88.

*se pela coabitação e pelo tratamento mútuo e recíproco como marido e mulher, e finalmente o casamento de consciência ou à morganheira, sem publicidade, em que as partes viviam maritalmente (sem o favor das leis que não aprovavam estes ocultos remédios da incontidência)"*⁶

Como recorda aquele ilustre professor, as Ordenações Filipinas se referem ao casamento "*por palavra de presente à porta da Igreja ou por licença do prelado fora dela, havendo cópula carnal*" (Liv. IV Tít. 46, § 1º) e àquele em que os cônjuges são tidos "*em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo que, segundo direito, baste para presumir matrimônio entre eles, posto se não provém as palavras de presente*" (46, § 2º).

O professor Álvaro Villaça consigna que "*o Concílio Tridentino estabeleceu, dentre outros requisitos em matéria de casamento, que os párocos devessem ter um livro em que fossem assentadas, 'como em matrícula', as pessoas que realizassem os casamentos, bem como o lugar, o tempo e os nomes das testemunhas. E tais regras desse Concílio foram acolhidas e mandadas executar no Reino de Portugal pelas próprias Ordenações Filipinas e pela Lei de 13 de novembro de 1651; daí ficarem, então proibidos os 'matrimônios presumidos' Os casamentos só podiam, desse modo, provar-se pela certidão do pároco, cumpridas as solenidades estabelecidas nas regras tridentinas"*⁷

No Brasil, a Lei de 20.10.1823 manteve em vigor a legislação portuguesa, as quais seriam as Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções, até que se organizasse um Código Civil.

Vejamos pois, que, nessa época, o casamento no Brasil, identicamente como era concebido no Direito Romano, era uma situação de fato, onde lhe eram atribuídas conseqüências jurídicas.

Pela definição trazida anteriormente, podemos dizer que a nossa união estável de hoje chega a ser muito parecida com o casamento de pública fama "*maridos conhuçados*"

A Consolidação das Leis Civas, de Teixeira de Freitas, faz menção ao Concílio de Trento (art. 95), punindo os chamados casamentos clandestinos (art. 98), estabelecendo que a prova dos casamentos deveria ser feita pelas certidões extraídas dos Livros Eclesiásticos (art. 99), ou, como lembra o professor Wald, "*por qualquer*

6. Wald, Arnoldo. *Direito de Família*, 1995, p. 29.

7. *Op. cit.*, p. 171.

instrumento público ou por testemunhas que reconheçam 'que os cônjuges estiveram em casa teúda e manteúda, e em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo quanto baste para presumir-se o matrimônio entre eles' (art. 10)"⁸

Surgiu, entre nós, a Lei n. 1.144, de 11.09.1861, dando efeitos civis, aos casamentos religiosos realizados pelos não-católicos, desde que estivessem devidamente registrados.

Com o advento da República, houve uma desvinculação da Igreja em relação ao Estado. A nossa Constituição de 1891, no seu art. 72, § 4º, prescreveu que só seria reconhecido o casamento civil, cuja celebração deveria ser gratuita.

O casamento civil foi devidamente regulado através do Decreto n. 181, de 24.01.1890, considerando como o único casamento válido o realizado perante autoridades civis.

II - Direito vigente

1. O concubinato no Código Civil e nas legislações posteriores.

O Código Civil brasileiro pouco menciona acerca da relação concubinária, sendo que, quase todas as vezes em que trata do concubinato, estabelece restrições aos direitos da concubina. São as regras:

"art. 248. A mulher casada pode livremente:

(...)

IV – Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177)."

(...)

"art. 1.177. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (arts. 178, § 7º, VI, e 248, IV)."

(...)

"art. 1.719. Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários:

(...)

8. *Op. cit.*, p. 31.

Todos esses artigos, pois, são exemplos do chamado concubinato impuro, onde os companheiros vivem em comum, muito embora estejam impedidos de contrair matrimônio. Diferentemente, é claro, do concubinato puro, onde o casal de companheiros não possui nenhum impedimento para contrair matrimônio.

Mas, em apenas uma ocasião, o Código Civil brasileiro, fala em concubinato "sem total hostilidade"⁹ é exatamente quando, no inciso I, do art. 363, fica estabelecido que:

"art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

I — se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai;

(...)."

Como recorda a prof^a. Maria Helena Diniz, há inúmeras leis extravagantes que concedem direitos aos concubinos, produzindo alguns efeitos jurídicos à união concubinária.

Traremos a seguir, alguns desses exemplos:

A Lei n. 6.015/73 (art. 57 e §§) permite que a concubina use o nome do companheiro.

Concede-se à concubina mantida pela vítima de acidente de trabalho, os mesmos direitos da esposa legítima (não existindo esta ou sendo ela culpada pela separação do casal) desde que conste como beneficiária do acidentado (Dec. Lei n. 7.036/44, não sendo alterado pela Lei n. 6.367/75; Lei n. 8.213/91).

A concubina de congressista falecido no exercício do mandato, cargo ou função, tem o direito de ser incluída como sendo sua beneficiária (Lei n. 4.284/63).

A concubina está processualmente legitimada a oferecer embargos de terceiro para excluir a penhora de imóvel residencial dos companheiros (Lei n. 8.009/90).

De acordo com a Lei n. 8.069/90, podem os concubinos adotar menores, desde que um deles tenha 21 anos e possa ser comprovada a estabilidade familiar.

9. Rodrigues, Sílvio. *Op. cit.*, 1989, p. 267.

Pode a concubina ser beneficiária dos favores da legislação social e previdenciária (Lei n. 8.213/91).

Através da Lei n. 8.245/91, pode a concubina permanecer na locação, após a morte de seu companheiro.

Apesar dessas leis acima citadas, somente com a Carta Magna vigente foi que o concubinato iniciou a ser tratado como um dos modos de formação da família brasileira.

Diz o § 3º, do art. 226, de nossa Lei Maior:

"Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

Este foi o marco caracterizador da preocupação do direito positivo nacional com a união duradoura entre o homem e a mulher com a finalidade de constituírem, juntos, um ambiente familiar, propício para o desenvolvimento do casal e dos filhos que dessa união surgirem.

Ademais, isto mostra a real importância dessa matéria dentro do Direito Civil pátrio, posto que, além da doutrina e jurisprudência haverem se preocupado imensamente, com a questão concubinária, o próprio legislador constituinte, elevando tal união à matéria constitucional, trouxe para esta seara o estudo dela, afastando, de uma vez por todas, a omissão do legislador infraconstitucional, em não regular a união estável, fato esse que somente veio a ocorrer, no final do ano de 1994, com a edição da mencionada Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994.¹⁰

E, finalmente, foi sancionada a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996.¹¹ Esta lei foi que, pela primeira vez, estabeleceu os direitos e deveres recíprocos dos companheiros.

10. Esta nova lei veio a regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, trazendo regras, que até então, não existiam no Direito Positivo brasileiro. Ela ainda não veio regulamentar o § 3º, do art. 226, da Constituição, entretanto, foi a primeira legislação que tratou da vida de companheiros, após o advento da Carta Magna.

11. Esta lei regula o § 3º, art. 226 da Constituição Federal.

2. O Papel da jurisprudência nacional.

Os tribunais nacionais, analisando as diversas situações de fato entre homem e mulher, colocadas a sua apreciação, foram os que verdadeiramente iniciaram a proteção dos casais situados dentro do contexto que se refere o presente estudo.

Foram as decisões reiteradas das Cortes nacionais que criaram toda a proteção ao concubinato, até a promulgação de nossa última Constituição, fazendo crer que o Judiciário não esteve alheio a todos os acontecimentos sociais que modificaram a família contemporânea brasileira.

Não se pode olvidar de ressaltar que a jurisprudência não foi sempre favorável à proteção do concubinato, mas, com o passar dos anos, e, com a existência de algumas injustiças envolvendo essas relações, o pensamento dos Tribunais veio a consagrar a necessidade de amparar as situações de fato que se formavam e que reclamavam por soluções a seus diversos conflitos.

Como nos lembra o professor Arnaldo Wald, o próprio Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido em 24.01.47, cujo relator foi o ministro Hahnemann Guimarães, já decidiu que, *a ordem jurídica ignora a existência do concubinato*"¹²

Mostrava-se tão-relevante a matéria concubinária para a jurisprudência nacional, que o colendo Supremo Tribunal Federal, por sua vez, através da Súmula n. 380, veio pôr fim na dúvida que tinham os Tribunais na possibilidade ou-não da partilha do patrimônio do casal. Estabelece aquela Súmula:

"380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."

Essa Súmula só veio a ser editada pelo Pretório Excelso, na década de 60, deixando claro, naquele momento, que a proteção do patrimônio do casal, somente se dava com fundamento no direito obrigacional, e não no direito de família. Isto quer dizer que, na dissolução do concubinato, a divisão dos bens apenas deveria se dar, se houvessem os concubinos contribuído efetivamente para a formação deste patrimônio.

A partir dessa regra trazida pelo STF, os Tribunais pátrios, de um modo geral, acompanharam tal raciocínio deixando já firmado o entendimento de

12. *Op. cit.*, p. 168.

que o concubinato merecia a proteção do Direito brasileiro, pois uma grande parcela da população nacional, naquela época (e também na atualidade), vivia sob essa forma de união, principalmente, levando-se em conta que a lei do divórcio somente foi editada em 1977.

Estava, pois, a partir desse momento, sedimentada a idéia de que a união concubinária, no aspecto patrimonial (que era o que mais afligia o casal) encontrava-se definitivamente protegida pelo Direito Civil brasileiro.

Acontece, porém, que, com o advento de tal Súmula, estabeleceu-se a regra de que a proteção patrimonial desta união de fato era auferida dentro do direito obrigacional, e não sob a égide do direito de família. E somente veio a ser tratada por esta segunda disciplina jurídica, acanhadamente, após a Constituição brasileira de 1988. Mas, finalmente, obteve atenção maior, com o advento das duas novéis legislações referidas inicialmente.

Exerceu pois, a jurisprudência, um papel marcante para se chegar à proteção jurídica da união estável, do modo pelo qual hoje se mostra para nós.

3. Conceito de união estável

O professor Álvaro Villaça Azevedo, em seu Estatuto dos Concubinos, conceituou o concubinato na "*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*"¹³

O professor Francisco José Cahali conceitua a união estável como sendo "*o vínculo afetivo entre o homem e a mulher, como se casados fossem, com as características inerentes ao casamento, e a intenção de permanência da vida em comum*"¹⁴

Seguindo o caminho trilhado pelos juristas citados acima, e à luz da Lei n. 8.971/94 e, mais precisamente, da Lei n. 9.278/96, podemos afirmar que a união estável é a relação existente entre um homem e mulher, sendo duradoura, pública e contínua, formada com o escopo principal de formar uma família.

13. *Op. cit.* p. 280.

14. Cahali, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*, 1996, p. 87.

4. Os direitos e deveres recíprocos dos conviventes

a. Noções iniciais

A Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que veio regular o § 3º do art. 226 de nossa Carta Magna, estabeleceu como direitos e deveres iguais dos conviventes, os seguintes:

"art. 2º. São direitos e deveres iguais dos conviventes:

- I respeito e consideração mútuos;
- II assistência moral e material recíprocas;
- III guarda, sustento e educação dos filhos comuns".

Como podemos verificar acima, este dispositivo legal estabeleceu uma verdadeira inovação legislativa. Ele definiu que, para o casal que vive uma união estável, sem o vínculo matrimonial, ficam configurados os citados direitos/deveres, os quais devem ser rigorosamente observados por eles, enquanto durar esta relação.

Ante a elevação da convivência contínua, pública e duradoura entre homem e mulher, à entidade familiar trazida pela Constituição brasileira, passou a ter uma verdadeira semelhança ao matrimônio. Com isso, algumas regras aplicáveis ao matrimônio começam a ter vida dentro da união estável, o que tornou possível, por parte do legislador ordinário, estabelecer a este relacionamento os direitos e deveres recíprocos, semelhantes aos relativos ao casamento civil.

Regulando este assunto, o Código Civil brasileiro, em seu art. 231, estabelece os direitos e deveres recíprocos dos cônjuges, o qual prevê o seguinte:

"art. 231. São deveres de ambos os cônjuges:

- I Fidelidade recíproca;
- II Vida em comum, no domicílio conjugal;
- III Mútua assistência;
- IV Sustento, guarda e educação dos filhos."

Podemos dizer, então, que a recente legislação acerca da união estável trouxe em seu bojo muita semelhança entre os direitos e deveres provenientes do matrimônio, em razão de que, sendo entidade familiar amparada pelo texto constitucional, não poderia o casal ter, nesse aspecto, tratamento em descompasso com o casamento civil.

Os doutrinadores que enfrentaram esta matéria afirmam que tais deveres instituídos pelo art. 2º da lei da união estável, deve guardar perfeita simetria com aqueles instituídos ao matrimônio, os quais foram transcritos acima. Adelina

Bitelli Dias Campos, comentando o referido art. 2º afirma que "*obviamente tais direitos e obrigações foram extraídos do art. 231 do Código Civil, relativo ao Título II, Capítulo I - Dos Efeitos Jurídicos do Casamento.*" E mais, "*é absurda a omissão em relação não digo à vida em comum no domicílio conjugal, mas à fidelidade recíproca*" (...) "*Em nosso entendimento os direitos e obrigações constantes do art. 231 do Código Civil deveriam ter sido acolhidos pelo art. 2º da Lei em exame.*"¹⁵

Caminhando sobre este mesmo entendimento o professor Rui Geraldo Camargo Viana, em seu recente trabalho *Família e Filiação*, preleciona que "*assim, há que contemplar-se como sujeitos, os concubinos, aos deveres impostos pelo Código Civil ao matrimônio, elencados no seu art. 231.*"¹⁶

Cabe-nos ressaltar que a doutrina não é unânime a respeito do assunto. O professor Washington de Barros Monteiro, lembrando Savatier, afirma que "*na união livre não há fidelidade, obediência, assistência obrigatória. Tudo isso, dado por amor, não deve durar senão enquanto puder durar esse amor. Os amantes nenhum compromisso assumem para o futuro; a independência de ambos é sagrada. Nas páginas de sua vida nada se escreve com tinta indelével. Por sua natureza, como afirmou Aliomar Baleeiro, os que entram na união livre sabem que têm sempre aberta a porta*"¹⁷

Diga-se, a propósito, o mencionado dispositivo ordinário que instituiu os direitos e deveres dos concubinos, inspirou-se completamente no projeto de Estatuto dos Concubinos do professor Álvaro Villaça Azevedo, o qual, em seu art. 4º assim estabelece:

"art. 4º. 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.

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

art. 6º Fica assegurado que os direitos e os deveres dos concubinos são iguais."¹⁸

15. In *Jornal do Ministério Público Paulista*, ed. n. 11, 1996.

16. In *Família e Filiação*, trabalho apresentado pelo professor Rui Geraldo Camargo Viana, em concurso que o aprovou como Professor Titular em Direito Civil da FDUSP.

17. In *Curso de Direito Civil*, 2º v., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 22.

18. In *op. cit.*

b. Respeito e consideração mútuos

O primeiro inciso, do art. 2º da Lei n. 9.278/96, diz que são direitos e deveres iguais dos conviventes o respeito e consideração mútuos. Podemos afirmar que respeito vem do latim *respectu*, e significa atenção, consideração, deferência a alguém. Já o vocábulo consideração, vem do latim *consideratione*, que significa observação, estima, respeito, importância dada a alguém.¹⁹ Notamos, pois, que respeito e consideração são vocábulos que importam significados semelhantes.

Trazendo o significado de tais vocábulos ao direito de família, podemos afirmar que o dever de respeito e consideração compreende no ato de dar atenção ao companheiro, estimar o convivente, observando as regras de convívio social, a fim de que essas duas pessoas que se uniram com o intuito de formar uma entidade familiar, possam, com a harmonia e franqueza sustentadoras dessa relação, ter uma vida em conjunto sedimentando esses laços de amor e de carinho permutados entre si.

Segundo o professor Rainer Czajkowski, respeito e consideração mútuos *"são regras morais antes que jurídicas. São requisitos intrínsecos de qualquer convivência, mesmo que a lei não o dissesse, e são consequência lógica do envolvimento afetivo entre os parceiros. Não existe prova judicial de respeito e consideração, porque se trata de uma conduta subjetiva, íntima. Quando há harmonia na relação, há respeito e consideração."*²⁰

Como se pode verificar a lei não estabeleceu como dever dos conviventes, nem o dever de lealdade, previsto no estatuto do professor Villaça, e nem sequer o dever de fidelidade contido no art. 231, do Código Civil. Há autores que entendem que na união estável, em razão disso, não há este dever de fidelidade, mas, na verdade, uma aparente fidelidade ou apenas a exclusividade de relações sexuais.²¹ Ora, perguntamos então, qual a diferença entre fidelidade e quase-fidelidade? Ou fidelidade e exclusividade de relações sexuais? A nosso ver, na prática, não há essa diferença. Quando a lei quis falar em respeito e consideração mútuos, ela não quis permitir aos companheiros, dentro da harmonia e paz familiar, a

19. In *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986.

20. Czajkowski, Rainer. *União Livre à luz da Lei n. 8.971/94 e da Lei n. 9.278/96*, Juruá, 1996, p. 58.

21. Rainer Czajkowski, *op. cit.*, p. 91.

possibilidade deles terem uma relação promíscua. Este dever de respeito e consideração mútuos deve proibir a deslealdade sexual entre eles.

Em nosso entendimento este dever de consideração e respeito para com o outro, não se dá em seu sentido genérico de estima que devemos ter ao próximo, mas sim, na verdade, deve este ser o embrião para o relacionamento normal entre os parceiros que decidiram constituir juntos uma união bem próxima ao matrimônio civil.

Sabemos que a fidelidade entre os companheiros faz parte da própria união estável.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgado anterior às leis ordinárias ns. 8.971/94 e 9.278/96, através do acórdão proferido pelo ministro Sálvio de Figueiredo, aceitou a infidelidade de companheiro, motivo suficiente para impossibilitar a vida em comum, fazendo com que fosse confirmado o afastamento coercitivo do concubino do lar, responsável pela instabilidade familiar.²²

Mas, nem sempre foi este o entendimento da doutrina a respeito da exclusividade do relacionamento sexual entre os conviventes. Orlando Gomes, em sua obra "*O Novo Direito de Família*" entende contrariamente, quando diz que os deveres de fidelidade e de coabitação podem ser inobservados na família de fato sem qualquer sanção jurídica.²³

O professor Francisco José Cahali assim leciona: "*a fidelidade tem sido indicada como elemento essencial à caracterização de união estável, em homenagem aos princípios morais preservados pela sociedade, acrescentando-se que a ela se subordina o casamento; se o concubinato se espelha no matrimônio, inafastável a verificação de fidelidade*"²⁴

Retornando aos ensinamentos do professor Álvaro Villaça, destacamos que "*ao invés de falarmos em 'fidelidade da mulher', devemos mencionar o dever de lealdade recíproca, pois a lealdade é figura de caráter moral e jurídico independentemente de cogitar-se de fidelidade, cuja inobservância leva ao*

22. No presente julgado, em seu voto, o min. Sálvio Figueiredo afirmou que "*a lei não veda a um dos concubinos a possibilidade de requerer judicialmente o afastamento do outro do lar em que convivem, sendo-lhe lícito recorrer ao poder de cautela quando ocorrentes o 'fumus boni iuris' e o 'periculum in mora', anotando-se que, na espécie, a autora alegou violências reiteradas do seu companheiro, além de infidelidade na relação*" (g. n.). Recurso Especial n. 10.113 – SP, publicado no DJ de 09.09.1991, Lex n. 36/145.

23. *Apud* Rainer Czajkowski, *op. cit.*, p. 91.

24. *In op. cit.*, p. 70.

*adultério, que é figura estranha ao concubinato. Desse modo, a questão do dever de lealdade, entre concubinos, implica injúria apta a motivar a separação de fato dos conviventes, dada a revisão do contrato concubinário"*²⁵

A fidelidade na relação sexual está, pois, presente na união estável. Mas a dúvida surge em saber se este dever pode ser subsumido dentro do dever de respeito e consideração mútuos. A doutrina pouco se manifestou a respeito dessa legislação que instituiu este rol de direitos/deveres. Adelina B. D. Campos em seu comentário, ao qual referimos acima, diz que a fidelidade recíproca foi esquecida na gama de deveres estabelecidos no art. 2º da Lei n. 9.278/96, afirmando "*nem se diga que a frase 'respeito e consideração mútuos' incorpora a fidelidade, pois pode haver respeito pela pessoa sem que haja fidelidade.*"²⁶

Ousamos discordar do pensamento retro. Em nosso sentir, quando da caracterização da união estável, o dever de fidelidade deve imperar, pois, caso haja a chamada deslealdade sexual comprovada de um dos conviventes, há motivo suficiente para a ruptura de união. E este dever de exclusividade das relações sexuais entre os parceiros deve surgir do próprio respeito e consideração mútuos.

Apenas retomando as idéias anteriormente esposadas, este respeito de que fala a lei, não é o respeito comum a qualquer pessoa, mas sim a estima, atenção e importância que se dá à pessoa do outro companheiro.

Será que nós podemos afirmar que se um dos companheiros quebrar a fidelidade de relações sexuais, não estaria faltando com o respeito à pessoa do outro convivente? Obviamente que a resposta seria afirmativa, porquanto o respeito e consideração são relativos ao casal oriundo ou do casamento ou da relação estável.

Isto porque, também, são raros os exemplos de uma união estável sem a existência da relação sexual entre os parceiros. O professor Sílvio Rodrigues definindo a relação concubinária não afasta a finalidade da satisfação sexual quando afirma que o concubinato representa a "*união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade da mulher ao homem.*"²⁷

25. *Op. cit.*, pp. 65-66.

26. *Op. cit.*

27. *In Direito Civil*, v. 6, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 271.

É claro que se deve ressaltar que, para surgir o dever de lealdade, subsumido no inciso I, do art. 2º (respeito e consideração mútuos), da Lei n. 9.278/96, ou de qualquer outro desses incisos, deve haver a completa caracterização de união estável entre o homem e mulher, devidamente caracterizada de acordo com o art. 1º desta lei, dispositivo legal caracterizador da formação desta união.

Zeno Veloso,²⁸ em recente trabalho acerca da união estável, nos afirma, com precisão, que dentre os deveres recíprocos dos concubinos está incluído o dever de fidelidade. Sustenta o professor paraense que dentro do relacionamento existente entre os companheiros que vivem como se fossem marido e mulher, há o "*requisito moral inarredável*" da fidelidade recíproca entre os mesmos.

Paulo Martins de Carvalho Filho, ao comentar o dever de respeito e consideração mútuos, afirma que "*não se reporta o dispositivo, às expressas, à fidelidade recíproca, como o faz o Código Civil em relação aos cônjuges; pelo respeito e consideração mútuos, entretanto, está abrangido o dever de fidelidade*"²⁹

Caminhando em cima desta trilha de raciocínio, não podemos deixar de afirmar que entre os parceiros de uma união estável deve haver a presunção da exclusividade do relacionamento sexual entre eles, pois, como pudemos verificar acima, este relacionamento busca, primordialmente, a satisfação sexual recíproca. Logo este relacionamento sexual deve ser presumido dentro do concubinato. No entanto, não devemos olvidar que poderá haver exemplo de casais que vivam em união estável sem existir o relacionamento sexual entre eles, como, por exemplo, a união entre pessoas idosas.

Afirmamos ainda que, uma vez caracterizada tal união, há de se observar o dever de coabitação entre os conviventes. Pode-se concluir dessa forma, em função de que entre os conviventes há essa exclusividade de relações sexuais entre eles e que tal relacionamento tem, como uma de suas finalidades, a satisfação sexual recíproca. E, como consequência lógica desse pensamento, a falta a esse dever de coabitação, poderíamos falar em possibilidade de ruptura da união estável.

Fazendo alusão aos autores que comentam o dever de coabitação entre os cônjuges, verificamos que o mesmo se aplica, perfeitamente, à união estável.

O professor Caio Mário da Silva Pereira consigna com propriedade que "*o casamento sugere coabitação e esta requer comunidade de existência. É*

28. In *União Estável*, Belém, Cejup, 1997, pp. 79-80.

29. In RT n. 734-15.

preciso deixar bem claro que a coabitação não se satisfaz com a moradia sob o mesmo teto. Requer intimidade de convivência, que se apelida de débito conjugal, segundo terminologia advinda do Direito Canônico, para exprimir as relações sexuais."³⁰

O professor Álvaro Villaça Azevedo, comentando a matéria, afirma com proficiência que o dever coabitacional representa *"a imposição legal, de ordem pública, aos cônjuges de seu relacionamento fisiológico, sexual, recíproco, enquanto durar a convivência no lar conjugal."*³¹

Assim, ante a perfeita simetria do relacionamento sexual dentro do matrimônio, bem como o existente entre os conviventes de uma união estável, nos moldes de nossa Carta, podemos afirmar que nesse relacionamento último deve prevalecer o dever de coabitação dos conviventes, com o conseqüente "débito entre conviventes"

A jurisprudência pátria não tem aceito a existência do implícito dever de coabitação entre os conviventes. O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em julgado de 1990, entendeu que entre os concubinos há total liberdade de união e de separação, não devendo existir no concubinato o dever legal de coabitação entre os concubinos.³²

Mas, na doutrina, encontramos pensamento diverso do proferido pelo Tribunal mineiro. O professor Rui Geraldo Camargo Viana comentando a matéria, preleciona que *"quanto ao debitum conjugal, o direito ao corpo do parceiro é essencial, como já vimos, ao concubinato que, diversamente do casamento, não se contenta com a união espiritual (casamento branco); sem o congresso sexual não se configura o concubinato e essa disposição in corpore alieno, não se compadece com relacionamentos múltiplos e paralelos"*

Aliás, a fidelidade das relações sexuais e o dever de coabitação, com o conseqüente débito dos conviventes, se complementam; entendemos que um não pode viver sem o outro. Se entendermos não haver o débito conjugal para os parceiros, não há que se falar em lealdade ou fidelidade nas relações sexuais.

30. In *Instituições de Direito Civil*, v. V, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 101.

31. In *Dever de coabitação*. Inadimplemento, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976, p. 197.

32. Diz a ementa: "Medida Cautelar – Separação de Corpos – Concubinos – Inadmissibilidade – Cautelar que pressupõe sociedade conjugal – Inexistência de dever legal de coabitação no concubinato.", in RT 675/186.

Há de se afirmar ainda que tais deveres somente podem ser exigidos dos parceiros, quando a caracterização da união estável for indubitosa, ou seja, for insuscetível de qualquer contestação.

Somente para complementar, podemos ainda atestar que o dever de coabitação entre os conviventes, igualmente como verificamos no matrimônio, pode ser exercido ainda que os parceiros não convivam sob o mesmo teto. Tanto no casamento, quanto na união estável, esta coabitação pode efetivar-se ainda que os conviventes não habitem a mesma residência.

Ensina a professora Maria Helena Diniz: "*ante a circunstância de que no próprio casamento pode haver separação material dos conviventes por razão de doença, de viagem ou de profissão, o concubinato pode existir mesmo que os amantes não residam no mesmo teto, desde que seja notório que sua vida se equipara à dos casados civilmente (Súmula 382)*".³³

Ademais podemos afirmar que ainda em pleno vigor existe a Súmula n. 382 do STF que determina: "*A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato*".

Mesmo porque, a jurisprudência brasileira tem entendido ser essencial para a configuração do concubinato, não a fixação de uma só residência do casal, mas sim a convivência *more uxorio*, sendo esta a característica marcante para a configuração de dita relação. O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que é essencial para a caracterização da união concubinária a existência da convivência *more uxorio*, elemento primordial para a existência de união estável.³⁴

Outra conclusão que se pode tirar de tais interpretações é que, face a existência da presunção de relação sexual entre os conviventes, o surgimento de prole, faz com que advenha a presunção, ao menos de fato, de que o pai seja o companheiro da mãe.

Comentando acerca de tal matéria o professor Rainer Czajkowski trouxe um julgado em que o Superior Tribunal de Justiça, confirmando decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em ação ordinária, aceitou a aplicação análoga do princípio *pater is est ...*, para filhos nascidos de companheira, casada eclesialmente. O ministro Athos Carneiro, em brilhante voto, afirmou que

33. Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 5, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 224.

34. Ap. Cív. 167.994-1/8, j. 10.09.92, TJSP, in *Jurisprudência Brasileira*, Juruá, 173/269.

*"incontestada a vida more uxorio, sob o pálio do casamento eclesiástico, indvidiosa a 'união estável' que a vigente Constituição protege e define como entidade familiar, tenho em que se presumem filhos do casal os nascidos durante a aludida união estável, aplicando-se-lhes a antiga parêmia do pater est ..."*³⁵

Vários fatores impõem dúvida na afirmação da presunção da paternidade. Um exemplo disto é o fato dos companheiros não conviverem necessariamente, sob o mesmo teto. Segundo o professor Rainer Czajkowski *"a fixação de residências separadas, contudo, enfraquece consideravelmente a presunção da paternidade atipicamente aplicável às uniões estáveis, ao ponto mesmo de inviabilizá-la. Não é concluir que há promiscuidade sexual e falta de seriedade, é só deixar de aplicar a presunção, por si já excepcional, nestes casos."*³⁶

Ora, como afirmamos acima, sabemos que no matrimônio também pode haver a chamada separação material dos cônjuges, em razão de alguns fatores, assim também na união estável, podem os companheiros não dividirem o mesmo teto.

Desse modo, havendo a caracterização de união estável, mesmo com o casal não-repartindo o mesmo teto, em razão apenas desse fato, não há porque, ao nosso ver, desconsiderar a presunção de fato da paternidade da prole.

c. Assistência material e moral recíprocas

Quanto ao inciso II do art. 2º da Lei n. 9.278/96, o mesmo prescreve que são direitos e deveres iguais dos conviventes, a assistência moral e material recíprocas.

Este inciso II, a nosso ver, corresponde à assistência material e imaterial (devida por um cônjuge ao outro), contida no inciso III do art. 231 do Código Civil.

Os companheiros, assim como os cônjuges, devem, no decorrer da união estável, observar condutas de satisfação recíprocas.

Como nos chama à atenção o professor Yussef Said Cahali, *"a expressão mútua assistência empregada pelo legislador qualifica-se como vaga; no*

35. Rec. Esp. 23 – PR. Relator min. Athos Carneiro, publicado em *Jurisprudência Brasileira*, 166, Juruá, 1994, julgado comentado pelo professor Rainer Czajkowski, *op. cit.*, p. 93.

36. Czajkowski, Rainer, *op. cit.*, p. 94.

*variegado das manifestações que integrariam seu conteúdo, enquanto Lafayette refere-se a um 'direito à mútua assistência nas enfermidades e desgraças da vida', com realce à sua função humanitária, outros, como Cândido Oliveira, confundem os deveres de assistência e de socorro; Clóvis, fazendo distinção entre esses dois conceitos, pretende que a expressão mútua assistência 'não deve ser tomada no sentido restrito de cuidados pessoais nas enfermidades; compreende, também, o socorro na desventura, o apoio na adversidade, e o auxílio constante em todas as vicissitudes da existência'; observando, porém, Sílvio Rodrigues, que, com essa abrangência tão-ampla, 'a infração ao dever de mútua assistência pode ficar sem sanção, pois difícil será demonstrar a existência do dever de consolar um cônjuge e recusa do outro em fazê-lo.'*³⁷

Nesse caso, havendo a configuração da união estável, isto é, depois de caracterizada a união entre homem e mulher, de conformidade com o art. 1º, da Lei n. 9.278 de 10 de maio de 1996, os companheiros passam a ter o chamado dever de mútua assistência.

c. 1. Assistência material

A assistência material, prevista no Código Civil, como afirma a profª. Regina Beatriz T. da Silva Papa dos Santos, "*significa o auxílio econômico necessário à subsistência dos cônjuges.*"³⁸ Analogamente ao estabelecido para os cônjuges, entendemos que o dever de assistência material entre os companheiros é idêntico a este.

Em nosso humilde entendimento, as mesmas regras que a doutrina estabeleceu para delimitar esta assistência econômica dentro do matrimônio, são inteiramente aplicáveis aos companheiros que vivem em estável união. Aliás, a Lei n. 9.278/96 mencionou essa assistência dentro dos direitos e deveres dos conviventes.

Ademais, como lembra o professor Czajkowski "*assistência material, assim como a moral, integra o conteúdo mínimo de união livre e é dever recíproco entre os parceiros. Como parte do conteúdo de relação, assistência material sempre*

37. Cahali, Yussef S. in *Alimentos*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1994, p. 149.

38. Santos, Regina Beatriz T. da S. P. dos. *Dever de Assistência Imaterial entre os Cônjuges*, São Paulo, Forense Universitária, 1990, p. 79.

existe. Pode ou não caracterizar dependência econômica. Há dependência se um dos parceiros é, financeiramente, hipossuficiente. Há necessidade do dependente; o outro o mantém. Quando ambos são economicamente ativos e independentes, não há necessidade, mas alguma assistência material sempre continua existindo."³⁹

O Tribunal de Justiça do Paraná, em julgado proferido antes das leis relativas à união estável (ns. 8.971/94 e 9.278/96), já decidiu que entre os companheiros existe o dever de assistência material.⁴⁰

Aliás acreditamos já ser pensamento da maioria dos Tribunais nacionais a existência do dever de mútua assistência entre os concubinos. O Tribunal de Justiça de São Paulo, caminhando no mesmo raciocínio do Tribunal do Paraná, já decidiu que o dever de mútua assistência, onde se fundamenta a obrigação alimentar, é regra de direito decorrente de qualquer entidade familiar.⁴¹

Esta assistência material serve como fundamento ao pedido de alimento caso o companheiro dele necessite, conforme o art. 7º da Lei n. 9.278/96. E, a respeito dos alimentos, teceremos algumas considerações.

c. 2. Alimentos

A Lei n. 8.971/94, que dispõe sobre os alimentos e sucessão, estabeleceu que a companheira que estivesse na situação de convivente, de acordo com o seu art. 1º, provando a necessidade, faria jus a alimentos, utilizando-se, para isto, a proteção da Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, que é a que regula a ação de alimentos.

39. Czajkowski, Rainer, *op. cit.*, p. 83.

40. Em seu voto, o des. relator Ruy Fernando de Oliveira, afirmou: "Lúcido, pois, o parecer do ilustre procurador de Justiça Mauro Todeschini, quando afirmou que 'em sã consciência ninguém poderia negar que a mulher dedicada à vida em comum por mais de dezesseis anos, trabalhando fora de casa e no estabelecimento comercial do concubino, sem salário, naturalmente para o auxílio da manutenção do lar comum e da prole, tem direito ao menos à assistência material, quando, agora, com mais de cinqüenta anos de idade, se viu trocada por outra mulher'." *In Jurisprudência Brasileira* 173/184.

41. Em seu voto, o des. relator Jorge Almeida, afirmou que: "reconhecida a existência da ordem familiar na 'união estável', dela emerge o 'dever de assistência', ao qual é indiferente a razão formal e sua constituição. Com celebração ou-não, à família, por razão natural, não se pode negar dever de assistência entre os seus membros". *In Jurisprudência Brasileira* 173/277.

É claro que o requisito temporal de que fala o art. 1º da Lei n. 8.971/94, ao nosso ver, foi suprimido pelo art. 1º, da Lei n. 9.278/96, dispositivo este que não menciona mais o período de cinco anos.

Pode então, a companheira ou o companheiro, unidos sob a forma de união estável, pedir alimentos.

Para que possa interpor tal ação, o demandante deve provar a necessidade da prestação alimentar. As duas legislações, quando falam na possibilidade de receber alimentos, vincula-o à necessidade do convivente que a requer.

O *caput* do art. 1º, da Lei n. 8.971/94, diz que a companheira para requerer os alimentos, deve provar a necessidade. A Lei subsequente de n. 9.278, de 20 de maio de 1996, no seu art. 7º também coloca como requisito essencial para a prestação alimentar do convivente demandado, a prova de necessidade do convivente demandante.

Ademais, a prestação alimentar deve-se dar sempre sob a égide do binômio necessidade/possibilidade de que fala a doutrina, com base estatuída no art. 400, do Código Civil, o qual estabelece:

"art. 400. Os alimentos devem ser fixados na proporção da necessidade do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada."

Mesmo em relação à união estável deve-se ter em mente a idéia de que a prestação alimentícia deverá ser devida de acordo com essa característica de necessária e possível.⁴²

O Tribunal de Justiça de São Paulo (cuja decisão comentamos anteriormente) entendeu ser necessário para a configuração do dever alimentar a presença do binômio necessidade/possibilidade.⁴³

Uma questão relevante a ser considerada neste momento é a de que o convivente demandante no momento do pedido de prestação alimentícia, se não o fez em outra relação processual anterior, deve trazer prova cabal de existência de entidade familiar - "união estável" - que se formou entre os companheiros.

42. Yarshell, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional dos "Conviventes" em matéria de alimentos *in* *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família*: v. 3, São Paulo, R.T., 1996, p. 56.

43. No voto o des. relator, afirmou que em virtude de não estar provado dispor o varão de recursos para pagar alimentos, sua concessão restou prejudicada. O presente julgado (Ap. Civ. 178.409-1/5, j. 02.12.92) já foi mencionado anteriormente (JB 173/227).

O demandante é impelido a trazer prova cabal de existência da união entre o demandante e o demandado, pois, como lembra Flávio Luiz Yarshell, é *"imprescindível que o demandante prove a existência da 'união estável' (entidade familiar)."44*

Outra questão relevante a ser ainda tratada é relativa à culpabilidade na ruptura da união estável, como requisito obrigatório, para que o convivente seja demandado em uma ação de alimentos.

Sabemos que os dois dispositivos legais relativos a união estável, não mencionam como sendo essencial que o demandado da prestação de alimentos seja o responsável pela ruptura de sociedade familiar dos conviventes, hipótese esta bastante clara, insculpida no art. 19 da Lei do Divórcio para o caso de ruptura da sociedade matrimonial.

A pensão de que fala o art. 19 da Lei n. 6.515/77, em nosso sentir, é a mesma prestação alimentar prevista no art. 7º da Lei n. 9.278/96 e no *caput* do art. 1º da Lei n. 8.971/94.

Ademais, ainda aproveitando os ensinamentos de Flávio Luiz Yarshell, podemos destacar:

"a questão, que parece ser bastante relevante, está situada no plano material do ordenamento e se traduz em saber se é aplicável analogamente, às hipóteses de união estável, a regra do art. 19 da lei do divórcio. Embora o presente estudo quanto ao tema dos alimentos - esteja essencialmente voltado às questões de ordem processual, não nos furtamos a assumir uma posição. Assim, nada obstante não exista - nem mesmo pelo advento da nova lei - identidade entre o casamento e a chamada 'entidade familiar' mas considerando que o valor tutelado nas duas hipóteses é substancialmente o mesmo, inclinamo-nos pela resposta positiva, entendendo ser lícito e justo que o 'convivente' demandado, se não for responsável pela ruptura da vida conjugal, está desonerado de prestação alimentícia em favor do outro consorte, podendo até mesmo exigí-la, se presente os requisitos da necessidade e possibilidade."

Corroborando tal entendimento, nos faz compreender que, muito embora não haja previsão expressa nas legislações atinentes, é essencial que a prestação alimentícia seja inerente ao convivente que deu causa a ruptura da sociedade familiar estável. E isto se confirma atualmente, em função de ter a lei mais

44. *Op. e p. cit.*

recente trazido os direitos/deveres dos conviventes, sendo um deles a assistência material de ambos, e, como consequência do seu inadimplemento, a obrigação de prestar os devidos alimentos, conforme prevê o *caput* do art. 7º, da Lei n. 9.278/96, já antes mencionado.

O professor Álvaro Villaça Azevedo, comentando o art. 7º da Lei n. 9.278/96, afirma que o mesmo "*trata de prestação de assistência material, de caráter alimentar, em caso de rescisão contratual, que deve ser paga pelo concubino culpado ao inocente, quando este necessitar desse pensionamento.*"⁴⁵

O insigne mestre ensina que como o art. 7º fala em dissolução de união estável por rescisão, somente deverá pagar os alimentos quando houver o descumprimento de um dos deveres previstos no art. 2º, da Lei n. 9.278/96, os quais mencionamos anteriormente.

Em julgado relativo a alimentos, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que para a concubina ter direito a alimentos não pode ela ter sido culpada na ruptura da união estável, sob a alegação de que não seria juridicamente possível dar aos conviventes mais do que se concede aos unidos pelo matrimônio.⁴⁶

Nesse mesmo sentido, temos outro julgado proferido pelo mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou a concessão de alimentos, em virtude de não haver prova de culpa do requerido na ação de alimentos, pela ruptura do concubinato.⁴⁷

45. *Revista Literária de Direito* - maio/junho de 1996, p. 21.

46. Da manifestação do relator, podemos destacar que "não há como escapar à interpretação do ilustre juiz *a quo* e do douto procurador de Justiça, segundo a qual não podem os concubinos ter mais direitos que aqueles reconhecidos aos cônjuges, sob pena de se subverter todos os princípios disciplinadores da sociedade conjugal. A Lei n. 8.971, de 29.12.94, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, referiu-se à Lei n. 5.478, de 25.7.68, sem jamais permitir esse direito ao responsável pela separação. Nesse sentido, válida a lembrança do art. 19 da Lei n. 6.515, de 26.12.77, do qual se extrai a conclusão de que o cônjuge inocente não tem a obrigação de alimentar o outro" Acórdão AC 274.815-1/8, rel. des. Laerte Nordi, j. 19.12.95, DJ SP, 28.02.96, p. 21, *in Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 19/96, p. 337

47. Diz a ementa: "Alimentos – Ação movida por ex-concubina, que se qualifica como casada – inaplicabilidade do benefício previsto na Lei n. 8.971/94, que exige que os companheiros sejam solteiros, viúvos, desquitados ou divorciados – Ausência de prova de culpa do requerido pela ruptura do concubinato – Recurso provido." AC 13.008-4/1, rel. des. César Lacerda, j. 06.11.96, DJ SP, 10.01.97, p. 15, *in Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 06/97, caderno 3, p. 109.

d. Assistência moral

A assistência moral mútua dos conviventes, em nosso sentir, nada mais é do que a chamada assistência imaterial de que estão obrigados os cônjuges pela legislação civil. Não se pode cogitar de diferença entre a assistência imaterial dos que vivem sob o regime matrimonial e a assistência moral a que estão obrigados os conviventes, em virtude do disposto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 9.278/96.

Ademais achamos oportuno mencionar as palavra de J. L. Corrêa de Oliveira e F. J. Ferreira Muniz, onde, em sua obra *Direito de Família* (direito matrimonial), afirmam: "*o concubinato é uma comunhão de vida, em que dominam essencialmente relações de sentimentos e interesses de vida em conjunto... essas relações traduzem o estreito e íntimo vínculo de coesão entre os concubinos ... se assenta na vontade do casal, cotidianamente renovada. (...) Comunhão de vida, em seus componentes espirituais e materiais: comunhão de sentimentos e comunhão material inerentes à vida conjugal e familiar.*"⁴⁸

O professor Francisco José Cahali, assim afirma: "*veja-se, pois, ser requisito efetivo do concubinato a comunhão de vidas de corpo e alma, de carne e espírito, a mais pura e desinteressada intenção de unir os respectivos destinos com respeito e compreensão e, juntos, projetar novos caminhos à vida.*"⁴⁹

O professor Yussef Said Cahali ao definir a idéia de afeição contida no dever de assistência imaterial dos cônjuges, preleciona este como sendo "*um complexo de relações, nas quais se manifesta aquela necessidade suprema de fazer coincidir os atos e os sentimentos com a comunhão de esforços na luta da vida.*"⁵⁰

A professora Regina Beatriz T. da Silva Papa dos Santos, leciona que: "*quando o cônjuge presta cuidados, atenção e apoio físico e moral ao consorte doente, está protegendo seu direito à vida ou à integridade física, o mesmo ocorrendo com relação ao esposo de muita idade. Quando procura consolá-lo pela morte de um ente querido, está protegendo seu direito à integridade psíquica. Quando defende o consorte em suas adversidades com terceiros, está protegendo*

48. *Apud* Cahali, Francisco José, *op. cit.*, p. 75.

49. *Op. cit.*, p. 76.

50. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 1, p. 143. *Apud* Santos, Regina B. T. de Silva P. dos, *op. cit.*, p. 107.

sua honra. Quando partilha de suas alegrias e realizações está protegendo sua integridade psíquica. Quando participa de seu dia-a-dia, prestando-lhe o devido apoio, está lhe oferecendo força e energia para viver com prazer o cotidiano familiar, social e profissional"

E afirma ainda: *"assim, compete ao cônjuge proteger o direito à vida, à integridade física e psíquica, à honra, à liberdade física e de pensamento, ao segredo e, enfim, defender todos os bens da personalidade do outro cônjuge contra os fatos naturais e as ofensas ou atos de terceiros que possam vir a agredi-los."*⁵¹

Ante as definições acima transcritas, não temos dúvidas que tal assistência devida pelos cônjuges se adequa perfeitamente à vida dos companheiros. Sendo a união estável reconhecida como entidade familiar, onde deve prevalecer o respeito e consideração mútuos entre os companheiros, não se pode deixar de ver presente todas essas situações antes mencionadas inerentes à convivência matrimonial. Não podemos aceitar que, ante ao estágio atual em que se encontra a união estável, não deva o convivente prestar o devido apoio real ao outro *"oferecendo força e energia para viver com prazer o cotidiano familiar, social e profissional."*

Poder-se-ia questionar que a assistência moral proposta no inciso II, do art. 2º, da Lei n. 9.278/96, por assim ser denominada, seria diversa da assistência imaterial embutida na "mútua assistência" de que fala o inciso III, do art. 231, do Código Civil. Entretanto não nos parece ser esta a interpretação correta.

Clóvis Beviláqua, ao comentar o nosso Código Civil, preleciona que o termo assistência não deve ser interpretado no sentido de cuidados na doença, mas sim, *"em sua significação ampla de socorro na desventura, apoio na adversidade, auxílio constante em todas as vicissitudes da existência."*⁵²

O próprio insigne mestre Washington de Barros Monteiro ao comentar esta mútua assistência, nos ensina que: *"com essas palavras quis o Código dizer que os cônjuges reciprocamente se obrigam à prestação de socorro 'material' e 'moral' Uma das finalidades do matrimônio é precisamente o mutuum adjutorium nos momentos felizes, como nos instantes de infortúnio"* E diz ainda: *"além desse conforto 'moral', cabe ainda aos cônjuges mútua colaboração material destacando nesse tema a obrigação alimentar, que compreende não-só prestação de alimentos*

51. *Op. cit.*, p. 109.

52. *Apud* Regina Beatriz T. da Silva P. dos Santos, *op. cit.*, p. 104.

*propriamente ditos (alimenta naturalia), como também de vestuário, transporte, medicamentos e até diversões (alimenta civilia)."*⁵³

Portanto, não há como deixar de aceitar que esta assistência moral não seja a idêntica assistência imaterial, prevista no art. 231, inciso III, do Código Civil, que tanto a doutrina faz alusão, perfeitamente aplicável em nossos dias, aos companheiros unidos com a devida estabilidade.

e. Guarda, sustento e educação dos filhos comuns

Diz ainda o art. 2º, inciso III, da Lei n. 9.278/96:

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

(.....)

III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.'

Este dispositivo legal traz uma verdadeira semelhança entre o quarto inciso do art. 231 do Código Civil. Este dever não-representa dever dos conviventes reciprocamente considerados, mas se trata de um dever dos mesmos para com a sua prole. Ele decorre mais precisamente da existência do vínculo de filiação, ou seja, em virtude do pátrio poder, do que realmente em virtude do casal estar vivendo em comunhão. É claro que a convivência em comum, decorrente de união estável, faz com que tal dever para com os filhos seja exercido de maneira igualitária pelo casal, não importando em maior ou menor grau de intensidade entre os conviventes.

Sobre tal dever, o professor Álvaro Villaça Azevedo leciona que a guarda dos filhos tem a ver com a posse que os companheiros exercem como pais, e não simplesmente por estarem em união estável.⁵⁴

Porém, o que é importante ressaltar é que, como mencionamos acima, este dever é exercido pelos companheiros tendo como beneficiário, não o outro companheiro, mas sim a prole existente do casal.

53. Washington de Barros Monteiro, *in Curso de Direito Civil*, v. 2., São Paulo, Saraiva, p. 113.

54. *In Revista Literária de Direito*, maio/junho de 1996, p. 19.

III Projeto do Estatuto dos Concubinos

Direitos e deveres recíprocos dos companheiros dentro do projeto

O Ministério da Justiça nomeou uma Comissão com a finalidade de apresentar contribuições, visando o aprimoramento da Lei n. 9.278/96.

Esta Comissão presidida pelo ministro Waldemar Zveiter, sendo relator o professor Dr. Arnoldo Wald, apresentou o anteprojeto de lei do estatuto da união estável, hoje já projeto de Lei n. 2.686/96. O seu art. 2º estabelece o seguinte:

"art. 2º. Decorrem da união estável os seguintes direitos e deveres para ambos os companheiros, um em relação do outro:

- I Lealdade;
- II Respeito e consideração;
- III Assistência Moral e Material."

Pela leitura do referido dispositivo, nota-se que ele modificou muito pouco o art. 2º, da Lei n. 9.278/96.

O art. 2º do projeto incluiu no seu primeiro inciso o dever de lealdade para ambos os companheiros, acatando assim o esboço de projeto do professor Álvaro Villaça Azevedo, o qual fizemos alusão anteriormente.

Apesar deste dever de lealdade não ter feito parte do rol do art. 2º da Lei n. 9.278/96, em nosso entendimento já estava ele contido no dever de respeito e consideração mútuos do inciso I, do mesmo artigo.

Ademais, acerca de tal questão fizemos uma breve comparação entre o dever de lealdade para com os companheiros e o dever de fidelidade para com os cônjuges.⁵⁵

Outro ponto a ser destacado, no art. 2º do projeto de estatuto de União Estável, é o fato de ter sido excluído o dispositivo referente a "*guarda, sustento e educação dos filhos comuns dos conviventes*" (art. 2º, III, Lei n. 9.278/96), talvez pela razão lógica de que tais deveres resultam, não em virtude de existência dessa relação de união estável, mas, na verdade, da relação de filiação existente entre a prole e os pais, estejam esses genitores vivendo sob o regime matrimonial ou sob o regime de união estável.

Os outros dois incisos, II e III do art. 2º do projeto de lei, são os mesmos tratados nos incisos I e II, do mesmo art. 2º, da Lei n. 9.278/96, sobre os

55. Letra "b", do item 4.

quais nos reportamos quando estudamos os direitos e deveres dos companheiros neles contidos.

E, por último, achamos essencialmente importante comentar o *caput* do art. 1º do projeto de lei ora estudado, pelo fato de que nele há um dever de ambos os companheiros não-mencionado nas Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96, e há muito contemporizado pela jurisprudência pátria.

Estabelece o art. 1º:

"art. 1º É reconhecido como união estável a convivência, por período superior a cinco anos, *sob o mesmo teto*, como se casados fossem, entre um homem e uma mulher, não impedidos de realizar matrimônio ou separados de direito ou de fato dos respectivos cônjuges.

(...) " (grifo nosso)

Da leitura do referido artigo, tem-se que se tornou requisito essencial de existência da união estável, a convivência dos companheiros sob o mesmo teto. Esta exigência, não nos parece estar em acordo com o pensamento da maioria dos doutrinadores bem como da jurisprudência nacional, na atualidade.

O professor Álvaro Villaça Azevedo, no seu esboço de anteprojeto do Estatuto dos Concubinos, art. 1º, referido no seu livro "*Do Concubinato ao Casamento de Fato*,"⁵⁶ previu o conceito de concubinato como sendo "*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.*"

O art. 4º desse esboço, ainda prevê o seguinte:

"art. 4º Direitos e Deveres são direitos e deveres recíprocos dos concubinos: a) lealdade; b) coabitação, *ainda que com residências diferentes*; (...)." (g. n.)

Desses dispositivos acima mencionados, verificamos que o professor Villaça pensava que a convivência *more uxorio* dos companheiros não deveria ser, obrigatoriamente, sob o mesmo teto. Todos esses artigos de seu esboço são claros em estabelecer que a residência comum dos coniventes pode acontecer (sendo matéria de prova do relacionamento estável), mas não deveria ser elemento essencial para a constituição da união duradoura e permanente dos companheiros, visando a proteção legislativa, por ele tanto defendida.

56. *Op. cit.*, p. 280.

Aliás, o entendimento jurisprudencial acerca da matéria já se firmou há bastante tempo, pois, como mencionamos primeiramente, o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula n. 382, já determinou que "*a vida em comum sob o mesmo teto more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato.*"

Comentando tal exigência da convivência sob o mesmo teto, prevista no Projeto de Lei n. 2.686/96, o juiz Euclides de Oliveira, do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, asseverou que "*o requisito de um mesmo domicílio não consta dessa enumeração por já se achar incluído dentro da definição sugerida para a união estável ('sob o mesmo teto'). É, no entanto, assunto controverso, por afastar determinadas situações de união estável ainda que sem vivência na mesma casa (por exigência de trabalho, ou mera conveniência das partes). A jurisprudência de há muito se consolidou em aceitar concubinato de pessoas residindo em diversos lares, desde que não se confunda, é claro, com simples namoro, noivado ou amasiamento, porque necessários outros requisitos como a aparência pública de união e o propósito de constituição de família.*"⁵⁷

Portanto, em nosso entendimento, o presente projeto de lei modifica o entendimento já sedimentado da maioria de nossa doutrina bem como da própria Corte Suprema, conforme mostramos através da Súmula n. 382.

O projeto de lei, no seu art. 6º, estatui mais que:

"art. 6º Dissolvida a união estável, o juiz poderá, considerando o disposto no art. 2º e demais circunstâncias, determinar que sejam prestados alimentos por um dos companheiros ao outro, que deles necessitar, nos termos da Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto o credor não constituir nova entidade familiar de direito ou de fato."

Desse modo, a prestação alimentar entre os companheiros continua sendo dever dos mesmos, oriundo da assistência material a que se obrigam os conviventes de conformidade com o art. 2º desse projeto.

O art. 6º transcrito acima, apesar de não-mencionar expressamente, nos faz crer que o dever da prestação alimentar segue os mesmos moldes do previsto no art. 400, do Código Civil e no art. 19 da Lei n. 6.515/77, isto é, que ele deva ocorrer, levando-se em conta o binômio necessidade/possibilidade, sempre que houver culpa do companheiro devedor.

57. "Projeto de novo Estatuto da União Estável", in *Tribuna da Magistratura*, jan./fev. de 1997, pp. 23-24.

alimentos por um dos conviventes, o juiz poderá determinar a sua prestação, *considerando o disposto no art. 2º e demais circunstâncias*"

Ao reportar-se aos dispositivos que enumeram os direitos e deveres recíprocos dos companheiros, a nosso ver, o projeto quer assegurar que, ao determinar a prestação de alimentos, deve o magistrado atentar ao detalhe de que o companheiro devedor desta prestação seja obrigatoriamente o culpado da ruptura do elo estável de união, em razão de haver praticado ato ou atos que venham a infringir um dos deveres recíprocos inerentes a essa união, previstos todos no art. 2º do projeto, os quais foram transcritos acima. Mesmo porque, hodiernamente, entendemos não ser possível essa relação, merecer tratamento privilegiado em relação ao do casamento em matéria de prestação alimentar.

IV Doutrina estrangeira

I. França

O Direito francês não tem se preocupado muito com a união concubinária. Segundo a idéia de dois autores franceses Jean Hausser e Danièle Huet-Weiller,⁵⁸ na atualidade, entre os concubinos, não há nem obrigações pessoais, muito menos obrigações pecuniárias. Isto se dá em virtude de não haver para a união concubinária, "um estatuto mínimo" que venha a trazer o sistema jurídico protetor dessa união de "não-casados"

Dizem aqueles autores que não pode haver um tratamento equiparado entre os concubinos e os cônjuges, já que, para estes últimos, há um regime legal que estabelece regras para todas as situações relativas a união matrimonial.

No que tange, especificamente, a direitos e deveres, aqueles doutrinadores são enfáticos em dizer que entre os concubinos franceses não há obrigação de fidelidade ou de coabitação.

No entanto, se pode verificar, pelo que afirmam Hausser e Huet-Weiller, a jurisprudência francesa, tem-se mostrado bastante sensível aos anseios dos companheiros, no que tange a sua proteção jurídica.

58. Hausser, Jean e Huet-Weiller, Danièle. *Traité de Droit Civil. La Famille*. Paris, 1989.

Destacam também os referidos autores, que a união concubinária, quando da sua ruptura, é tratada unicamente sob o ângulo patrimonial, exigindo, por incrível que pareça, uma espécie de lealdade mínima entre o casal.⁵⁹

2. Espanha

O professor Luis Fernando Saura, em sua obra *Uniones Libres y la configuracion del nuevo derecho de familia*,⁶⁰ nos mostra que os autores espanhóis têm-se mostrado bastante interessados com as chamadas *uniones conyugales de echo*.

Nesse seu livro, o professor Fernando Saura é categórico ao afirmar que "*é óbvio que quem não contrai matrimônio é porque não quer (partindo sempre da pessoa que convive maritalmente com outra de distinto sexo), sejam quais forem – e todas devem parecer legítimas 'prima facie' – as íntimas razões que a conservar tal postura os induz. E certo é, assim mesmo, que o matrimônio é vínculo, e vínculo é como laço, união, atadura de uma coisa com outra, – de uma pessoa com outra no nosso caso – que, inexoravelmente, gera faculdades e deveres recíprocos. Porém, se por vínculo seguimos entendendo a união ou ligação de uma pessoa a outra, que diferença pode haver entre o vínculo que origina o matrimônio e aquele outro que nasce da simples e mera conjunção de vontades orientadas ao estabelecimento de uma comunidade de vida? Pois, nada mais nem nada menos que, no primeiro caso, as faculdades e obrigações recíprocas podem ser exigidas legalmente, enquanto não-ocorre o mesmo na segunda hipótese.*"⁶¹

Pelo que se pode concluir desse pensamento retro, no Direito espanhol as uniões estáveis não atingiram o patamar idêntico àquelas existentes no Brasil, ante a ausência de proteção legal a essas uniões, mas os doutrinadores espanhóis contemporâneos têm se mostrado favoráveis a esta proteção.

Gimeno Sendra, em voto do Tribunal Constitucional espanhol (acórdão n. 184/90, retirado da referida obra), comentando e analisando os arts. 32.1 e 39.1 da Constituição espanhola, consigna que: "*certamente, o direito a contrair*

59. *Op. cit.*, p. 754.

60. Saura, Luis Fernando. *Uniones libres y la configuracion del nuevo derecho de familia*, Valência, 1995.

61. *Op. cit.*, p. 72.

matrimônio é um direito expressamente reconhecido pela Constituição (art. 32.1), porém, dessa declaração não se infere ... que a Constituição não-reconheça um 'pretensão direito a formar uma união de fato', nem que a família não-matrimonial permaneça, no nível constitucional, desprotegida" ⁶²

E completa o professor Saura, que "*também nossa Constituição protege, não-só a família como instituição jurídica, como também a família como realidade natural, pelo que, junto à família matrimonial, também hão de merecer proteção constitucional as denominadas 'uniões matrimoniais de fato'.*"⁶³

Este mesmo professor espanhol, complementando seu raciocínio, leciona que o direito daquele país deve conceder aos conviventes alguns direitos que são concedidos aos cônjuges. Um desses direitos é o direito de pensão, quando dela necessitar. Este professor, ainda, no trecho final de sua mencionada obra, ensina que "*o abandono injustificado por um dos conviventes, pode dar lugar a uma indenização de perdas e danos.*"⁶⁴

Notamos, pois, que esses autores espanhóis entendem como sendo essencial que estas ditas "uniões de fato" devam ser protegidas pelo legislador daquele país.

3. Portugal

O grande professor João de Matos Antunes Varela⁶⁵ lembra que nenhum direito era concedido aos concubinos, antes da Revolução de 1974. No máximo, a convivência *more uxorio*, apenas seria importante para determinação da paternidade do infante concebido da união de fato dos pais.

Após a Constituição de 1976, afirma o professor português que foi reconhecido a todo cidadão, o direito de constituir família "*à margem do casamento*" em razão da relação concubinária.

Antunes Varela lembra, ainda, que o Código Civil português prevê dispositivo relativo ao concubinato. O art. 2.020 desse diploma legal, "*concede àquele que, no momento da morte de pessoa não-casada ou separada judicialmente*

62. *Apud* Saura, Luis Fernando, *in op. cit.*, p. 73.

63. *Op. cit.*, pp.74-75.

64. *Op. cit.*, p. 136.

65. Varela, João de Matos Antunes. *Direito de Família*, 1982.

de pessoas e bens, vivesse com ela more uxorio há mais de dois anos, o direito de exigir alimentos da herança do falecido."⁶⁶ Este direito, segundo estabelecido no próprio Código, deverá ser exercido dentro dos dois anos subseqüentes à data da morte do autor da sucessão.

Notamos, pois, que a legislação privada portuguesa, começa a aceitar a possibilidade do concubino ter direitos – aqui no caso, direito a alimentos – em virtude da existência de relação concubinária com o *de cuius*. Pelo que menciona o dispositivo legal, o companheiro não chega a ter direito sucessório, mas lhe é concedida a possibilidade de vir a receber alimentos do espólio. Como lembra ainda o professor Antunes Varela, esta disposição legal mencionada anteriormente, "*constitui uma providência, inteiramente nova, de proteção material ou econômica fundada na relação concubinária.*"⁶⁷

No entanto, o mesmo professor consigna mais adiante, que "*a nova legislação não criou entre as pessoas ligadas pelo concubinato nenhum deveres próprios da relação familiar, em geral, ou da relação conjugal, em especial*" E, indo mais além, leciona que "*como quer que seja, não há em nenhum caso o reconhecimento de qualquer dever de cooperação ou de assistência semelhante aos que vinculam reciprocamente os cônjuges.*"⁶⁸

Apenas para registrar, os Tribunais portugueses têm reconhecido a existência de sociedade de fato entre os conviventes, igualmente como tem feito a jurisprudência brasileira majoritária.

O Direito Civil português, como lembra o professor José Joaquim Almeida Lopes,⁶⁹ além desse direito a alimentos, tem reconhecido ainda algum direito ao "convivente sobrevivente" em permanecer no imóvel locado, quando o principal arrendatário vier a falecer, desde que a convivência *more uxorio*, entre o casal, exista há mais de cinco anos.

Segundo o professor Almeida Lopes, "*em Portugal a união de facto vive um atomismo legislativo e jurisprudencial e não debaixo de uma regulamentação totalizadora, orgânica e típica.*"⁷⁰

66. *Op. cit.*, p. 21.

67. *Op. e p. cit.*

68. *Op. cit.*, p. 22.

69. Lopes, José Joaquim Almeida. A União de facto no Direito português, in *Revista Española de Derecho Canónico*, v. 50, n. 134, 1993.

70. *Op. cit.*, p. 250.

Pela análise acima proferida, podemos inferir que na França, na Espanha e em Portugal, a relação concubinária ainda não mereceu a proteção legislativa que no Brasil verificamos. Entretanto, a doutrina contemporânea desses países, começa a dedicar um espaço considerável ao amparo jurídico da relação entre homem e mulher unidos sem vínculo matrimonial.

Conclusões

1. Em face do disposto no inciso I, do art. 2º, da Lei n. 9.278/96, podemos afirmar que dentro do dever de respeito e consideração mútuo está contido o dever de fidelidade recíproca entre os companheiros.

2. Dentro da união estável (relação entre homem e mulher com vontade de constituir família), há a presunção fática do relacionamento sexual entre ambos, e, em consequência, deve haver o chamado dever de coabitação entre os conviventes, que a doutrina mais atual chama de "*débito de conviventes*".

3. Podemos afirmar que, em função da existência da relação sexual entre os conviventes, deve-se consignar que, existindo prole, deverá haver uma presunção fática da paternidade desses filhos, pelo companheiro-varão.

4. Pela regra do art. 2º, da Lei n. 9.278/96, há o dever de assistência recíproca entre os conviventes à semelhança do que ocorre entre os cônjuges.

5. Para que possa haver o pedido de alimentos por um dos companheiros, esse que demandar, deverá trazer prova cabal da existência da união estável, representando requisito essencial para esse pedido.

6. O direito a alimentos de que fala a Lei n. 8.971/94 e a Lei n. 9.278/96, deve ser devido pelo convivente quando este tiver dado causa à ruptura da sociedade concubinária. Devendo a concessão dessa prestação alimentícia estar sempre condicionada ao binômio necessidade/possibilidade de que fala o art. 400, do Código Civil.

7. Ante o avanço dado pela jurisprudência nacional, principalmente após a edição da Súmula n. 382 do STF, o novo Estatuto dos Concubinos não deverá conter a exigência da convivência sob o mesmo teto para configurar a união estável.

8. Países como França, Espanha e Portugal não chegaram ainda a produzir leis que regulem a "*união de fato*" entre homem e mulher, muito embora a jurisprudência daqueles países já ter concedido alguns direitos a esses casais.

9. O Código Civil português já traz, em seu bojo, regra que prevê a concessão ao companheiro sobrevivente, de direito a alimentos a serem pagos pelo espólio do companheiro falecido (art. 2.020).

10. Pela análise dos doutrinadores franceses, espanhóis e portugueses, somos forçados a afirmar que o Direito brasileiro atingiu um patamar mais elevado que aqueles, no que tange à proteção jurídica da união estável.

São Paulo, junho de 1997.

Bibliografia

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Com a promulgação da Lei n. 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o Estatuto dos Concubinos*, in *Revista Literária de Direito*, São Paulo, Editora Literária de Direito, 1996.
- _____. *Dever de Coabitação. Inadimplemento*, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976.
- _____. *Do Concubinato ao Casamento de Fato*, Belém, Cejup, 1987.
- CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*, São Paulo, Saraiva, 1996.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1994.
- CAMPOS, Adelina Bitelli Dias. *Considerações sobre a Lei n. 9.278/96*, in *Jornal do Ministério Público Paulista*, São Paulo, ed. n. 11, 1996.
- CARVALHO FILHO, Paulo Martins de. *Lei 9.278 (de 10 de maio de 1996). A União Estável*. In *Revista dos Tribunais*, v. 734, pp. 13-39, São Paulo, RT, 1996.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Romano*, São Paulo, RT, 1966.
- CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre à luz da Lei n. 8.971/94 e da Lei n. 9.278/96*, Curitiba, Juruá Editora, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 5, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1986.

- HAUSSER, Jean e HUET-WEILLER, Danièle. *Traité de Droit Civil. La Famille*, Paris, Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1989.
- JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA Cível e Comércio. v. 166, Curitiba, Editora Juruá, 1992.
-
- _____ . v. 173, Curitiba, Editora Juruá, 1994.
- LEX – JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS. n. 36, São Paulo, Lex ed., 1992.
- LOPES, José Joaquim Almeida. *A união de facto no Direito português*, in *Revista Española de Derecho Canonico*, v. 50, n. 134, Salamanca, Universidade Pont. de Salamanca, 1993.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, 2º v., 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.
- OLIVEIRA, Euclides de. *Projeto de Novo Estatuto da União Estável*, in *Tribuna da Magistratura*, São Paulo, jan./fev., 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. V. Rio de Janeiro, Forense, 1992.
- REPERTÓRIO IOB DE JURISPRUDÊNCIA. Caderno 3, n. 19, São Paulo, IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., 1996.
-
- _____ . Caderno 3, n. 6, São Paulo, IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., 1997.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 675, p. 186, São Paulo, 1992.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, v. 6, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.
- SANTOS, Regina Beatriz T. da Silva Papa dos. *Dever de Assistência Imaterial entre os Cônjuges*, São Paulo, Forense Universitária, 1990.
- SAURA, Luis Fernando. *Uniones libres y la configuración del nuevo derecho de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Direito de Família. Direito Matrimonial*, Lisboa, Livraria Petrony, 1982.
- VELOSO, Zeno. *União Estável*. Belém, Cejup, 1997.
- VIANA, Rui Geraldo Camargo. *Família e Filiação*. São Paulo, 1996.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*, 10ª ed., São Paulo, RT, 1995.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional dos "Conviventes" em Matéria de Alimentos*, in *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família, Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais*, v. 3, São Paulo, RT, 1996.

DIREITO COMPARADO

ESTUDOS DE DIREITO COMPARADO (I) O QUE É A "*COMMON LAW*", EM PARTICULAR, A DOS EUA

Guido Fernando Silva Soares

Professor Titular do Departamento de Direito Internacional da
Faculdade de Direito da Universidade São Paulo
Diplomata do Quadro Especial do Ministério das Relações Exteriores

Resumo:

Na introdução, o autor aborda o fenômeno jurídico como suscetível de ser descrito por princípios científicos (direito-ciência). Portanto, por metodologia científica, é possível realizar-se um estudo complementar dos grandes sistemas jurídicos da atualidade (famílias de direitos). Serão estudados os grandes traços da família romano-germânica dos direitos, em comparação com a família de "*Common Law*". Após, examinem-se os três sentidos da expressão "*Common Law*": como um sistema típico, nascido na Inglaterra e que se espalhou pelo mundo de fala inglesa. Dentro deste sistema, os sentidos próprios de "*Common Law*" como sendo um direito criado pelo juiz (em oposição ao direito escrito) e, historicamente, como o direito criado pelos Tribunais do Rei (em oposição àquele criado pelos Tribunais do Chanceler do Rei).

Especial ênfase é dada ao direito dos EUA, considerado como um sistema misto, entre a família dos direitos romano-germânicos e a "*Common Law*".

Abstract:

In the introduction, the author treats the juridical phenomenon as susceptible of being described by scientific principles (law-science). Therefore, for scientific methodology, it is possible to take a complementary study of the great juridical systems of the present time (families of rights). The great lines of the Roman-Germanic family of the rights will be studied, in comparison to "*Common Law*" family. After, the three senses of the expression "*Common Law*" are examined: as a typical system, born in England and that was extended by the world of English speech. Inside of this system, the appropriate "*Common Law*" senses, as being a right created by the judge (in opposition to the written right) and, historically, as the right created by the King's Tribunals (in opposition to that one created by the Tribunals of the King's Chancellor).

Special emphasis is given to the right of the USA, considered as a mixed system, between the family of the Roman-Germanic rights and "*Common Law*".

Unitermos: sistemas de direito; *common law*.

Sumário:

1. Introdução.
2. Os Percalços do Comparativismo Jurídico.
3. Os Grandes Sistemas de Direito.
4. O Sistema Romano-Germânico.
5. Os Sentidos da Expressão "*Common Law*":
 - 5.1. "*Common Law*" e "*Equity Law*";
 - 5.2. "*Common Law*" e "*Statute Law*";
 - 5.3. "*Common Law*" e "*Civil Law*".
6. Conclusões.

1. Introdução.

Atividade instigante e extremamente enriquecedora no universo do Direito, entendido como Ciência Jurídica, é a comparação entre sistemas jurídicos. Os termos de comparação, tomando-se por base um determinado sistema jurídico nacional, vigente no momento da análise, podem ser considerados em duas grandes perspectivas: a. da sucessividade, no tempo, de dois sistemas, partindo-se do pressuposto de que o direito anterior teria ficado cristalizado, e que o direito tomado por referência, se originou daquele (assim, os estudos de Direito Romano, ou do sistema português, das Ordenações régias portuguesas e demais normas, antes do Brasil independente, de um lado, e o atual Direito pátrio) e b. da concomitância de dois sistemas, ambos vigentes no momento da análise: de um lado, o sistema de um país estrangeiro, e de outro, o sistema tomado por referência. No primeiro caso, que melhor seria descrito como um fenômeno de História do Direito, toma-se um sistema vigente em épocas anteriores, e a comparação se faz com a época atual, onde o interesse residiria na evolução histórica de um mesmo organismo normativo, nas suas etapas estanques no tempo; no segundo caso, tomam-se dois sistemas distintos, vigentes em países distintos, num mesmo momento histórico, e as comparações se efetuam a partir de uma metodologia científica rigorosa, onde apareceriam elementos comuns e os diferenciados.

Contudo, o comparativismo jurídico tem outra finalidade, além do simples conhecimento científico de outros sistemas, de outras "famílias" de Direito:

a importante tarefa de auxiliar o aplicador do direito, a fazer valer, num sistema jurídico determinado, os efeitos de um instituto jurídico desconhecido neste, e que necessitam ser reconhecidos, sob pena da denegação de justiça (verdadeira aberração, em qualquer situação factual apresentada a autoridades legítimas e constituídas num regime democrático, que tenham por incumbência a aplicação do Direito). Um exemplo poderia ser ilustrativo: jamais poderia um juiz brasileiro deixar de dar efeito a um contrato particular de *trust*, constituído segundo o Direito inglês, pelo simples fato de o Direito brasileiro não contemplar restrições à propriedade real, além daquelas fixadas rigidamente na lei, como o usufruto, as servidões, e portanto, aparentemente não-autorizadas por disposições contratuais, tal o *trust*. Ora, a análise comparativa do *trust* mostra tratar-se de disposições legais ou contratuais, segundo as quais, uma pessoa, (settlor) nu-proprietário, institui outra (o trustee) como proprietário, para que administre os bens, em benefício de um terceiro (o "*cestui que trust*", também denominado "*beneficiary*"), operação essa que se agrega de tal forma à propriedade em questão, que não-confere qualquer direito ao "*trustee*" de dispor da mesma. O que mostra o Direito Comparado é que o "*trust*"¹ é um instituto nascido da "*Equity*" (veja-se além, sobre tal conceito), com a finalidade de proteger os relativamente incapazes ou desvalidos, como menores ou eventuais viúvas, pelo fato de pessoas partirem para guerras ou longas viagens e deixarem seus bens, sob a administração de terceiros, através de contratos fiduciários, que criavam ônus, ou seja obrigações de natureza real, de estes administrarem tais bens, móveis ou imóveis, em benefício de outrem, conquanto a propriedade tenha sido passado àqueles terceiros. Em que pese a dificuldade de se considerarem fissuras no conceito

1. O "*trustee*", inicialmente centrado em pessoas físicas, passou a ser constituído em nome e sob responsabilidade de empresas, que já tinham especialização em lidar com valores de outrem, os bancos comerciais; muitos bancos ingleses e norte-americanos indicam tais funções na sua própria denominação comercial. A acumulação de riqueza sob sua guarda e o grande poder que acabou por concentrar em suas atividades, determinou que se formassem verdadeiras entidades com enorme poder econômico, o que engendraria a que se passasse a denominar de "*trust*", os imponentes conglomerados financeiros e comerciais que dominam determinado setor da economia e, por antonomásia, a própria atividade de controle de setores do mercado. Assim, quando proibidas tais atividades, sua tipologia se verifica com as denominadas "leis antitrust" (Shermann-Clayton Acts dos EUA), ou seja, proibições de atividades monopolizantes ou dominadoras, numa economia capitalista e, quando incentivadas, como numa economia centralmente planificada, como a da antiga URSS, passavam a tipificar uma reunião de empresas diretamente controladas, destinadas à gerência e exploração de determinada atividade (a ex.: um *truste* que administraria a atividade das aciarias dos Urais, composto de empresas estatais dedicadas, cada qual, a carvão, ferro, transporte, transformação industrial e comercialização de produtos semi-finais), constituindo-se, assim, numa pessoa de direito interno, para fins de relações com terceiros e com o Estado. Relembre-se que o "*trust*", juntamente com a "*firm*" e o "*kombinat*", eram as pessoas jurídicas que realizavam contratos econômicos na antiga URSS.

de propriedade pela via de contratos, a jurisprudência comparada, em particular nas ocasiões em que no Direito francês houve necessidade de darem-se efeitos a "*trusts*" mostra a possibilidade de, através de uma comparação de institutos, que se encontre um "*trust*" que cumpra as funções do desconhecido, seja, inclusive para combinar vários, de maneira que as finalidades daquele se cumpram.

2. Os Percalços do Comparativismo Jurídico.

Como nota preliminar, importa observar que "Direito Comparado" é, assim, uma expressão enganadora, no universo do direito-norma. Relembre-se que os únicos fenômenos normativos que existem entre sistemas jurídicos são aqueles oriundos do Direito Internacional Público (com todas as contaminações de "Internacional" que sofram os ramos dos direitos internos dos Estados, como Direito Penal Internacional, Direito Tributário Internacional, etc.), do Direito do Comércio Internacional ou do Direito Internacional Privado, este último, quando tem suas fontes internacionais.

Contudo, o Direito Comparado tem uma realidade como direito-ciência, uma vez que é possível realizar-se uma comparação de sistemas jurídicos de países diferentes, com metodologia científica, estabelecer princípios comuns e diferenciados, inclusive até mesmo uma teoria geral do comparativismo jurídico (à maneira de uma gramática universal de todas as línguas existentes). Isto posto, deve ficar esclarecido que, no Direito Comparado, o que se tem em mira é conhecer termos em comparação, na dupla tarefa de: 1º conhecer cada termo, isoladamente, na sua individualidade e especificidade; 2º neles distinguir elementos de presença comum e, a partir do descobrimento de valores comuns, realizar a comparação.

Na verdade, o direito, concebido como um sistema originário da cultura e da civilização de um povo, reflete seus valores, e sendo uma cultura de um povo ou da civilização de uma época, vale enquanto valem os valores inconfundíveis e irreduzíveis daquela cultura e civilização. Um paralelismo com as línguas vivas, que igualmente são fruto da cultura e da civilização de um povo, mostra que é totalmente improcedente dizer-se que a língua inglesa é melhor ou pior que a portuguesa, que esta é mais clara do que aquela ou que aquela é mais concisa do que

esta: o que importa é que, tanto numa quanto noutra, as idéias são expressas com igual clareza e os valores são transmitidos de pessoa a pessoa.²

Se considerarmos o direito-norma como uma linguagem que se auto-explica e o direito-ciência como uma metalinguagem, isto é, uma linguagem que "fala" do direito-norma, poderemos melhor compreender os problemas da passagem de um sistema jurídico nacional para outro. O direito-norma tem, nos tempos atuais, necessariamente de ser expresso na língua do povo que o criou (e que o criou, ao usar a única língua que dela se utiliza no seu dia a dia, mas que, no entanto, na maioria das vezes, poderá ser igualmente uma língua de outros povos, como o português, o espanhol, o inglês, ou o francês, caso em que poderá haver significativas variações dentro do mesmo universo lingüístico).³ Contudo, o direito-ciência pode ser expresso em qualquer língua, inclusive naquela do povo que criou o objeto da análise, e, no caso de ser esta uma língua comum a outros povos, haverá necessidades de explicações das citadas variações lingüísticas, caso se explique, com a mesma língua, sistemas jurídicos nacionais de povos distintos, que falam o mesmo idioma!⁴ Na verdade, o Direito Comparado vai além do campo da Lingüística; além de buscarem-se sinonímias ou traduções, buscam-se equivalências de significados, tanto numa tradução linear, quanto nos resultados de atribuição de sentido a palavras e criação de institutos complexos.⁵

Para uma leitura, em inglês, do direito norte-americano, conforme escrito por autores provenientes do sistema da *Common Law* daquele país,⁶ recomenda-se do prof. E. Allan Farnsworth *An Introduction to the Legal System of*

2. Tanto é concisa a língua portuguesa ao dizer: "plantando, dá" ("*If one plants, one can get good crops!*") quanto o inglês que inventou a palavra "*toris*" (responsabilidade civil por danos extracontratuais!). Igualmente impróprio seria afirmar que o italiano é uma língua que se presta ao canto (pois, como então ficaríamos os "*leader*" de Schumann ou de Schubert, ou as serestas brasileiras!), ou que o alemão é uma língua clara (pois então não haveria como justificar a incrível expansão do inglês no comércio internacional, onde a clareza é a qualidade primordial das relações negociais, entre pessoas que não falam a mesma língua!).

3. Tal fato revela, portanto, que uma mesma língua pode ser o veículo de expressão de distintos sistemas jurídicos nacionais, os quais, por utilizarem o mesmo meio de expressão, em absoluto podem autorizar a afirmação de similitudes de institutos jurídicos.

4. É por tais motivos que, no estudo do Direito Comparado, são imprescindíveis as distinções entre português de Portugal e português do Brasil, ou entre inglês da Inglaterra e inglês dos EUA, do Canadá, da Austrália, da Índia, de Trinidad-Tobago ou da Jamaica!

5. Um exemplo que nos ocorre: empregador, em Portugal, é "patrão" e nos EUA é "*employer*". Seriam as mesmas realidades, do ponto de vista normativo, de cada sistema jurídico nacional?

the United States,⁶ bem como a erudita obra do prof. Peter Hay, *An Introduction to the United States Law*.⁷ Para uma leitura do Direito norte-americano, utilizando-se como metalinguagem o francês, existem várias obras relevantes, das quais se destaca do prof. René David, a genial obra, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporain (Droit Comparé)*. O português é utilizado como metalinguagem na apresentação de outros sistemas (conquanto em segunda geração, porque tradução de outra língua) na primorosa tradução da referida obra do prof. René David, conforme empreendida pelo dr. Hermínio A. de Carvalho.⁸

Quando linguagem e metalinguagem se confundem na mesma exposição de idéias (os professores norte-americanos que explicam o direito norte-americano, em inglês), o empreendimento resulta em obra de grande precisão e desnecessidade de explicação de termos (pois prescinde-se das questões de tradução de uma língua para outra, uma vez que se trata de transformar uma linguagem técnica numa linguagem corrente, mais acessível, ou seja, tradução no sentido de explicitação). Neste particular, o comparativismo perde em muito, pois, se trata de continuar-se num mesmo sistema, tautologicamente descrevendo o mesmo fenômeno. Contudo, quando se tem de utilizar uma metalinguagem distinta daquela da língua explicada (leia-se: uma compreensão do mundo jurídico estrangeiro, a partir de uma visão de outro sistema distinto do analisado), há duas operações envolvidas, como no caso do presente trabalho: 1º a explicitação na metalinguagem, o português do Brasil (e não de Portugal, porque se trata de linguagem técnica), dos institutos jurídicos norte-americanos e 2º a explicitação em português (igualmente do Brasil) da exata ou aproximada correspondência dos institutos norte-americanos com os existentes no Direito brasileiro. Trata-se, assim, de duas traduções: a tradução-explicação e a tradução-equivalência!

Para evitar que o presente estudo se torne uma enciclopédia repleta de rodapés explicativos das nuances dos termos, iremos usar e abusar de aspas e parênteses e dos itálicos. Inexiste, de nosso conhecimento, um dicionário confiável inglês-português de termos jurídicos. De nossa parte, utilizaremos o *Black's Law*

6. E. Allan Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of the United States*, Parker School of Foreign and Comparative Law, Oceana Pub. Inc. Nova York, 1963.

7. Peter Hay, *An Introduction to the United States Law*, Amsterdam, Nova York, Oxford, North Holland Pub. Co., 1976.

8. René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado*, Lisboa, Editora Meridiano, Limitada, 2ª edição, 1978, tradução do dr. Hermínio A. de Carvalho.

*Dictionary*⁹ e o *Jowitt's Dictionary of English Law*,¹⁰ recomendados, respectivamente para o Direito norte-americano e para a "*Common Law*" da Inglaterra, ambos inglês-inglês (portanto de tradução-explicitação).

3. Os Grandes Sistemas de Direito.

O Direito Comparado, como ciência de comparação dos sistemas jurídicos, agrupou os mesmos em grandes famílias, que têm variado segundo os autores, em função dos critérios adotados pela divisão dos mesmos.

Uma classificação bastante útil é a do professor René David, *op. cit.*, que reuniu os subsistemas de direitos nacionais, nos seguintes sistemas ou famílias:

1º o sistema romano-germânico, que os autores do sistema da "*Common Law*" denominam "*Civil Law*" no qual se encontra o Direito brasileiro;

2º o sistema da "*Common Law*" que, conforme será esclarecido mais além, não deve ser confundido com "sistema inglês" (porque se aplica a vários países, embora nascido na Inglaterra), nem com "britânico" (adjetivo relativo a Grã-Bretanha, entidade política que inclui a Escócia, que pertence ao sistema da família romano-germânica), nem com anglo-saxão (porque este adjetivo designa o sistema dos direitos que regiam as tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra, portanto, anterior à criação da "*Common Law*" naquele país);

3º o sistema dos direitos socialistas, na atualidade, que compunham a denominada Europa do Leste, capitaneados pela URSS, até a queda do Muro de Berlim e o esfacelamento daquela;

4º outras concepções da ordem social e do direito, tais como o direito muçulmano, indiano, direitos do Extremo Oriente, direito judaico, direitos da África e de Madagascar, que em determinados países é a principal fonte das normas jurídicas nacionais (Irã, Iraque) e em outros, relevantes para determinados ramos do direito privado, em particular, em matéria de família, sendo os demais campos, ora da família romano-germânica (Israel e Líbano) ora da "*Common Law*" (Índia, Paquistão).

9. *Black's Law Dictionary*, 4ª edição, revista, Henry Campbell Black, St. Paul, Minn., West Pub. Co., 1968.

10. *Jowitt's Dictionary of English Law*, The Late The Right Honourable The Earl Jowitt e Cifford Walsh, LL.M., 2ª edição por John Burke, Barrister Sometime Editor of *Current Law*, Londres, Sweet & Maxwell Limited, 1977.

De tal classificação, no presente estudo, interessa o contraste entre o sistema romano-germânico e a "*Common Law*" dadas as peculiaridades de cada família de direitos (que permite uma certa sistematização no Direito Comparado) e por serem as famílias mais relevantes da maioria dos sistemas jurídicos nacionais da atualidade. Relembre-se que o Direito norte-americano, com exceção do Estado da Luisiana, é considerado como um direito da família da "*Common Law*" misto, ou seja, pertence àquela família, mas sintonizado muito perto da "*Civil Law*" (compare-se com o direito da Escócia, considerado da "*Civil Law*" misto, ou seja parente do Direito brasileiro, mas muito perto da "*Common Law*").

4. O Sistema Romano-Germânico.

O lema de toda filosofia socrática, que constitui a base histórica da filosofia ocidental, era fundamentado em outro, que se inscrevia no frontispício dos principais templos gregos: *gnōti sautón* (conhece-te a ti mesmo). Na verdade, tal atitude é conducente a descobrir e questionar os próprios valores e realidades, antes que se pretenda iniciar uma indagação filosófica de quem ou do que está fora do sujeito cognoscente. Além de tal postura filosófica, o conhecimento da família dos direitos romano-germânica se faz imprescindível, igualmente, no presente estudo, sendo dado que o sistema jurídico norte-americano é considerado como um sistema misto entre esta e a "*Common Law*".

Tarefa desproporcional às finalidades do presente trabalho, pela sua complexidade e extensão, a descrição da família romano-germânica, que "*brevitatis causa*" denominaremos "*Civil Law*" (da mesma forma como fazem os autores ingleses e norte-americanos), será feita com um propósito deliberado: apontar os elementos que permitam comparação com a "*Common Law*". Na verdade, comparar, em Direito Comparado, deve ser uma atitude racional, determinada por critérios metodológicos (que, infelizmente, não teremos a oportunidade de desenvolver no presente estudo) de tal maneira que não se tenham dois quadros estanques, pintados por pintores diversos, mas se possa ver, nos dois quadros, a mesma mão do pintor, que é o homem em sociedade, que ao pintá-los deixou sua marca personalíssima em ambos, conquanto tenha feito obra totalmente distinta uma da outra.

Fato marcante na infância da família romano-germânica foi a compilação e codificação do Direito Romano, que cristalizou, em textos harmônicos,

normas costumeiras, normas escritas esparsas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias, juntamente com a obra dos glosadores que, aos poucos, foram em particular nas universidades medievais (que vicejavam à sombra dos mosteiros e conventos, portanto bem próximas dos cultores do Direito Canônico, na época, escrito e extremamente bem elaborado), dando uma feição racional às soluções casuísticas e assistemáticas dos juriconsultos romanos. Na sua gênese, portanto, nota-se a preocupação com uma ordem racional de conceitos, aparecendo o direito como um *sistema*: um conjunto de preceitos que deveriam estar agrupados, tal qual um organismo vivo. Mesmo que se reconhecesse a máxima do Direito Romano de que "*ex facto oritur jus*", o direito foi concebido como uma criatura conceitual perfeita, um modelo de justiça racional a ser atingido, a estrutura basilar de uma sociedade ideal, à qual a sociedade real e existente deveria ser conduzida. Note-se que, mesmo que os fatos não correspondessem ao ideal do direito, este teria sua precedência sobre os fatos (e evidentemente que estamos descrevendo tendências, pois o sistema possuía instrumentos de moldar-se à realidade).

De tal postura, nascida do exame erudito dos autores considerados aceitos (vide a *Lei das Citações* do imperador Valentiniano, 426 d.C., que mandava aos juízes só considerarem como fonte de direito, as citações dos cinco juriconsultos: Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino), com a conseqüente fixação na forma de preceitos escritos, os brocados, até a reunião, por eruditos, de normas esparsas, em códigos, ordenados pelos governantes (e são vários, ao lado da codificação do imperador Justiniano, os Rôles d'Oléron, as Siete Partidas...); perpassando pela autoridade dos reis ou outros poderes legiferantes, o sistema já marcava sua presença na história das civilizações: a preocupação com a lei escrita, onde deveria haver uma sistematização de princípios gerais, em detrimento de particularismos. Em tal universo geométrico, a dedução, também denominada "silogismo" foi o método exegético empregado, copiando dos estudos universitários medievais o rigor lógico de sua apresentação formal, até mesmo com o exagero de se dizer que a verdade é aquela que formalmente se conclui ou se infere por um raciocínio bem construído, de acordo com a *Lógica Menor*!

Nas universidades medievais, estudantes (futuros juízes, advogados e legisladores) e professores, antes estavam preocupados com a racionalidade e logicidade do sistema, do que com os reais efeitos da aplicação da norma jurídica (que era sempre uma proposição abstrata e geral) na vida corrente da sociedade. As construções silogísticas foram apuradas, e seus edifícios lógicos se tornaram de tal

sofisticação¹¹ que seus processos mnemônicos fariam as atuais linguagens dos "softwares" hoje disponíveis, parecerem jogos infantis.

O verdadeiro fantasma a ser evitado era e, de certa forma, continua sendo o casuísmo na lei. A certeza da existência e do conteúdo da norma que o direito escrito apresentava, bem como a busca das generalidades racionais que o conjunto normativo (códigos) representava, fizeram com que a "glosa judiciária" (jurisprudência casuística) fosse afastada, em favor da "glosa erudita" (a doutrina) e que tanto o costume geral, como o assim dito "costume judiciário" (a jurisprudência) fossem desprezados, em benefício da lei escrita (e sempre que possível, reunida em conjuntos harmônicos e racionais, os códigos).

Por mais que se queira atribuir um papel importante de fonte formal do direito à jurisprudência, o conceito corrente na "*Common Law*" de uma regra tipo "*judge-made law*" vai ter uma aceitação sujeita a críticas das mais ferozes por parte dos doutrinadores, na "*Civil Law*" sobretudo após a doutrina da separação dos poderes à *la Montesquieu*. Na verdade, Montesquieu adaptaria a teoria do inglês John Locke da separação dos poderes; para este, Executivo, Legislativo e Federativo (ou seja, muito mais preocupado com as relações de equilíbrio entre o Executivo e Legislativo, sendo o Poder Federativo aquele referente ao direito da representação exterior do Estado, de fazer a guerra, que deveria estar controlado pelo Legislativo) deveriam estar separados (o que já se verificava na Inglaterra do tempo, em certa medida e o que Locke preconizava, era uma separação declarada e fixada por princípios imutáveis); o importante era controlar o rei (e menos os juízes, que faziam a lei). Na teoria de Montesquieu, qualquer veleidade de dar-se aos juízes o poder de fazer a lei, seria ir contra o postulado da separação dos poderes. Reforça-se, assim, a concepção piramidal do direito no sistema romano-germânico: o Judiciário é um poder que tem atributos dos mais amplos, não sendo controlado por nenhum dos outros dois, mas não tem iniciativa e seu poder é limitado pela "*res judicata*"; generalizações a partir de casos julgados, só na matéria "*sub judice*" e sem qualquer possibilidade de criar precedentes, ou seja, de se imporem a casos semelhantes no futuro, pela sua própria efetividade.

11. Na aplicação da norma jurídica, havia a principal preocupação de armarem-se silogismos, com suas duas premissas, sendo uma universal (a lei) e outra particular (o fato), seguindo-se, automaticamente, a conclusão. O grande exercício nas Universidades do início do século XIII, era a construção dos caminhos lógicos (a denominada Lógica Menor), que consistiram em desenvolver as teorias aristotélicas sobre o conhecimento científico, até os limites lógicos possíveis!

Com a formação dos Estados modernos, onde a figura do legislador leigo e centralizador da função de elaborar o direito, o sistema dos direitos romano-germânicos ganha sua feição atual, com temperamentos de considerar-se como legislador, não mais o rei, mas o povo. De qualquer forma, o Judiciário é unificado, seja no Estado absolutista, seja no Estado democrático, nas funções personalizadas em figuras leigas, funcionários do Estado; não se admitem jurisdições eclesiásticas (que se recolhem a assuntos de direito canônico, restritos "*ratione personae*" e "*ratione materiae*" cada vez mais circunscritas ao pessoal eclesiástico, em matéria de consciência moral e religiosa), uma vez que a jurisdição é civil, e as jurisdições estamentais passam a se configurar como jurisdições permitidas, da mesma maneira que se permite a liberdade contratual (a arbitragem comercial se transforma em soluções negociais entre as partes e perde seu caráter de obrigatoriedade e de força coativa, ao lado das soluções judiciais típicas).

O pensador que melhor caracteriza o sistema romano-germânico é Hans Kelsen: *o direito é uma construção escalonada (Stufenbau), tão-racional e geométrica, que por isso mesmo, tem a forma de uma pirâmide, no ápice da qual se encontra uma norma fundamental (Grundnorm), a partir da qual, as normas menos gerais, retiram sua eficácia, e vão perdendo sua generalidade, até aquelas normas colocadas na base, (os contratos e as sentenças) onde o princípio geral tem sua eficácia, após percorrer outros campos de particularismos crescentes (a constituição, a lei ordinária, o artigo...).*

Os perigos em tal tipo de sistema se referem ao culto desmesurado à lógica formal e à racionalidade da construção dedutiva, tida como válida por seu próprio rigor arquitetural, por ela mesma válida, porque racional e coerente dentro do raciocínio abstrato, mas com um acentuado desprezo pelos resultados, na vida corrente. Efetividade no sentido da atuação da norma na realidade do dia-a-dia é preocupação de certa maneira secundária. Exemplo típico é a própria filosofia que preside certas posturas: a preocupação de definir a tipologia dos ilícitos, em função da gravidade abstrata do dano à sociedade (e menos, em definir os tipos, a partir dos remédios; compare-se o Direito Criminal da "*Common Law*" ou mesmo os tipos da responsabilidade civil por danos criminais ou não-criminais, os *torts*, que são definidos a partir dos resultados que se pretende, ou seja, dos remédios buscados).

Contudo, se há tais perigos, há suas soluções. A equidade, aquela virtude de temperar o rigor da lei, que força tanto o legislador quanto o juiz a lembrar-se que o direito é uma construção que tem sua validade, na medida em que

realiza os valores transcendentais da justiça (o "*suum cuique tribuere*"), frontalmente proíbe que se satisfaça o disposto na lei, se houver ofensa à idéia magna da realização da justiça. Por outro lado, conforme se caminha nas complexidades do direito moderno, há outras maneiras de temperar o distanciamento do sistema da realidade dos fatos, como provam, no Brasil, a exemplo, a emergência das súmulas e da possibilidade de recursos para harmonizar a jurisprudência do mesmo tribunal ou de tribunais inferiores. Nenhum advogado praticante irá negar a importância de um arquivo de jurisprudência dominante nos vários assuntos de seu interesse e qualquer estudante sabe da importância do conhecimento da jurisprudência como um dos mais poderosos instrumentos na aplicação do Direito. Outra prova é a aceitação generalizada de compilações de jurisprudência uniforme em certas matérias tópicas, conforme as publicações que se tornam cada vez mais freqüentes entre nós; e quando se fala em Informática no Direito ou em Informática Jurídica, a primeira indagação é de saber quando serão aquelas engenhocas inteligentes aplicáveis para melhor conhecer-se a jurisprudência e dela extrair maior aproximação com a realidade dos fatos correntes!

De qualquer forma, o casuísmo (doença da casuística) é o grande mal que o sistema romano-germânico teme, de tal forma, que mesmo a higidez do estudo de casos é, de certa forma, evitado, ou pelo menos, olhado com suspeição de vir a causar caos no edifício geométrico e piramidal.

5. Os sentidos da expressão "*Common Law*"

É interessante observar como, por vezes, o objeto analisado influi na escolha da metodologia da análise. Esta, que pretendemos fazer, deveria, após os esclarecimentos iniciais, começar por definir "família de direitos" ou "família de sistemas jurídicos" numa das quais, se situa a "*Common Law*" em comparação com o sistema brasileiro. Assim deveria proceder um analista formado na tradição romanística, de conceber o Direito como um sistema racionalmente coerente e bem ordenado, a partir de conceitos gerais, ideais e típicos (muitas vezes tão-abstratos que refogem à sua praticidade), em direção a particularidades. Antecipando conceitos que serão avançados mais além, diremos que a "*Common Law*" constitui uma "família de direitos" à qual pertence a maioria dos direitos dos Estados da Federação norte-americana, em contraste com a "família dos direitos romano-

germânicos" à qual se filia o Direito brasileiro. Contudo, daremos preferência a um enfoque na formação histórica da "*Common Law*" de raízes profundamente pragmáticas e despregadas de qualquer compromisso com modelos abstratos (comparativamente à tendência da família dos direitos romano-germânicos) e influenciados pelo método indutivo, começaremos pelo particular. Em tal tarefa, para melhor estudar os sentidos da expressão "*Common Law*", faremos referência a conceitos em relação aos quais existe um outro, cujo contraste permite uma explicitação dos significados daquele.

5.1. "*Common Law*" e "*Equity Law*"

A primeira acepção de "*Common Law*" é de "direito comum" ou seja, aquele nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, cortes essas constituídas pelo Rei e a ela subordinadas diretamente, e que acabaria por suplantar os direitos costumeiros e particulares de cada tribo dos primitivos povos da Inglaterra (este, portanto, antes da conquista normanda em 1066, denominado direito anglo-saxônico),¹² enquanto oposta a *Equity*, direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei, originado de uma necessidade de temperar o rigor daquele sistema e de atender a questões de equidade.

Após a conquista normanda da Inglaterra, o direito que os Tribunais de Westminster criavam, era denominado "*Common Law*" (corruptela da expressão dita na língua do Rei: "*commune ley*") em oposição aos direitos costumeiros e locais dos primitivos habitantes, aplicados pelas "*County Courts*", e que logo seriam suplantados. A distribuição da justiça era considerada como uma prerrogativa real, que os reis outorgavam a funcionários, os "*judges*" que perambulavam pelo reino (a idéia de "*circuit*" que permanece na denominação de alguns tribunais nos EUA e da Inglaterra, como circunscrição delimitativa de jurisdição de um tribunal), na sua tarefa de representar o Rei. À semelhança dos "*praetores*" do Direito Romano da época formular, ouviam as queixas e davam (ou antes, "*vendiam*" no sentido de pagamento por um serviço público, de custas processuais) um *writ*, que era uma ação

12. Portanto, haveria, na História da "*Common Law*", uma primeira oposição de conceitos: "*Common Law*" versus direito anglo-saxônico, este, constituído de direitos locais, tribais e costumeiros, e que somente deixaram alguns traços para direitos locais ingleses, mas que pouco influenciaria a "*Common Law*", que se formou a partir do "*jus scriptum*" e jurisprudencial posterior a conquista normanda.

nominada e com fórmulas fixadas pelos costumes, que correspondia à obtenção de um remédio adequado à situação. A idéia do *writ* era de que se constituía numa ordem dada pelo Rei às autoridades, a fim de respeitarem, em relação ao beneficiado que obtinha o remédio, sua situação jurídica, definida pelo julgamento a seu favor. Se não houvesse um *writ* determinado para a situação, não haveria possibilidade de dizer-se o direito (e, sendo assim, criava-se uma intolerável denegação da justiça e a impossibilidade de saber-se qual o direito aplicável). Concedido o *writ*, posteriormente, um "*jury*" composto de leigos, em certos casos, julgaria as pretensões da pessoa beneficiada pelo *writ* (à semelhança do "*judex*" no processo formular romano), em razão de determinar os fatos, em função da norma predeterminada; a decisão dos "*jurors*" era denominada "*finding*"¹³

René David acentua que, enquanto os juristas da Europa continental da época, esforçavam-se por determinar as regras do direito material (as regras de fundo), na Inglaterra, a evolução era no sentido de elaborar as regras quanto às possibilidades de obterem-se as ações processuais; obtidas essas, quanto ao julgamento sobre o direito contestado, não havia a menor previsão ou a menor preocupação. Na expressão da época: "*remedies precede rights*" (os remédios têm precedência aos direitos subjetivos). O sistema era sem dúvida pesado, a ver-se pelo fato de que dos 56 *writs* existentes em 1227, seu número somente em 1832, será elevado para 72, data em que o sistema seria profundamente reformado (*op. cit.* pp. 333 e 336, nota de rodapé n. 9); contudo, por analogia, para determinadas circunstâncias, concediam-se *writs* para situações novas. A exemplo: inexistia um *writ* determinado para os contratos; contudo, através de um *writ of detinue* originariamente destinado a beneficiar um possuidor de boa-fé, seria possível proteger quem detivesse sem justo título uma propriedade, portanto, quem detivesse a coisa sem ter um contrato que legitimasse a posse; ou ainda o *writ of trespass*, que originalmente servia para proteger um dano causado por um ato ilícito, seria aplicado, analogicamente, para proteger um contratante que tivesse sido prejudicado pela inadimplência. Note-se, sobremaneira, que não havia maneira de fazer cumprir-se compulsoriamente o contrato: inadimplido, partia-se para perdas e danos. Assim

13 "*Finding*", substantivo derivado do verbo "*to find*" (descobrir, achar) significa, na atualidade, em particular no plural, "*what has been learnt as the result of inquiry*", portanto, "resultados de uma investigação" "*The findings of the Commission*": "*What is determined by a jury*" (A.S. Hornby *Oxford Advanced Dictionary of Current English*, 1974, *verbete*: *find* (2). Nos EUA, é sinônimo de *verdict*, o resultado da deliberação do *Petty Jury*, em casos criminais.

sendo, numa locação predial, na inadimplência dos alugueres, a possibilidade de cobrança de alugueres vencidos, ou a manutenção do contrato (observe-se a *vis attractiva* dos direitos reais imobiliários, que chegavam a ofuscar as relações baseadas em contratos sobre imóveis, fazendo-os regulados pelos princípios dos direitos reais, em particular pela regra do "*locus rei sitae*", inclusive para ações de família que sobre eles versassem; vide, igualmente, a moderna qualificação do Direito norte-americano de considerar o estado civil das pessoas sendo "*res*" em parte pelas implicações patrimoniais do casamento).

É bem evidente que tal sistema, formalístico e rígido, logo deveria sofrer radicais modificações, premido pelos fatos das patentes injustiças; os recursos ao Rei, fora das regras processuais da "*Common Law*", aos poucos, se tornam possíveis, sendo que o Rei os decidia, em matéria de consciência e não mais por motivos estritamente jurídicos. Um eclesiástico (ao tempo em que ainda não existia a Reforma Anglicana, portanto católico e altamente influenciado pelo Direito Canônico da época), o confessor do Rei, o Chanceler, cognominado "*the keeper of the king's conscience*" passaria a conceder certas medidas que, aos poucos, foram-se estendendo, não mais em matéria de recursos de decisões, mas em matéria de conhecimento originário das causas. A frequência de tais procedimentos excepcionais, sempre concedidos quando não houvesse um *writ* da "*Common Law*" fez com que se firmasse a prática de uma verdadeira justiça paralela às Courts of Westminster, com uma linguagem própria, seus precedentes próprios, e que acabariam por ser aplicados pelos tribunais do Chanceler: *Courts of Chancery*, que rivalizavam com as Courts of Westminster, tribunais aqueles que acabaram por formar um corpo de normas, a "*Equity*". Na verdade, as "*Courts of Chancery*" apoiavam-se nas normas do direito canônico, bem mais evoluídas e racionais que o casuismo dos procedimentos da "*Common Law*". Por várias razões históricas, a "*Equity*" teve um desenvolvimento portentoso, em particular, naqueles períodos em que o Rei, por questões de guerras internas (a ex.: a Guerra das Duas Rosas) se encontrava na impossibilidade de reunir seu Conselho e julgar os recursos em matéria de "*Common Law*" ganhando assim relevância a figura do Chanceler e de sua justiça. Com a Reforma Anglicana de Henrique VIII (e lembre-se a aguda oposição entre este e seu Chanceler, Thomas Moore, ou em latim, Morus, posteriormente santificado pela Igreja Católica), o Chanceler passaria a ser um cargo ocupado não mais por um eclesiástico. Conquanto na época a "*Equity*" já se encontrasse afastada do direito canônico e em ritmo de desenvolver suas regras

próprias, já se encontrava contaminada pelo mesmo formalismo da "Common Law" sendo ambos os sistemas dominados pela regra do "stare decisis"¹⁴ (coisa julgada), ou seja, de que o direito é expresso pela atuação do juiz (*judge-made law*), conforme será oportunamente estudado. Finalmente, os "Judicature Acts" de 1873 e 1875 suprimiram as "Courts of Chancery" passando a competência de aplicação, tanto da "Common Law" quanto da "Equity", a tribunais comuns na Inglaterra.

Mesmo unificados os órgãos de aplicação da "Common Law" e da "Equity" conservaram eles suas características originais e suas regras próprias; o princípio, que sempre foi dominante e que, em certa medida continua, tanto na Inglaterra como nos EUA, é de que a utilização da "Equity" só é possível, em quanto inexistir remédio na "Common Law"; na atualidade, tal princípio nem tanto quer significar a aplicação da "Common Law" ou da "Equity" em função do remédio pretendido, mas muito mais pela classificação do instituto jurídico neste ou naquele direito.¹⁵

Assim, hoje, na Inglaterra, pertencem ao domínio da "Common Law" as seguintes matérias: o direito criminal, todo o direito dos contratos (originalmente originário na "Equity") e o da responsabilidade civil ("*torts*"), nos quais se especializaram os "Common Lawyers" e no qual a atuação do "jury" é de sua essência. Ao domínio da "Equity" pertencem as matérias relacionadas aos direitos da "real property",¹⁶ dos *trusts* (contratos fiduciários, pelos quais o *settlor* transfere uma propriedade móvel ou imóvel, já vimos, a alguém, o *trustee*, para que a administre em favor de um beneficiário, o *cestui que trust*) das sociedades comerciais, das falências ("*bankruptcy*"), das questões de interpretações de testamentos e da liquidação de heranças.¹⁷ Embora na Inglaterra permaneça um

14. "Stare decisis" (pronuncia-se "stare diçáicis") é o que sobrou da expressão latina: "*stare decisis et quieta non movere*", ao pé da letra: "que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão das decisões"

15. A comparação entre a "Common Law" e a "Equity" parece-nos assimilável, com grandes reservas, às peculiaridades da Justiça Comum e da Justiça do Trabalho, no Brasil. Ressalte-se, contudo, que a "Equity" tinha um campo de atuação em todos os ramos do direito, e que as *Courts of Chancery* tinham uma jurisdição aberta para qualquer tipo de pessoa, independentemente de as relações entre autor e réu serem relações de trabalho.

16. "Real" (pronuncia-se "rial"), no sentido de "*property of land. any natural resources, and buildings, contrasted with personal estate*" Hornby, verbete: *real estate* portanto: *propriedade imobiliária*.

17. As matérias de interpretações de testamentos e de liquidação de heranças, nos EUA, são da competência de cortes especializadas ("*Courts of limited jurisdiction*"), em alguns Estados, como Nova York (*Probate Courts* e *Surrogate's Courts*).

contraste entre "*Common Lawyers*" e "*Equity Lawyers*" mais pelo estilo de atuação e particularidade de problemas, a unificação dos órgãos judiciários permite hoje afirmar que a diferença entre "*Common Law*" e "*Equity*" se prende mais às tipicidades dos institutos abrigados em um ou outro ramo do direito, submetidos a interpretações judiciárias próprias (os "*precedents*" da "*Common Law*" e os da "*Equity*" em princípio, não são intercambiáveis, posto que marcados cada qual com um traço de sensibilidade própria aos problemas a serem resolvidos). Uma ilustração interessante de como funciona a "*Equity*" pode ser dada pela emergência da denominada doutrina da "*piercing the corporate veil*" (desconsideração da personalidade jurídica), para ter-se acesso aos bens dos sócios e evitar a fraude a credores, num procedimento falimentar, em particular, na obtenção de uma concordata; segundo a teoria da "*Equity*", das "*clean hands*" (quem vem solicitar um benefício ao juiz, deve vir de mãos limpas, ou em outras palavras, quem solicita uma concordata judicial deve estar de boa-fé) é permitido desconsiderar-se a personalidade jurídica e trazer os bens dos sócios para o patrimônio em discussão (e não a mera colação de bens da sociedade), na medida em que se prove, sim, ter havido fraude aos credores.

Os EUA receberam a "*Equity*" no momento histórico em que as oposições "*Common Law*" v. "*Equity*" já se encontravam esmaecidas. Nos EUA inexistem "*Common Lawyers*" e "*Equity Lawyers*" e, a partir da última unificação, em 1938 (na justiça federal), na atualidade, as "*actions at law*" e os "*suits in Equity*" se encontram reunidos no que se denomina as "*civil actions*"

Embora unificados na "*civil action*", os procedimentos contrastantes de "*Common Law*" e da "*Equity*" guardam nos EUA importantes traços diferenciadores. Nos procedimentos "*triable at law*" nos quais se buscam "*Common Law reliefs*" é possível, como regra, o julgamento, nos processos civis e criminais, pelo "*jury*"; o processo é inflexível, sendo que os remédios oferecidos resultam sempre numa indenização em dinheiro (*award of money damages*). Já nos procedimentos "*triable in Equity*" os "*Equity reliefs*" se traduzem em operações contra a pessoa do réu, não mais condenações em dinheiro, mas em *injunctions*, ordens judiciais de fazer ou deixar de fazer ("*specific performance*") multas compensatórias ou prisão, sob sanção por desrespeito a uma ordem judicial ("*contempt of court*"); verifica-se a ausência do "*jury*", bem como maior alargamento dos julgamentos em recurso ("*wider scope of review on appeal*"). Em geral, as questões disputadas que pertencem à equidade ("*equitable issues*") são julgadas pelo

juiz togado e as questões que pertencem à "*Common Law*" ("*legal issues*") são julgadas pelo júri; nos conflitos para determinar-se se uma questão ("*issue*") é de "*Equity*" ou da "*Common Law*", resolve-se como um "*equitable issue*", ou seja, pelo juiz, sem a participação de um júri.

É interessante observar que alguns Estados da federação norte-americana ainda conservam tribunais unicamente dedicados aos julgamentos em "*Equity*". Montana tem mesmo uma codificação da "*Equity Maxims*", no seu Revised Code, "Chapter 49". Curiosa esta codificação, porque a característica fundamental que distingue a família dos direitos do sistema da "*Common Law*", face à família romano-germânica, é exatamente a resistência à codificação ("*statutory law*") e, a nosso ver, entre as normas da "*Equity*" e da "*Common Law*", estas últimas talvez fossem as que mais se prestariam à transformação em direito escrito, dado seu maior formalismo!

5.2. "*Common Law*" e "*Statute Law*"

O segundo sentido de "*Common Law*" se refere ao contraste existente entre, de um lado, a "*Common Law*" o direito criado pelo juiz (*judge-made law*) e, de outro, o direito criado pelo legislador postado fora do Poder Judiciário (*Statute Law*). Portanto, neste segundo sentido, de "*judge-made law*", "*Common Law*" opõe-se a "*Statute Law*" entendido este direito como aquele resultante dos "*enactments of legislature*" (tratados internacionais, Constituição Federal, constituições estaduais, leis ordinárias federais e estaduais, regulamentos administrativos federais, estaduais e locais, leia-se: municipais, inclusive os diplomas legislativos elaborados pelo Poder Judiciário, como o *Code of Civil Procedure*, elaborado pela Corte Suprema dos EUA). Em poucas palavras, na segunda acepção da palavra "*Common Law*" deve-se entender como o direito "*laid down by the courts, rather than by legislature*". O contraste é igualmente expresso com os conceitos: "*case law*" versus "*Statute Law*", entendendo-se como "*case*" o precedente judiciário, o "*judge-made law*"¹⁸ O "*case law*" não se confunde com o *decisional law*, que, embora possa ter a metodologia do estudo e aplicação dos precedentes, em analogia com os julgados

18. "Case" aparece nas expressões "*casebooks*" (manuais para os estudantes em que se concentram, na maioria das vezes, os julgados, com algumas indicações de alguns "*statutes*"); "*case method*" (metodologia da descoberta e revelação do direito, através do exame dos precedentes judiciários), "*case study*" (*id.*).

pelo Judiciário, refere-se às decisões em matéria contenciosa pelos tribunais ou órgãos judicantes do Executivo ("*administrative courts*" no sentido de "*justiça de órgão quase-judiciário do Executivo*" e não no sentido de "*justiça administrativa*" como o "*Conseil d'État*" francês, órgão judiciário especializado na aplicação do Direito Administrativo, que, ademais, inexistente no Direito dos EUA, da Inglaterra ou do Brasil). É igualmente necessária prudência na tradução da palavra "legislador" do sistema jurídico brasileiro (menos que suas correlatas como "legislativo", "legislatura"); "*legislator*" é, no sistema da "*Common Law*", tanto os órgãos do Poder Judiciário, quanto os do Legislativo e do Executivo! A oposição que se pretende dar entre a típica atividade do Judiciário naquele sistema e os outros órgãos legiferantes, deve ser "*case*" versus "*statute*" como nas expressões: "uma solução dada por um '*case*', outra por um '*statute*'; um '*case relief*' ou um '*statutory relief*'" (remédios previstos na jurisprudência ou na lei escrita).

Outro esclarecimento preliminar é de que a palavra usual para designar o lugar e a atividade do Poder Judiciário é *court*, que designa tanto o juiz singular de 1º grau ("*original court*") quanto aqueles de 2º ou 3º graus, os nossos tribunais ("*appellate courts*"). A palavra "tribunal" (pronuncia-se "traibiunal") é reservada para designar, usualmente, o árbitro ou o colégio arbitral ("*arbitral tribunal*"). *Vara* se traduz, em geral por "division" e *turma* por "panel" ou por "bench", nos EUA; *tribunal pleno* é "full court" ou "en bench" ou ainda "en banc"; *foro* é "venue" (pronuncia-se "veniú").

Embora seja o "*case law*" a principal fonte do direito, pode ele ser modificado pela lei escrita, que, nos EUA, lhe é hierarquicamente superior; diz-se então que um "*case*" foi "*reversed by statute*".

É inexato dizer-se que na "*Common Law*" os juizes não aplicam um "*Statute Law*" enquanto não houver um "*case*" no qual seja o mesmo decidido. A questão é de método: enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente a jurisprudência, na "*Common Law*" o caminho é inverso: primeiro os "*cases*" e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita. Na verdade, tal atitude reflete a mentalidade que o "*case law*" é a regra e o "*statute*" é o direito de exceção, portanto integrativo. Neste particular, a diferença entre o Direito inglês e o norte-americano é fundamental: a Inglaterra, que consideramos uma "*Common Law*" mais pura, desconhece a primazia de uma constituição escrita e que se coloca numa organização jurídica piramidal (à la "*Civil Law*"), nem tem idéia da primazia dos "*statutes*" tais as constituições estaduais do

sistema federativo norte-americano, igualmente direito escrito, constituições estaduais essas que se colocam no ápice da lei estadual, que nos EUA é a maioria das disposições normativas. Na verdade, nos EUA, os precedentes judiciais segundo os "*case law*" dos Estados são a regra, e as decisões baseadas na lei federal são aquelas intersticiais, mas fique desde já anotado que nos EUA (por se tratar de um sistema misto entre a "*Common Law*" e "*Civil Law*") permanece o traço característico do sistema: o "*judge-made law*". Por outro lado, é necessário considerar-se o crescente intervencionismo do Estado na vida da sociedade: a implantação do "*Welfare State*" tanto nos EUA quanto na Inglaterra, tem trazido alterações no sistema; na verdade, uma "*Common Law*" pura seria aquela existente na Inglaterra ao tempo da Rainha Victoria, anterior à Revolução Industrial. Enfim, no caso da Inglaterra, é mister ter presente sua ativa participação na Comunidade Européia, onde existe um direito escrito elaborado por legisladores supranacionais, e que por decisões reiteradas da Corte da Comunidade Européia, tem vigência imediata na ordem jurídica interna, revertendo-se as prioridades que os intérpretes e aplicadores ingleses do direito local, tradicionalmente, praticam.

Outra preliminar a considerar é de saber se o juiz cria ou revela o direito preexistente. Na "*Civil Law*" a discussão tem sua importância, dada a concepção atualmente vigente da separação dos Poderes, na maioria dos países da família dos direitos romano-germânicos. Na "*Common Law*" o assunto também foi ventilado, mas hoje prevalece a teoria de que *o juiz verdadeiramente cria o direito* (razão pela qual apontamos, anteriormente, a prudência na utilização do termo "legislador" quando se estuda a "*Common Law*"!).

Nos EUA, como na Inglaterra (e diga-se, nos demais direitos pertencentes à família da "*Common Law*"), o ponto fulcral do sistema é a denominada "*doctrine of stare decisis*" também chamada "*doctrine of precedents*". Diga-se que a melhor tradução para "*doctrine*" no presente contexto, seria "*regra*" e portanto "*doctrine of precedents*" seria, em português: "regra do precedente". *Precedent* é a única ou várias decisões de um "*appellate court*", órgão coletivo de segundo grau que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juizes que lhe são subordinados. Nos EUA, como veremos a seu tempo, a organização federal e a independência dos Estados federados (e se fala em *State sovereignty*, soberania dos Estados-membros) vêm trazer algumas complicações no que se refere à jurisdição, permanecendo, contudo, a norma de que são obrigatórios os precedentes conforme julgados pelos tribunais superiores (devendo notar-se que os julgados das "*inferior*

courts of original jurisdiction" ou seja, dos órgãos de primeiro grau, não constituem "*precedents*").

Uma decisão que se tenha constituído em regra importante, em torno do qual outras decisões gravitam (com especificações, exceções interpretativas, extensões de aplicação) se denomina um "*leading case*", que passa a ser determinante para o estudante e o advogado, como primeiro "*approach*" na solução de uma questão prática. Sendo assim, em matéria de *torts* o "*leading case*" é *Babcock v. Jackson*; em matéria de direito constitucional da competência revisional da Corte Suprema sobre a legislação estadual, o "*leading case*" é *Marbury v. Madison*; em matéria de competência para decretação de divórcio, há dois casos *Williams v. North Carolina* (I) e *Williams v. North Carolina* (II), que estudantes e advogados já citam como *Williams-I* e *Williams-II*.

Uma "*judicial decision*" (*sentença*, ou, como no caso de criação de precedente: *acórdão*, embora exista a expressão "*judgement-in-error*" para designar uma decisão em grau de recurso) tanto na Inglaterra, quanto nos EUA, tem uma dupla função:

1ª decide o caso "*sub judice*" e faz coisa julgada ("*res judicata*" é expressão corrente nos EUA) dizendo os doutrinadores dos EUA, que assim se cria o direito, como o legislador, porém limitado às questões em controvérsia ("*issues*") e às partes; neste particular, nada de diferente existe quanto ao sistema romano-germânico, salvo no que diz respeito ao poder de "criação" de direito por parte do juiz;

2ª tem um efeito além das partes ou da questão resolvida (e aqui reside a tipicidade da "*Common Law*"), pois *cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros*. Na verdade, o precedente não é uma regra abstrata, mas uma regra intimamente ligada aos fatos que lhe deram origem, razão pela qual o conhecimento das razões da decisão é imprescindível (não se pode aplicar um precedente fixado em matéria de motivos para divórcio, por exemplo, à resolução de uma questão que verse sobre contratos ou obrigações alimentícias).

O professor E. Allan Farnsworth aponta as razões da vitalidade da "*Common Law*" nos EUA, que, no fundo, são as qualidades do sistema: 1ª "*equality*" (possibilidade de que, em futuros casos iguais ou semelhantes aos julgados, a solução tenderá a ser a mesma); 2ª "*predictability*" (virtualidade de que futuros casos com elementos factuais semelhantes aos julgados, serão julgados da mesma maneira, o que permite ao advogado, em particular o consultor, melhor

aconselhamento de seus clientes na prevenção de futuros pleitos); 3ª "economy" (o que denominamos economia processual, uma vez que já há "issues" decididos, as matérias novas serão resolvidas com mais rapidez); 4ª "respect" (soluções que dão grande responsabilidade, pela sua força suasória, ao próprio Poder Judiciário).

Mister se faz explicar, ainda que por alto, como funciona a "doctrine of precedents" tendo-se, contudo, em mente, como adverte o referido prof. Farnsworth, que o sistema é altamente sofisticado e prático, e, sobretudo, como diz aquele professor, que não se aprende a andar de bicicleta com a leitura de um manual sobre mecânica!

Na verdade, explicar-se a aplicação de uma norma geral a um caso particular, como no sistema do Direito brasileiro (partir do geral ao particular) é bem mais fácil do que explicar a metodologia de partir de vários casos particulares para outros particulares, através de generalizações parciais, sem sair do contexto! A experiência pessoal mostra que, para alguém formado no sistema da "Civil Law", os primeiros passos na metodologia dos "cases law" é embaraçosa, com a impressão de caminhar-se num campo caótico; no entanto, na medida em que se vai familiarizando com o sistema, ele se torna interessante e instigante. Na verdade, para o estudante, é muito difícil, mesmo no nosso sistema, entender, pela pura teoria, as várias colorações conceituais da linguagem jurídica, que mostram as sofisticações dos institutos jurídicos; contudo, se alguém já tiver trabalhado em um caso prático, se tiver vivenciado uma questão igual ou assimilável à que tem de ser resolvida, o caminho é, certamente, mais fácil. Esta a vantagem dos precedentes: um arquivo da micro-história das relações conflituais humanas, com as soluções que tal micro-história apresentou: um formulário já pronto que se preenche com modificações factuais; a dificuldade maior é, portanto, saber se existe tal formulário e onde encontrá-lo!

A autoridade (*authority*), ou melhor dito, a força de impor-se a futuros casos dos "case law", segundo a doutrina, pode ser dividida em duas classes: a. *persuasive*, em geral de decisões de cortes de jurisdição paralela (mesma jurisdição de outros Estados), ou de votos vencidos ou minoritários da mesma Corte ou de cortes superiores, e a determinados assuntos (p. ex.: as cortes de Delaware, especializadas em "corporations" e direitos de arena, ou as de Nova York, especializadas em comércio exterior), quando invocadas em outros Estados; b. *binding authority*, as decisões das cortes superiores de mesma jurisdição, ou as decisões da mesma Corte; repita-se que uma única decisão pode constituir-se em

"*precedent*" (portanto, em oposição ao nosso sistema, onde, pelo menos, para considerar-se jurisprudência firme, em geral, se exige um número razoável de decisões no mesmo sentido).

Nas *decisions* que criam precedentes, na "*Common Law*" dos EUA, é necessário distinguir o que é um "*holding*" (na Inglaterra: "*ratio decidendi*") de um "*dictum*" (proveniente da expressão "*obiter dictum*"). *Holding* é o que foi discutido e argüido perante o juiz e para cuja solução, foi necessário "fazer" (criar/descobrir) a norma jurídica; reafirme-se, assim, a importância do conhecimento dos "*facts of a case*" aos quais a norma jurídica está ligada; *dictum* é tudo que se afirma na "*decision*" mas que não é decisivo para o deslinde da questão e, embora seja meramente "*persuasive*" tem importância suasória para as cortes subordinadas e para o advogado no aconselhamento de seus clientes.

Nos casos novos, apresentados na lacuna de "*case laws*" ou a corte pode reler os "*holdings*" anteriores com um espírito de interpretação restritiva ("*to narrow the holding*"), ou de uma interpretação extensiva ("*to read a holding more broadly*"), ou, ainda, meramente declarativa (na afirmação de que o caso se aplica à espécie, tal qual). Evidentemente que em tais operações, a mais comum é a técnica do "*distinguo*" e que permite transformar o que era "*holding*" em "*dictum*" e vice-versa. Podem as cortes superiores, igualmente, desconsiderar um "*precedent*" e decidir com novas razões um caso semelhante: é o *overruling* (autêntica abrogação do precedente, ou, no que é mais comum, sua derrogação, continuando válido para certos aspectos da questão examinada o que nada mais é do que transformar um "*holding*" num "*dictum*"!).

De qualquer maneira, é necessário acrescentar que, entre "*to follow a precedent*", estabelecendo distinções até o limite de uma racionalidade ou, simplesmente "*to overrule a precedent*" as cortes dos EUA preferem "*to honor the doctrine of precedent by careful distinguishing rather by outright overruling of objectionable decisions*" (Farnsworth, *id.*).

Como já se afirmou, o "*Statute Law*" nos EUA tem uma posição de criação do direito muito mais vinculante do que na Inglaterra, reafirme-se, pela presença marcante de uma norma fundamental, a Constituição dos EUA, escrita e rígida, com vigência por cima de quaisquer outras normas escritas federais ou estaduais. Não-só a Constituição dos EUA, que foi redigida em 1788 (!), e as constituições dos Estados, bem como as leis infraconstitucionais, federais ou estaduais nos EUA, se apresentam de maneira totalmente diferente daquelas dos

países dos sistema romano-germânico: em geral têm considerandos extensíssimos, redigem-se com artigos ("*sections*") quilométricos, onde, num único período, se escrevem as regras, as exceções, as enumerações e as interpretações particulares para cada assunto particularizado; a matéria, que na técnica conhecida das leis escritas da família dos direitos romano-germânica, se desdobra em incisos, alíneas, ítems, aberturas de parágrafos ou novos artigos, nas leis norte-americanas, são um único período, com centenas de vírgulas, inúmeras orações intercaladas e contra-referências a outros artigos da mesma lei.

A primeira observação quanto ao "*Statute Law*". é ser ele suscetível de ser constituído por um sistema piramidal (o que não se verifica nos "*case laws*" onde, uma vez fixado o precedente, tem ele seu valor dentro do sistema judiciário no qual foi concebido, sem que se possa dizer de hierarquia entre os mesmos, mas de conflitos de competência); portanto, nos EUA, em muito pouco diferindo quanto ao "*jus scriptum*" da família dos direitos romano-germânicos; e mais ainda, num sistema federal, que para o estudioso brasileiro, apresenta ainda menores diferenças (do que, por exemplo, para alguém que vive num sistema não-federativo) em relação ao próprio sistema jurídico. Na verdade, a hierarquia constitucional nos EUA é determinada não-só pelas próprias normas da Constituição Federal, como também pelos "*case laws*" sendo que emergiu um ramo do direito, o "*Conflict of Law*" especialmente dirigido a dirimir conflitos na esfera das jurisdições federal e dos Estados, e de conflitos no espaço entre as normas de tais sistemas.¹⁹

No ápice, encontra-se a Constituição dos EUA, aprovada por um Congresso Constituinte em 17 de setembro de 1787 e ratificada pelos Estados da Federação, em 1788. Suas dez primeiras emendas, elaboradas naquela época e em

19. Nos EUA, o "*Conflict of Laws*" é uma disciplina que se encontra nos dois grandes sistemas jurídicos existentes naquele país: a. os direitos dos Estados-membros (no sistema federativo norte-americano, com suas próprias legislações de direito privado e de direito público, inclusive processual e de organização judiciária, bem como de Direito Internacional Privado) e b. os direitos federais (que têm o mesmo campo de abrangência que os direitos dos Estados-membros). "*International Private Law*", conquanto denominação cunhada por um professor norte-americano de Harvard, Joseph Story, para o direito que regula conflitos de leis no espaço, não se emprega usualmente nos EUA (sendo corrente na Inglaterra). Portanto, os conflitos no espaço de leis, nos EUA, podem significar tanto conflitos entre leis norte-americanas (entre as leis dos Estados federados ou destes e a lei federal), quanto entre estas leis e leis provenientes de Estados estrangeiros. Na Inglaterra, Estado de organização unitária, não se colocam tais problemas, típicos de uma federação, onde se confere grande autonomia às unidades federadas. Veja-se do prof. Peter Hay, "*International versus Interstate Conflicts Law in the United States*", In: 35 *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, pp. 429-495 (1971).

vigor a partir de 1789, são denominadas "*Bill of Rights*" e ela, até a presente data, sofreu um total de 26 emendas (que exigem a votação de 2/3 de ambas as casas do Legislativo e ratificação por 3/4 das casas legislativas dos Estados, sendo esta exigência passível de ser substituída por convenções entre os Estados). Espalhados por entre os dispositivos primitivos e as emendas posteriores, há princípios jurídicos e regras hermenêuticas e de aplicação, que se denominam *clauses*, em razão dos artigos ("*clauses*" são as denominações do que para nós seriam os "artigos") da Constituição: "*Supremacy Clause*" (superioridade da Constituição e da legislação federal sobre as constituições e a legislação dos Estados-membros, inclusive sobre os tratados internacionais); "*Full Faith and Credit Clause*" (obrigatoriedade de os Estados atribuírem aos "*statutes*" e "*cases*" de "*sister states*" o mesmo valor jurídico que os "*statutes*" e "*cases*" nascidos no próprio território); "*Due Process Clause*" (obrigatoriedade de a União e os Estados respeitarem os princípios fundamentais e constitucionais relativos a direitos a um processo civil e criminal onde se assegurem ampla defesa, o contraditório, a proibição de dupla condenação...), "*Commerce Clause*" (proibição de leis estaduais ou federais que criem empecilhos ao livre comércio de bens entre os Estados da União).

A seguir, encontram-se os tratados internacionais e os "*Executive Agreements*", que vêm logo abaixo da Constituição Federal, na hierarquia das leis. Em virtude da "*Supremacy Clause*", os atos internacionais são superiores às leis federais ("*federal statutes*") revogam-nos, mas são por elas revogáveis. Os tratados em devida forma, devem ter a aprovação de 2/3 do Senado Federal (assim devendo entender-se os tratados assinados pelo Executivo com Estados estrangeiros, e submetidos à aprovação do Senado). Os "*Executive Agreements*",²⁰ igualmente atos internacionais bi ou multilaterais, são aqueles que não necessitam, para seu vigor interno nos EUA, da aprovação legislativa; quanto à obrigatoriedade de submissão de atos internacionais ao Senado Federal, inexistente dispositivo constitucional expresso, sendo dado que é bastante limitado o número de "*Executive Agreements*", que os "*federal cases*" e a doutrina têm considerado como aqueles que versam sobre uma competência exclusiva do Presidente, enquanto Chefe do Poder Executivo (e que dispensariam a remessa ao Senado dos EUA).

20. Veja-se nosso trabalho: "*Agreements*", "*Executive Agreements*", "*Gentlemen's Agreements*" In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, São Paulo, Saraiva, v. 5, pp. 246-281.

"*Federal Statutes*" são as normas federais assim entendidas: 1ª os atos normativos elaborados com a participação do Executivo e do Legislativo, com suas duas Casas: a "*House of Representatives*" e o (Federal) "*Senate*"; denominam-se *Act* e, por vezes, levam o nome do deputado ou senador que lhe dá paternidade: "*Shermmann Act*" (uma das leis sobre antitruste), "*Norris-LaGuardia Act (1932)*" (primeira lei sobre relações trabalhistas), ou se denominam com os nomes que a própria lei manda chamar: "*National Labor Relations Act*" (também chamado "*Wagner Act*"); 2ª os atos normativos elaborados pelo Poder Executivo (na sua competência exclusiva ou vinculada a um "*Act*"), diretamente (o Presidente com a cooperação dos "*Departments*", que são os nossos Ministérios) ou indiretamente, pelas inúmeras "*Federal Agencies*" (órgãos da Administração Indireta) com denominações que revelam mais sua finalidade do que a origem: *Order*, *Administrative Rules* (ou simplesmente *Rules of...*), *Regulations*; 3ª os atos normativos elaborados pela "*Supreme Court*", em especial em matéria de processo, devendo destacar-se o que seria o equivalente ao nosso Código de Processo Civil, vigente para os órgãos do Judiciário federal: as "*Federal Rules of Civil Procedure of 1938*"

Abaixo do "*US statutes*" vêm os "*States Statutes*" "*State Statutes*" são as normas votadas na jurisdição do território dos Estados-membros, devendo dizer-se que são as mais detalhadas, uma vez que, como já se disse, a legislação federal é intersticial. Em outras palavras: a legislação federal é aquela criada pela União (e quando se quer isso acentuar, se diz que é uma "*USA rule*", um "*US statute*" e toda vez que aparecer as siglas US ou USA se sabe que se trata de algo federal), por mandamento direto da Constituição Federal, ou pelos poderes implícitos (*implied powers*), sendo dado que a legislação federal é superior à estadual ("*federal statutes supersedes State statutes*"), controle esse realizado pela *Supreme Court* numa maneira negativa (declaração de inconstitucionalidade por ter havido uma "*unconstitutional intrusion by the State into the comprehensive federal competence*"), é o chamado "*negative control*" ou, ainda, de maneira positiva, ao declarar que, num caso de competência concorrente entre União e Estado, a competência deste cessou, ou não existia, e que o legislador federal exerceu corretamente sua própria competência (é o que se denomina "*preemption*"). Tais controles são levados a cabo através do "*writ of certiorari*" ("*mutatis mutandis*" nosso recurso extraordinário).

"*States Statutes*" são: as constituições dos Estados (devido dizer-se que os Estados têm um *Governor* e um Legislativo bicameral: *General Assembly* e *State Senate*, sendo os órgãos do Judiciário compostos de maneira diferente, segundo cada Estado), os atos elaborados entre Executivo e Legislativo estaduais ("*Acts*"), ou só pelo Executivo ("*Orders*" "*Administrative Rules*" ou "*Rules*" e "*Regulations*") e pelos Judiciários Estaduais (a exemplo, muitos "*Codes*" em matéria processual). É mister não perder de vista que a federação norte-americana é bem diferente da brasileira, conforme será descrito mais além e, dada a maior autonomia dos Estados-membros nos EUA, muita matéria que no Brasil é de competência da União, é da competência dos Estados-membros naquele País, razão pela qual, a nossos olhos, a legislação dos Estados nos EUA é muito mais extensa, "*ratione materiae*", do que no Brasil.

Quanto à competência legislativa dos municípios, que tanto podem ser organizados como "*municipalities*" (correspondendo a uma cidade ou região metropolitana) ou "*counties*" (organização política territorial que engloba várias cidades, "*towns*" ou "*regions*") variando muito em cada "*State*" são regidos pela "*Home Rule*" (o equivalente à nossa "lei orgânica dos municípios") elaboradas de maneira mais diversa nos vários Estados (seja pelo legislativo estadual, seja pelos órgãos legisladores das unidades político-administrativas interessadas). Expedem-se a nível municipal (a melhor tradução para o termo é "local") "*local ordinances*" "*local rules*" e "*local regulations*". Em geral, nas "*municipalities*" e nos "*counties*" há um prefeito ("*Mayor*" e uma assembléia unicameral, o "*Council*"), reservando-se para o que denominamos "lei municipal", a apelação de "*Municipal Ordinances*".

5.3. "*Common Law*" e "*Civil Law*"

No sentido amplo, "*Common Law*" quer referir-se ao sistema da família dos direitos que receberam a influência do direito da Inglaterra (onde vicejam os contrastes apontados entre *Common Law v. Equity Law* e *Common Law v. Statute Law*) e de outro lado, o sistema da família dos direitos romano-germânicos, que igualmente se denominam "*Civil Law*", conforme apelação que os doutrinadores daquele sistema costumam conferir a esta última. Trata-se, portanto, agora, não de descrever o sistema da "*Common Law*", seus componentes, as relações "*internae corporis*", mas de descrever as relações intersistemáticas (de certa

maneira, "internacionais") entre a "*Common Law*" e outros sistemas (que, neste estudo, se referem tão-somente ao sistema romano-germânico, com a exclusão dos outros: socialistas, religiosos, tradicionais etc.). Quanto ao que se entende por *relações*, a ênfase será no *comparativismo*, e não no sentido de cooperação e/ou confronto (o que, de igual forma, permitiria estudos de empréstimos de instituições entre os sistemas, de adaptações, de hermenêutica intersistemática).²¹

Há ainda as seguintes oposições conceituais no que diz respeito à expressão "*Common Law*" porém dentro do próprio sistema da "*Common Law*":

a. "*Common Law*" v. "*ecclesiastical law*" ou ainda "*canon law*" portanto, como sinônimo de direito civil, ou leigo, ou secular, por oposição a direito canônico;²²

b. "*Common Law*" v. "*criminal law*" ou seja, direito civil, por contraste a direito criminal, sendo que no Brasil, no caso, o adjetivo correspondente a "*Common Law*" seria: "cível";²³

c. "*Common Law*" v. "*Roman Law or modern Civil Law*" de pura sinonímia com o que temos expressado como "*Common Law*" v. sistema romano-germânico.²⁴

Contudo, o contraste no Direito brasileiro entre *civil e militar*, no direito dos EUA se expressa como os contrastes "*Civil Law*" v. "*military law*", ou,

21. Exemplo de tais estudos podem ser exemplificados com a análise de como interpretamos nós o "*leasing*" e como eles, da "*Common Law*", interpretam "boa-fé" nos contratos internacionais. Ou quais as diferenças de um mesmo instituto existente na "*Common Law*" e no sistema romano-germânico, como se indagar em que medida as "*corporations*" são as nossas sociedades anônimas, ou a que instituto da "*Common Law*" corresponderia a nossa sociedade de responsabilidade limitada, etc.

22. "*Ecclesiastical law*" ou "*canon law*", refere-se ao direito leigo, secular, definindo-se, portanto, a "*Common Law*" como "*the system of jurisprudence administered by purely secular tribunals*" (*Black's*, verbete: "*Common Law*").

23. O *Black's* no verbete: "*Common Law action*", assim se expressa: "*a civil suit, as distinguished from a criminal prosecution, or a proceeding to enforce a penalty or a police regulation; not necessarily an action which lies at Common Law*" *Kirby v. Railroad Co.*, C.C. Iowa, 106 F.551; US.V. Bolck 24 Fed.Cas. 1174. Em nossa metalinguagem, ficaria assim traduzido: "*Common Law action*" é uma ação cível, distinta de uma ação criminal ou de procedimentos para aplicar uma penalidade ou um regulamento de polícia; não necessariamente uma ação que seja regulada pelo direito nascido das cortes de Westminster na Inglaterra (em oposição a "*Equity*"). Sendo assim, conforme se pode ver, "*Common Law*" pode, então, ser sinônimo de "cível", no vocabulário forense brasileiro, por oposição a criminal

24. Nos EUA, em geral, "*Roman Law*" é a denominação para o Direito Romano, tal qual, cientificamente, é estudado na doutrina elaborada na família dos direitos romano-germânicos, ou seja, a sua essência e as suas influências em ambos os sistemas da "*Common Law*" e da "*Equity Law*" e as marcantes influências no seu processo civil.

em caso muito especial: "*Civil Law v. martial law*", (e não "*Common Law*" v. "*military law*" nem "*Common Law*" v. "*martial law*"), o que pode ser extraído do conceito "*civil war*" (aquela levada avante por forças oponentes no mesmo país; "*internecine war*" em contraste com "*international war*").²⁵ Isto posto, segue-se que no direito dos EUA "*Civil Law*" se opõe a "*military law*" entendido este como as normas de caráter disciplinar que regem o pessoal profissional a serviço do Governo dos EUA, nas suas forças armadas federais, portanto, "*The Army*", "*The Navy*" e "*The Air Force*" e o pessoal a seu serviço (e portanto, também o "*military service*"), em tempo de paz, ou em tempo de guerra, mas uma legislação ordinária. A oposição entre "*Civil Law*" v. "*martial law*" deve ser considerada, pelo fato de este reger tanto "civilians" quanto "soldiers" e o país inteiro, sendo uma legislação absolutamente excepcional, que pode ab-rogar até mesmo as regras da Constituição ("*it is over and above all of them*!").

Enfim, outra acepção do conceito "*Common Law*" é intrigante, como aparece no instituto "*Common Law marriage*" Trata-se do casamento *de facto*, ou como também se diz nos EUA, "*informal marriages*" reconhecido em todos os seus efeitos, havendo alguns requisitos, como: promessa de casamento, coabitação de fato, representação de terceiros ou mera apresentação à comunidade do casal como marido e mulher, e assunção de casamento, como se fosse válido, por pessoas da comunidade. Tal instituição faz mais pensar na "*Equity*"; por outro lado, a

25. O *Black's* no verbete "*military jurisdiction*", transcreve as definições conforme *US v. Minoru Yasui, CC Or., 48 F. Supp. 40. 46,47*, em grandes linhas: 1º *jurisdiction under military law*: aplicação em tempo de guerra ou de paz das normas federais que prescrevem "*articles of war*"; 2º "*military government*" em tempo de "*foreign war*" (guerra externa) além das fronteiras dos EUA ou em tempo de rebelião ou guerra civil, dentro do território dos EUA ou dos territórios ocupados por rebeldes considerados beligerantes; o "*military Government*" substitui o direito local e é levado a cabo por um comandante militar, sob a direção do Presidente dos EUA e a sanção expressa ou implícita do Congresso; 3º "*martial law*", nas situações de invasão estrangeira ou de insurreição grave dentro do país, ou durante rebelião nos limites dos Estados que mantenham adesão ao "Governo Nacional", normas votadas pelo Congresso, ou, excepcionalmente, pelo presidente dos EUA, em caso de perigo iminente e justificável, "*where ordinary law no longer adequately secures public safety and private rights*". O "*martial law*", portanto, é aplicado pela "*Court Martial*", nos excepcionais casos de guerra externa ou de crimes que extrapolem os casos previstos em tempos de paz, aplicado por autoridades militares, nas situações em que estas "exercem o governo ou vários graus de controle sobre civis ou autoridades civis no território doméstico", *Ochikubo v. Bonesteel D.C. Cal., 60 F. Supp. 916, 928, 929, 930*. No verbete *martial law*, ao transcrever-se conceitos ligados ao mesmo, o *Black's* mostra o contraste entre "*Civil Law*" e "*martial law*": *martial law is neither more or less than the will of the general who commands the army. It overrides and supresses all existing Civil Law, civil officers, and civil authorities, by the arbitrary exercise of military power... Martial law is regulated by no known or established system or code of laws, as it is over and above all of them...* In re Eagen, 5 Blatchf.321, F. Ca. NQ 4,303 (verbeta: "martial law", com ênfase não do original transcrito).

informalidade existente nos "*common-law marriages*" estaria a indicar uma criação jurisprudencial da "*case law*", por certo para evitar os formalismos criados pela "*Statute Law*". Certamente, porém, a expressão não pode ser reservada a um instituto que seria típico do sistema da "*Common Law*" pois, em graus variáveis, o casamento *de facto* existe nos sistemas romano-germânicos. Registre-se, assim, mais essa acepção do adjetivo "*Common Law*".

Conforme já foi anunciado, na sua origem, a "*Common Law*" (entendida esta expressão como "família de direito", por oposição à família romano-germânica) é "English", porquanto nascida na Inglaterra e com a expansão pelo mundo da cultura e civilização daquele país; hoje, a grosso modo, se pode dizer que aquele sistema de direito se encontra nos países de fala inglesa (devendo notar-se que, enquanto o latim era a língua judiciária na Europa Continental, o normando e, posteriormente, o latim e o francês passaram a ser as línguas forenses, até 1731, com a adoção do inglês como língua oficial.²⁶ Seu início coincide com a conquista da Inglaterra pelos normandos, chefiados por Guilherme, o Conquistador, que se tornaria Guilherme I da Inglaterra, o qual proclamaria, em 1066, a continuidade dos direitos anglo-saxônicos, que já existiam na ilha desde antes mesmo da formação do Reino da Inglaterra, em meados do século X, semibárbaros e costumeiros, conquanto impusesse o direito normando. Em meados do século XII, os normandos conquistam a ilha da Irlanda, para lá carregando o feudalismo e o cristianismo; posteriormente, é a vez, em meados do século XIII, da proclamação da "*overlordship*" inglesa sobre o País de Gales. Durante o reinado dos Tudors, consolida-se o poder inglês na Irlanda, e após a morte da Rainha Elizabeth I, sem herdeiros, sobe ao trono inglês, o Rei Jaime VI da Escócia, que passaria a ser Jaime I da Inglaterra, realizando-se uma união pessoal entre ambos os países. Na verdade, a Escócia nunca chegou a ser dominada pela Inglaterra, o que, talvez, explique este país estar excluído do rol daqueles que compõem a família da "*Common Law*"; em 1707, proclama-se a união real da Inglaterra e Escócia, formando-se o que se denominou a Grã-Bretanha. Quanto à ilha da Irlanda, foi dominada pelos ingleses na sua totalidade até os inícios do século XX, desmembrada em duas partes, em 1921, com a criação do "*Irish Free State*", em 4/5 da ilha, continuando sua parte norte sob a dominação inglesa; posteriormente, o citado "*Irish Free State*" passou a denominar-se República da Irlanda, e, com a adoção de uma constituição naquela data, adotou o nome gaélico de

26. Veja-se: René David, *op. cit.*, p. 333, rodapé 3.

Eire, continuando, contudo, com seu sistema jurídico que é a "*Common Law*" Em consequência, adotou-se a denominação oficial daquele complexo, na atualidade, que é "*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*", ou seja, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, ou Reino Unido, "*tout court*" cuja sede é Londres e Governado por uma Monarquia Parlamentar. O Eire, ou República da Irlanda, é um Estado independente, que adota a "*Common Law*" e onde se fala o "*Irish*" e o inglês.

Sendo assim, são incorretas as denominações que se seguem para designar a "*Common Law*": *não é um direito anglo-saxônico* (pois este era o direito das tribos e reinos da Inglaterra, antes da conquista normanda no século X, e que conviveria com a "*Common Law*" nos seus primórdios e que até hoje pode ser invocado em matéria de usos estritamente locais na citada Inglaterra); igualmente *não é direito inglês*, porque engloba outros países independentes, como a República da Irlanda (Eire) e vários outros, como os EUA.

Outra incorreção é dizer que a "*Common Law*" seria um *direito costumeiro*. Aqui é necessária uma precisão de natureza teórica, pois há quem considere a jurisprudência como um costume, (repetição de julgados com a convicção de representarem uma regra jurídica) falando mesmo na existência de um costume judiciário, em comparação ao costume geral (aquele que o povo praticaria). A incorreção reside em razões de ambos os sistemas: na "*Civil Law*", é bem verdade que "*uma única andorinha não faz verão*" e que, portanto, um caso isolado, propriamente, não-constitui jurisprudência; por outro lado, sua eventual força normativa advém não da "*communis opinio juris*" do povo, mas do prestígio do órgão que permite a formação da jurisprudência, sem, no entanto, apresentar o caráter de obrigatoriedade que os casos julgados têm na "*Common Law*" ou que os costumes representam no Direito Internacional Público e no Direito do Comércio Internacional (onde as lacunas são enormes, por falta de um legislador de normas escritas, o que permite ver-se o costume como fonte de primacial importância, exatamente pelas lacunas existentes, dada a mencionada falta). Na "*Common Law*", um único julgado é considerado como *precedente obrigatório*, pois declara a existência de uma norma jurídica, para o "*fattispecie*" sendo, portanto, a jurisprudência a fonte primeira formal do direito; as relações entre o direito costumeiro, "*customary law*" e a "*Common Law*" (entendido como direito declarado pela autoridade e não aquele que espontaneamente é praticado pelo povo) são as mesmas suscitadas entre o "*jus scriptum*" e o "*jus non scriptum*" do sistema romano-

germânico: necessidade de prova, reserva a seu possível valor derogatório do direito estatal a determinados campos do direito comercial, do comércio internacional, e do Direito Internacional Público, e, sobretudo, de um valor localizado no espaço. Na *Common Law*, em especial após a reforma do direito comercial empreendida por Lord Mansfield na Inglaterra, pelos anos a partir de 1776 (data de sua indicação para o cargo de *Chief Justice* do "*King's Bench*"), ao ter estendido a aplicação do mesmo para além da comunidade dos comerciantes (até então um direito estamental, a "*Lex mercatoria*" ou "*ley merchant*"), o costume se encontra reservado a matérias locais e restrita a assuntos comerciais.

Isto dito, é mister enumerar os principais países que pertencem à família da "*Common Law*": Austrália, Nova Zelândia, Canadá (Província de Quebec), Índia, Paquistão, Bangladesh, Quênia, Nigéria, Hong Kong, Guiana, Trinidad Tobago e Barbados, dentre outros. Os EUA, salvo o Estado da Luisiana, são considerados um sistema misto, conquanto pertencente à "*Common Law*" (e a Escócia, Israel, África do Sul e Filipinas, países de sistema misto, pertencentes à família romano-germânica). Nos EUA, as antigas possessões espanholas, como a Califórnia e o Texas, embora reflitam, em alguns aspectos dos direitos de família algo das leis dos antigos colonizadores, certamente são do sistema da "*Common Law*"; a Luisiana, contudo, dentro dos EUA, é o único Estado da Federação que se conservou fiel aos primeiros colonizadores franceses e espanhóis, uma vez que pertence à família dos direitos romano-germânicos (da mesma forma Porto Rico, que é um Estado-associado).

Interessante observar, igualmente, que, dada a predominância do "*case law*" na "*Common Law*", o sistema se torna em grande parte muito mais nacionalista que os da família romano-germânica (veja-se, em particular, o papel, de certa forma relevante, da doutrina estrangeira no Direito brasileiro). Até fins do século passado, alguns "*cases*" ingleses eram citados nos EUA; hoje, conforme constaram os autores norte-americanos consultados para este trabalho, nenhuma influência a "*Common Law*" inglesa exerce nos EUA. Contrariamente, é do conhecimento do autor que na Inglaterra, pelo menos em matéria de responsabilidade civil extracontratual ("*torts*"), tem havido, com alguma frequência, invocação do "*leading case*" *Babcock v. Jackson* nos julgados ingleses (responsabilidade civil por acidente com automóvel).

6. Conclusões.

Na "*Common Law*" a idéia que permeia o sistema é de que o direito existe, não para ser um edifício lógico e sistemático, mas para resolver questões concretas. Antes de examinar se existe ou não algum geometrismo no sistema, este se preocupa com os remédios: "*reliefs and remedies*", e, tanto é assim, que se chegou ao absurdo de não-permitir uma ação frente ao Judiciário se não houvesse um *writ* que fornecesse a solução prática (e conforme visto, tal fato foi em parte, corrigido pela "*Equity*").

Isto posto, ressalta-se, de imediato, o papel secundário da doutrina abstrata, em favor das soluções pragmáticas. Na Inglaterra, o papel da Universidade sempre foi insignificante na formação do direito ou na formulação de teorias generalizantes. A prova é que os estudos de Filosofia do Direito, tanto na Inglaterra quanto nos EUA, se denominam "*Jurisprudence*", ou seja, abstrações a partir de casos julgados! Embora as Universidades tenham sido bastante importantes nos EUA, como papel fundamental de legitimação dos agentes junto ao Poder Judiciário (e inclusive na formação dos quadros do próprio Judiciário), apenas indiretamente, pela participação de seus professores e entidades de estudos de uniformização de normas jurídicas, é ela algo relevante na formação da norma jurídica. O papel da doutrina é extremamente limitado, e se citam os raros casos em que estudos doutrinários tiveram alguma influência em "*overruling*" a jurisprudência. É bem verdade que nos EUA se exige o grau universitário e um exame da "*American Bar Association*" (o equivalente à nossa OAB) para exercer a advocacia, (ao contrário da Inglaterra onde tal legitimação é dada pelos clubes privados, os *Inns of the Court*), mas a indicação para determinadas funções, como as de *Prosecutor*, dispensam aquela formação.

Nesta ordem de considerações, a simbiose que existe na família romano-germânica entre a Universidade e a Justiça, pode-se dizer que na "*Common Law*" a tal simbiose se encontra plenamente verificável entre "*the bench and the bar*" (os coletivos abstratos para designar a barra, ou a cerca, que separa de um lado os juízes e seus auxiliares, e de outro, os advogados e seus coadjuutores, na Inglaterra deste lado, melhor dito, os práticos e seus coadjuutores.

Inútil buscar uma imagem de figura geométrica, pelo menos na geometria cartesiana, que permita descrever a "*Common Law*"; se existe um figura que se possa aproximar à mesma, seria a de uma colcha-de-retalhos, que cumpre, à perfeição, sua finalidade, que é dar abrigo à sociedade, e pensar os seus ferimentos,

representados em violações da paz social. Só mesmo um espírito geométrico, como um mestre francês, poderia descrever o "esprit de finesse" que permeia a "Common Law" como o faz o prof. René David,²⁷ *verbis*: "Nos países de direito escrito, em que o direito se apresenta principalmente sob a forma dum direito legislativo, as regras de direito são formuladas com uma tal generalidade, que o apelo à razão se processa, normalmente, no quadro das fórmulas gerais, sob a forma de aplicação e interpretação destas regras; a existência de lacunas na ordem legislativa é dificilmente reconhecida; mais do que para completar a ordem jurídica, a razão desempenha uma função na interpretação da lei. Num sistema jurisprudencial, como é o direito inglês, a situação apresenta-se muito diferente. O aspecto casuístico, que então reveste o direito, deixa subsistir, de forma intencional, muitas lacunas; e a razão é francamente reconhecida como uma fonte subsidiária do direito, chamada a preencher estas lacunas. A uma técnica de interpretação do direito, substituiu-se uma técnica de distinções, visando a estabelecer regras novas, cada vez mais precisas, em vez de aplicar uma regra preexistente. Os sistemas de direito da família romano-germânica são sistemas fechados, a "Common Law" é um sistema aberto, onde novas regras são continuamente reveladas; estas novas regras fundam-se na razão" (*Op. cit.*, pp. 467-8).

É igualmente este gosto pela regra abstrata e geral, que está presente na família romano-germânica dos Direitos, e que poderia explicar a redação de monumentos legislativos como os códigos. Para um analista provindo da "Common Law" as normas assim elaboradas e escritas parecem, antes, preceitos morais, regras religiosas, do que normas jurídicas precisas e claras, destinadas a solucionar conflitos no interior de uma sociedade.

A abertura apontada pelo prof. René David na "Common Law" poderia muito bem explicar o detalhismo existente nos "statutes", conforme demonstramos anteriormente, e, de igual forma, nos contratos civis ou comerciais, redigidos em grandeza enciclopédica, que nada mais refletem senão o aspecto casuístico do sistema. Torna-se, pois, impossível encontrar um correspondente a Hans Kelsen, ou mesmo um Savigny entre os doutrinadores da "Common Law" nem mesmo um dos discípulos críticos deste último, Karl Marx (que teve a ingenuidade de pensar que o sistema capitalista forjaria sua própria destruição, pelas contradições internas, sem ter-se dado conta da plasticidade do sistema inglês; na verdade, não foi

27. O autor do presente trabalho, consciente de estar sendo guiado pela metalinguagem formada num sistema romanístico, como o brasileiro, apoiou-se no contraste entre "esprit de géometrie" e "esprit de finesse", conforme as *Pensées* de Pascal.

na Inglaterra, como erroneamente previsto, que se verificou a revolução do proletariado, mas na Rússia Imperial, então um sistema inteiramente configurado como integrante do sistema romano-germânico!).

Por muito sedutor que seja o uso da indução²⁸ nas argumentações judiciais, os próprios doutrinadores da "*Common Law*" apontam seus defeitos, como o faz o prof. Farnsworth; defeitos maiores esses que se resumem, no que aquele professor da Columbia University School of Law, denomina "*two puzzles in precedents*": 1º o valor a ser dado a um "*multilegged holding*" e 2º os efeitos retroativos de um julgado que "*overrules a prior decision*". No primeiro caso dos precedentes que se baseiam em várias razões (por ex.: as decisões com votos dissidentes, os quais, embora dêem provimento a um recurso, discordam quanto a algumas razões do acolhimento da medida, seguidas pela maioria; ilustrativamente: num recurso baseado em três razões, no qual o acolhimento foi lastreado apenas em uma): pode ser argumentado que nenhuma das razões era suficiente para reforma da sentença recorrida, uma vez que as razões, tomadas isoladamente, eram suficientes para a decisão, ou ainda, que a decisão, inteira, não contém um "*holding*" mas é apenas um "*dictum*". Na verdade, ainda segundo a observação daquele Professor de Columbia, é mais do que certo que uma decisão fica mais firmemente estabelecida numa única razão, do que em razões alternativas! Quanto ao segundo quebra-cabeças, a questão da retroatividade do precedente nos "*case laws*" ou seja, nos acórdãos (fato impossível de acontecer entre nós, dado que um julgado decidido em circunstâncias iguais a outro, que teve decisão contrária, não coloca o problema de revogação da norma), mas plenamente viável na hipótese da "*Common Law*", em que um "*case law*" ab-roga outro "*case law*" e em que a norma é "*judge-made*". Um

28. A indução, argumentação dominante na "*Common Law*", é definida como aquela que conclui pelo particular, seja aquela do tipo generalizadora (parte do particular, vai ao geral e conclui pelo particular), seja a analógica ou empírica (que parte de um particular e conclui outro particular). No primeiro tipo, conforme nos ensina a Lógica Menor, o predicado que convém ao particular equivalente ao geral, convém ao geral, caso em que o particular deve ser suficientemente enumerado, para poder equivaler ao geral; no caso da indução empírica ou analógica, o princípio é de que o predicado, que se diz de um sujeito semelhante a outro, se diz deste outro, com probabilidade. Na indução empírica ou analógica, distinguem-se as espécies: 1º indução *a pari* (baseada na semelhança positiva, e de paridade *a casu pari ad-casum pare*; 2º indução *a contrário* (na hipótese de ir-se de um caso contrário a outro contrário, ou seja, estabelecendo-se os extremos da mesma espécie; 3º indução *a fortiori* (vai-se de uma caso mais forte para um menos forte, sendo que o caso menos forte é aceito, com maioria de razão), que num "*case law*", se apresentaria da seguinte forma: no "*leading case*" XYZ, num acidente automobilístico, houve danos pessoais leves e o causador foi obrigado a pagar indenização de *N* moedas (caso forte); no caso "*sub studio*", num acidente automobilístico, houve morte da vítima (caso menos forte) e, portanto, *a fortiori*, a indenização deverá ser de *N+n* moedas, apoiado com maioria de razão.

exemplo ilustraria: A firma um contrato com B e com C, absolutamente idênticos; ajuizada uma ação de A contra B, e havendo julgamento de que o "*leading case*" não mais se aplica à espécie (ou, em outras palavras, tendo havido ab-roga da norma), quais seriam as conseqüências do precedente para a validade do contrato entre A e C!? Na verdade, as questões de conflitos de normas no tempo, o Direito Intertemporal, dada a extrema fluidez e plasticidade da norma jurídica no sistema da "*Common Law*" suscitam questões de grande complexidade, que inexistem no sistema da família romano-germânica, onde impera, com muita nitidez, os momentos de entrada em vigor da norma jurídica e onde os *direitos adquiridos (a la Gabba)* ou, estes, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Constituição brasileira) ou a situação jurídica constituída (*à la Roubier*), são definidos com rigor.

Enfim, na comparação dos sistemas da família romano-germânica dos direitos e da "*Common Law*" reafirme-se o postulado de que não é permitido, em Direito Comparado, estabelecerem-se juízos de valor quanto a este ou aquele sistema, uma vez que ambos são criaturas da cultura e da civilização e plenamente cumprem com as funções para as quais o engenho humano os criou: proteger e salvaguardar a sociedade humana. Se os juristas e advogados da família romano-germânica olham com certa emulação a adequação dos "*case laws*" à realidade, advogados e juristas da "*Common Law*" sentem uma certa nostalgia, em face da harmonia e racionalidade dos códigos! Na essência é o velho contraste indução/dedução, ambos métodos válidos! No fundo, tanto a dedução quanto a indução, constituem-se em métodos científicos de conhecimento, aquela aplicável às ciências especulativas, esta às ciências práticas, porém não com exclusividade, pois na Física ou na Biologia existe a utilização de ambos os processos metodológicos. Nas ciências do comportamento do homem (que trabalham tanto com juízos de realidade, quanto com juízos de valor), o intercâmbio de ambos os métodos é ainda mais necessário, inclusive como condição de verificação de provas das afirmações, sob pena de falseamento dos postulados científicos, seja por uma generalização inexistente, ao que pode levar o abuso da indução; seja por um abstracionismo que descreva o mundo dos homens, como se fosse constituído de seres perfeitos e angelicais (o grande risco do abuso dos processos dedutivos).

Ou em outras palavras, tanto a pirâmide kelseniana abstrata, quanto a colcha de retalhos casuística, constituem criações engenhosas do homem, os sistemas jurídicos nacionais, concebidos para a salvaguarda e aperfeiçoamento da sociedade humana.

DIREITO SOCIAL

DIREITOS SOCIAIS E JUSTIÇA A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

José Reinaldo de Lima Lopes

Professor Doutor do Departamento de Teoria Geral e Filosofia do Direito
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Este trabalho pretende ser um estudo comparativo de como o Poder Judiciário norte-americano enfrentou questões distributivas, de políticas públicas e direitos sociais. Inicialmente referimo-me às análises das críticas feitas ao envolvimento do Judiciário em temas tradicionalmente reservados ao Legislativo ou ao Executivo. A seguir, analiso três casos exemplares em diferentes momentos da história neste século: os casos da reforma monetária de Roosevelt, a reforma dos hospitais psiquiátricos do Alabama e, finalmente, a política de imigração nos anos 90. Termino comentando as diferenças mais notáveis com o Brasil.

Abstract:

This paper is intended to make a comparative analysis of the ways in which the American Judicial branch has dealt with distributive matters, public policies and social rights. I begin with a reference to the critical analysis made on the involvement of courts with issues traditionally left to the Legislative and Executive branches. I continue by studying three paradigmatic cases brought to court in this century: the monetary reforms of Roosevelt, the psychiatric hospitals of Alabama and the immigration policies of the 90s. I end with a short note on the most noticeable differences with the Brazilian case.

Unitermos: justiça social; poder judiciário; direitos sociais.

* Este trabalho foi possível graças ao apoio financeiro da Fapesp-Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, ao apoio institucional da Universidade de São Paulo e da Universidade da Califórnia, San Diego (Departamento de Ciência Política). Pessoalmente, sou devedor de James Holston, professor da UCSD, pelo debate e pelas críticas. Na minha ausência da USP fui generosamente substituído por José Eduardo Faria, Francisco José Calheiros Ferreira e Antônio Maués. Devo muito ao diálogo com Elisa P Reis, da UFRJ, e à amizade de Gessé Marques Jr.

1. Introdução: O que está em jogo.

Este trabalho é uma primeira tentativa de comparar a atuação do judiciário em matérias de políticas públicas. A comparação com os EUA é pertinente, porque nosso modelo de controle de constitucionalidade é inspirado no norte-americano e antecede de muitas décadas a experiência européia. Para qualquer comparativista os contrastes entre Brasil e EUA são, assim mesmo, enormes. O respeito dos juízes norte-americanos pela presunção de constitucionalidade das leis é maior do que o dos brasileiros. Assim também seu respeito pelos precedentes das Cortes superiores. O nosso sistema de carreira, sendo de matriz européia, contrasta com o regime dos norte-americanos. Tudo isto merece ser lembrado.

A Constituição norte-americana desempenha um papel único na discussão política e jurídica do país. Contrariando a tradição inglesa, na qual o direito é muito jurisprudencial, a constituição é um documento normativo, uma fonte de direito conscientemente elaborada. Por outro lado, a cultura jurídica continua operando dentro da visão de que o direito é também produzido por precedentes consistentes dos tribunais. A Suprema Corte é ponte entre estas duas versões de um sistema jurídico: é chamada a dizer o que é constitucional, e assim é em última análise criadora da *constitutional law*. Ao mesmo tempo, tem consciência de que não pode se desfazer de um precedente com facilidade: sua autoridade provém do fato de que o direito (*law*) não pode ser objeto de sua disposição absoluta e um mínimo de direito natural (racional, lockeano, etc.) está incorporado à cultura jurídica e é permanente a idéia de *rule of law*.

Os direitos sociais dos cidadãos norte-americanos nunca foram explicitamente integrados à Constituição. Isto não impediu que fossem incorporados por decisões da Suprema Corte. Esta, interpretando a XIV Emenda de forma ampla, garantiu um mínimo de constitucionalidade às políticas sociais. Demorou muito tempo, pois a Suprema Corte desempenhou na maior parte da história um papel de conservadora do liberalismo. Foram os ramos eletivos (Executivo e Congresso) que fizeram as políticas sociais na maior parte dos casos. A jurisprudência da Suprema Corte, em primeiro lugar, afirmou a constitucionalidade das políticas sociais declarando que a legislação sobre negócios privados (contratos e propriedade) era legal: nestes termos, permitiu o aumento do poder de polícia (*police power*) em contraste com os limites da propriedade e do direito adquirido da famosa V Emenda (*takings clause* cláusula da desapropriação). Sob esta proteção constitucional

nasceram os programas de *affirmative action*, ou seja, de *promoção* de grupos subalternos. Em segundo lugar, foi obrigada a um verdadeiro *tour de force*, usando um dispositivo desenhado para proteger a igualdade formal (procedimental) na proteção de igualdades substanciais, ou como descrito por Frank Michelman, de um mínimo de bem-estar (de subsistência), reinterpretando completamente o sentido histórico do texto (Hirsch, 1992). Completando o quadro, a cláusula de regulação do comércio interestadual foi usada para dar ao Congresso competência em geral para intervir na economia nacional.

Convém distinguir duas espécies de direitos defendidos pelos movimentos sociais: os *direitos à redistribuição* dos ônus e benefícios econômicos da vida e os *direitos ao reconhecimento* da própria imagem, ao respeito devido a cada um (identidade). Embora ambos coloquem problemas relacionados ou relacionáveis à teoria da justiça, o texto que segue se restringe, o quanto possível, aos primeiros (direitos sociais de caráter econômico).

2. Uso do sistema jurídico: Direitos Sociais.

Lon Fuller (1981) investiga os limites da adjudicação (decisão judicial) como instrumento de regulação normativa. *Conflitos policêntricos* são os de divisão do indiviso ou do indivisível, que só podem ser terminados por formas de acordo. Isto porque o terceiro, chamado a decidir como juiz ou árbitro, não tem como escolher um argumento e uma prova de um ato. O caso é uma *teia de aranha*, em que uma interferência localizada não pode ser isolada do todo. Portanto, os *conflitos bilaterais* decidíveis pelo judiciário são de uma natureza distinta dos *conflitos plurilaterais* (policêntricos): plurilaterais não são os que envolvem muitos participantes, mas os que não podem ser decididos num jogo de soma zero (a vitória de um sendo a derrota de outro, mesmo parcialmente).

Os conflitos resolúveis pelo judiciário têm as seguintes características:

1. *O árbitro não pode ter iniciativa*, seja porque aquele que já se envolve num conflito a ponto de iniciar o processo alguma idéia já tem de seu resultado, seja porque as relações adjudicáveis são de reciprocidade; neste sentido, o árbitro/juiz está obrigado a dar igual atenção aos argumentos de ambas as partes;
2. *Uma decisão judicial precisa de fundamentos racionais*, compreensíveis e suficientes (*reasoned opinions*);
3. *A decisão judicial é por natureza retrospectiva* (aplica-se a casos já ocorridos), refere-se a fatos passados, suficientemente provados. Em

resumo, fatos e argumentos são materiais indispensáveis, não ponderações sobre conveniência, eficiência ou transformação/reforma.

Lieberman (1981) percebe que um número crescente de conflitos levados às Cortes apresentam diferenças estruturais com o conflito dual, de justiça corretiva ou comutativa. O modelo de Lieberman pode ser resumido no seguinte quadro:

Componentes	Adjudicação Tradicional	Estilo Emergente
ator	indivíduo identificável	coletividade abstrata de pessoas ou pessoas não-identificáveis
tempo do ato	passado imediato	passado distante, ou potencialmente continuando no futuro
natureza do ato	específica	não-específica, ou variedade de atos (atividade)
ilicitude	por definição legal	sem precedente ou legislação clara
prejuízo	palpável	intangível
vítima	indivíduo identificável	muitas pessoas, não necessária ou diretamente o autor
remédio provido	estrito, diretamente relacionado ao fato ilícito	amplo, não necessariamente deduzível da natureza do prejuízo
efeitos	sobre as partes do caso	sobre não-partes, milhões de pessoas eventualmente
envolvimento da Corte	emissão de um julgamento	envolvimento continuado

Os problemas de justiça distributiva num contexto de disputa institucionalmente bilateral são também percebidos por Cass Sunstein. Além das questões de eficácia e efetividade das decisões, o processo decisório judicial/arbitral impõe um limite às questões argumentáveis. *"Uma decisão que exija despesas com transporte de crianças para escolas, por exemplo, pode retirar recursos de uma área com igual ou maior exigência de recursos públicos inclusive programas de saúde ou assistência e previdência para os pobres"* Ressalta que o modelo judicial é fundamentalmente compensatório (corretivo): *A prejudica B, B exige que o status quo ante seja restabelecido por uma indenização.*

Nos anos 60 e 70, continua ele, a revolução dos direitos (*the rights revolution*) terminou por confundir duas ordens de *direitos*: de um lado aqueles

reivindicados pelo movimento de direitos civis (antidiscriminatórios) e de outro os direitos da *Great Society*, pregada por Johnson (proteção ambiental, direitos sociais, dos consumidores, e políticas redistributivas de renda em geral). Tanto no desenvolvimento do Estado regulador a partir dos anos 30, quanto na revolução dos anos 60 e 70, o papel do judiciário foi muito pequeno, quando comparado com o do Presidente e do Congresso, que por meio da legislação, da regulamentação ou das agências governamentais independentes, deram curso a medidas de reforma social. A diferença entre a intervenção estatal nos anos 30 e nos anos 60 reside no fato de que o primeiro objetivo do New Deal era a estabilização da economia, organizando preços e restaurando a possibilidade de iniciativa econômica. A intervenção dos anos 60-70 era a proteção dos grupos desprovidos ou subordinados. Em resumo, promoção da produtividade no primeiro caso, proteção dos desprovidos, no segundo.

Em qualquer dos casos, porém, o que está em jogo nos diversos conflitos é um conflito por um *bem público*, ou comum cujo consumo é não excludente (razão pela qual conflitos de justiça distributiva são jogos de soma não zero). A definição de bem público ou comum usada é de Olson (1971), para quem um bem comum, ou coletivo, ou público, é aquele que, se qualquer pessoa X, de um grupo X1, o consumir, não pode praticamente ser excluído do consumo de outros daquele grupo. Em outras palavras, mesmo aqueles que não pagam pelo bem não podem ser excluídos do seu consumo. "*O próprio fato de que um objetivo ou fim é 'comum' a um grupo significa que ninguém daquele grupo pode ser excluído do benefício ou satisfação conseguidos por sua consecução*" (Olson, 1971, p.15). Outra característica do bem comum é seu fornecimento solidário: uma vez fornecido para uma pessoa, pode ser fornecido a todos ou a muitos outros a um custo zero ou muito baixo. A saúde, a educação pública, a defesa e a segurança e a justiça têm muito desta característica: uma escola, um hospital, um tribunal, uma força policial, uma vez organizados podem ser usados por qualquer um de certo grupo (distrito, cidade, estado...) e os custos de fornecimento não são multiplicados só pelo número de beneficiários. Exemplo dramático é o da defesa nacional: uma vez organizada, ninguém pode ser excluído, pois não pode ser organizada para a defesa de um e não de outro num mesmo estado, e a proteção de um não exclui a de outro (quando o serviço é prestado publicamente: pois o serviço público pode ser apropriado privadamente por interesses específicos, resultando, claro, na deslegitimação de um processo político pretensamente democrático).

Em direito, alguns bens coletivos, públicos ou comuns são fornecidos *uti universi*, e não podem comodamente ser fornecidos (nem custeados) *uti singuli* sob pena de exclusões ilegítimas. Por isso, o preço de um bem público pode ser dividido por meio de *custos* impostos a todos os membros do grupo, não sob a forma de *preços* contratuais. O bem público é, por natureza, indivisível. No entanto, é possível que alguém se beneficie, escapando dos custos: trata-se do *efeito carona* (*free-rider effect*). "*O poder coletivo dos talentos e recursos de cada um é maior do que a simples soma dos talentos e recursos singularmente envolvidos. Cada pessoa individualmente, porém, sabe que pode ficar muito melhor se todos, menos ela, agir com vistas ao bem comum, de modo que ela possa se beneficiar do resultado sem ter que pagar pelo fardo comum. Se cada um seguir esta lógica e racionalmente optar pelo seu ganho pessoal às custas de todos os outros, não há cooperação. Todos ficarão pior. O que é racional para um indivíduo é tragicamente irracional para a sociedade como um todo.*" (Reich, 1983, p. 280).

O uso dos mecanismos tradicionalmente associados a direitos individuais, ou o uso de categorias apropriadas ao exercício da justiça comutativa, quando o conflito é de justiça distributiva leva em geral à *proteção judicial do carona*. Nestes termos, o direito invocado individualmente costuma estar associado ao privilégio ou à imunidade de certas imposições gerais cujo objetivo é distribuir os custos de um bem comum, ou forçar a contribuição para um bem comum que de outra forma seria inalcançável ou ineficaz. A imposição de certos custos e o impedimento do efeito-carona vistos positivamente são imposição de comportamentos cooperativos, que só fazem sentido se gerais (ninguém quer ser o único a pagar a conta, mas se houver alguma garantia de que todos vão pagar a sua parte - por obrigação legal, devidamente imposta, cumprida e executada, existe uma unanimidade hipotética, racional, pensável e desejável: cada um paga apenas sua parte).

Os limites à decisão judicial no que diz respeito a políticas públicas, mais especificamente sobre bens comuns ou coletivos (indivisíveis e inapropriados ou inapropriáveis individualmente), derivam da natureza do processo e dos bens, não apenas de fatores empíricos (como a cultura dos juízes ou os recursos materiais à disposição dos tribunais).

Rosenberg (1991) elenca alguns obstáculos institucionais-estruturais ao desempenho do sistema judicial em questões de políticas públicas, sobretudo quando inovadoras, reformadoras, desafiadoras da neutralidade presumida do *status*

quo jurídico. Em primeiro lugar a natureza limitada dos direitos constitucionais: essencialmente quer dizer que os direitos individuais são suscetíveis de adjudicação, enquanto as reformas só podem ser levadas a cabo num processo de deliberação. Em segundo lugar, os tribunais são menos independentes do que se imagina: ainda que sejam relativamente isolados politicamente dos outros poderes, a tendência é que reproduzam a visão do senso comum, a visão majoritária, a *mainstream public opinion*. Em terceiro lugar, quando escapam à perspectiva tradicional podem efetivamente decidir a favor de reformas sociais, mas neste caso não dispõem de meios institucionais (não se trata de recursos materiais) para implementar a reforma: a independência dos juízes é um obstáculo institucional, pois se um tribunal superior decide a favor de uma reforma, o juiz de primeiro grau pode retardar e de fato dificultar a execução da medida. Se o juiz de primeiro grau for criativo, o tribunal pode reformar sua decisão. A falta de poder de iniciativa (*ne procedat iudex sine auctorem*) retira do judiciário a possibilidade de estabelecer uma agenda, uma política, isto é, um conjunto de atos determinados para atingir um certo objetivo. Os tribunais, por definição, num sistema republicano, democrático e não-inquisitorial, são privados do poder da espada e da bolsa (*lack the sword and the purse*): ora, uma reforma social exige alocação de recursos, que os tribunais são proibidos de fazer pela *appropriation clause* da Constituição (proibindo que o Tesouro faça qualquer pagamento sem que haja autorização legislativa).

Analisando o envolvimento da Corte Suprema na defesa dos direitos civis dos negros, Rosenberg demonstra que entre 1955 e 1968 ela decidiu apenas três casos relativos a segregação racial: *Cooper v. Aaron* (1958), *Goss v. Board of Education of Knoxville* (1963), *Griffin v. Prince Edward County* (1964). No período, foi com muita parcimônia que a Corte agiu, assim como os tribunais inferiores em geral. A decisão famosa, de 1954, no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, dado o caráter descentralizado e dada a ausência de poder de controle da Suprema Corte (exceto por revisão em *certiorari*) sobre o desempenho dos outros tribunais, não significou mudanças gerais no sistema educacional segregado. Mas em 1964 foi sancionada lei de direitos civis (*Civil Rights Act*), em cuja execução se empenhou o Congresso e sobretudo o Executivo (Presidente Johnson). Na avaliação final, entre 1954 e 1964 a Suprema Corte pronunciou-se quatro vezes, com resultados muito modestos: a partir de 1964, com a ação concertada do executivo e do legislativo foram destinados fundos para o processo de *de-segregação*, que deslançou desde então. A consideração geral de Rosenberg é

clara: o uso de *test cases* traz à tona o problema político da segregação dos negros; mas o efeito político generalizado só pode ser obtido por meio de políticas públicas determinadas pelo executivo e pelo legislativo.

Michelman (1969), alerta para as dificuldades de uma estratégia adotada tipicamente pela Suprema Corte: a proteção de direitos sociais por meio da Emenda Constitucional n. 14, essencialmente uma emenda antidiscriminatória, incorporada à Constituição no período pós-guerra civil. Segundo ele, a estratégia judicial, adotada seja por advogados, seja pela Suprema Corte, consistia em considerar discriminatória qualquer prática que impedisse aos pobres igual acesso a determinados bens (voto, educação, etc). Neste sentido, a discriminação contra a pobreza seria comparável à discriminação contra a cor. Para Michelman, tal estratégia incorria em certos equívocos conceituais, só corrigíveis mediante o reconhecimento puro e simples do direito ao mínimo de satisfação de necessidades básicas. Desta forma, o que os "pobres" poderiam reivindicar não seria apenas um tratamento igual, o que implicava comparar sua satisfação com a de outros, mas um mínimo objetivamente determinável, independente de comparações. Na avaliação de Michelman, seria preciso reconhecer que a desigualdade econômica é repugnante aos princípios constitucionais republicanos, pois o Estado deveria proteger contra os efeitos endêmicos e aleatórios na economia por razões semelhantes às usadas para promover a segurança pública.

No entanto, a adoção deste conceito de direito a um mínimo de necessidades satisfeitas, antes que o direito a tratamento igual, demandaria remédios (soluções) que o judiciário não poderia adequadamente conceder (por falta de padrões decisórios justiciáveis, ou porque tais direitos exigiriam medidas de ação positiva, política pública).

A própria natureza dos bens públicos buscados num programa governamental podem ser um obstáculo à sua consecução pelo mecanismo tradicional do processo judicial. Os programas regulatórios buscam diminuir os riscos em massa, probabilística e estatisticamente: trata-se de zelar por um bem coletivo, como a saúde pública. Um bom programa de saúde pública ou de segurança no trabalho *pretende diminuir a incidência geral* de uma doença ou de acidentes do trabalho numa classe determinada de serviços, mas *não pode pretender eliminar os riscos individuais*. Para isso deve haver um sistema de seguros (público ou privado), como raciocina François Ewald.

3. Três exemplos: *Gold Clause Cases* (1935), *Wyatt Cases* (1970), *California V. Us* (1995).

Os três exemplos a seguir utilizados servem para ilustrar as dificuldades do processo judicial tradicional diante de casos de justiça distributiva. Nos três casos a seguir analisados, o interesse ou direito disputado é indivisível (o valor da moeda, ou a moeda como tal, um serviço público de saúde mental, uma polícia de fronteiras nacionais), a decisão refere-se à continuidade de um serviço ou bem público (*uti universi*), as partes no processo não representam adequadamente os interesses possíveis sobre o bem, o direito ou a coisa (o conflito é policêntrico: qualquer usuário de moeda no primeiro caso como credor ou devedor, todos os envolvidos no sistema de saúde no segundo caso pacientes dos hospitais, mas também os servidores e médicos, além de qualquer beneficiário do sistema de saúde -, todos os outros estados da União, no último caso).

3.1. *Gold Clause Cases*. Em 1935, a Suprema Corte foi chamada a decidir a constitucionalidade da reforma monetária efetivada por Roosevelt. Em março de 1933, o sistema monetário norte-americano enfrentou certas circunstâncias que se consideraram de emergência. Havia em poder do público um volume de títulos do Tesouro federal emitidos com a cláusula-ouro: os títulos poderiam ser resgatados seja em dinheiro seja em ouro, na proporção fixa de 25 e 8/10 *grains* de ouro, de 9/10 de pureza (US\$ 20,67 por onça). Esta cláusula era comum também em numerosos títulos emitidos por companhias privadas (*bonds*). Desta forma, o mercado financeiro encontrava-se vinculado fixamente ao padrão-ouro numa quantia determinada. A cláusula-ouro funcionava como um indexador, dando aos credores do Tesouro federal e dos devedores privados uma garantia contra a desvalorização da moeda. Em fevereiro de 1933 houve uma corrida pelo resgate dos títulos em ouro, ao mesmo tempo em que houve uma retirada crescente do ouro depositado. O objetivo era a compra de moeda estrangeira estável (a maioria das moedas européias já havia abandonado o padrão-ouro) ou a remessa do ouro para o exterior. Segundo os números apresentados no debate oral perante a Suprema Corte a disponibilidade de ouro à época era equivalente a 4 bilhões de dólares nos Estados Unidos, 11 bilhões de dólares no mundo; o total de títulos emitidos com cláusula-ouro nos Estados Unidos chegara a 100 bilhões de dólares. Claramente seria impossível resgatar todos os títulos em ouro: quem primeiro chegasse levaria seu depósito, os restantes ficariam privados do benefício do indexador. Os detentores dos títulos sem

cláusula-ouro, por seu turno, corresponderiam a uma fração do público desprovida de toda defesa contra o processo inflacionário. Entre 1º de fevereiro e 5 de março de 1933 houve uma retirada de U\$ 476,1 milhões de dólares de depósitos e resgates de títulos. Diversos bancos quebraram.

Diante de tais circunstâncias, o presidente Roosevelt decretou um feriado bancário em 6 de março (uma sexta-feira) e na segunda-feira, 9 de março de 1933, sancionou o *Emergency Banking Act*, que conferia poderes ao executivo para regulamentar o sistema financeiro, o mercado cambial e a bloquear os depósitos (*freezing of all gold deposits*), exportação ou armazenamento (posse) particular de ouro. Em 5 de abril, por decreto executivo, todos os títulos contendo cláusula-ouro passaram a ser resgatados por seu *valor nominal* em dólares, exclusivamente. Em 12 de maio foi sancionado o *Agricultural Adjustment Act*, impondo o poder libertário do dólar para todos os contratos e autorizando o presidente a reduzir o valor do dólar em relação ao ouro. Em 5 de junho, o Congresso aprova uma Resolução-Conjunta (*Joint Resolution*) que dispõe entre outras coisas: a. qualquer cláusula que estipule o pagamento em ouro ou em outra moeda especial, que não o dólar, é declarada contra a política pública (*public policy*); b. todas as obrigações, anteriores ou posteriores à Resolução, seriam pagas dólar por dólar, valor nominal, em débitos públicos ou privados; c. o termo obrigação inclui qualquer obrigação pagável em dinheiro, pública ou privada, exceto o meio circulante. Em 28 de agosto, o presidente emite um novo decreto regulando os depósitos em ouro. Em 30 de janeiro de 1934 é sancionado o *Gold Reserve Act*, pelo qual o secretário do Tesouro é instruído a derreter todas as moedas de ouro, autoriza-se o resgate dos depósitos de ouro no dólar-ouro apenas para o pagamento de negócios internacionais. Finalmente, em 31 de janeiro de 1934, o presidente desvaloriza o dólar, passando a valer 15 e 5/21 *grains* de ouro puro (9/10), ou U\$ 35,00 por onça. A desvalorização equivale a 69,32%.

Em aproximadamente um ano foram tomadas medidas que equivaleram a retirar o ouro de circulação (obrigando o seu depósito), congelamento de todos os depósitos em ouro, anulação de todas as obrigações (públicas e privadas) indexadas em ouro, resgate de todos os depósitos ou títulos pelo valor nominal em dólar e, finalmente, a desvalorização do dólar em relação ao ouro.

O caso chega à Suprema Corte por meio de um *writ of certiorari* na disputa entre Norman v. Baltimore & Ohio Railroad (procedente de Nova Iorque) e de United States Et Al. v. Bankers Trust Co et al. Na mesma ocasião, a Suprema

Corte instrui por *Certificate* duas U.S. Court of Claims nos casos *Nortz v. United State* e *Perry v. United States*. As decisões conjuntas são dadas em 18 de fevereiro de 1935, depois de ouvidas as sustentações orais entre 8 e 10 de janeiro, no ano judiciário iniciado em outubro de 1934 (US 294, 240-381), ficando conhecidas como *Gold Clause Cases*.

Pela inconstitucionalidade das medidas de reforma monetária, argumentava-se em resumo o seguinte. O Congresso não dispunha de poder para aumentar ou diminuir as obrigações contratadas entre particulares; a cláusula-ouro era parte de um negócio contratual e não uma moeda; seu objetivo era simplesmente determinar mais precisamente um valor de troca; qualquer objeto podia ser usado como medida de qualquer coisa, inclusive o ouro; apenas as leis falimentares (Constituição, art. I, Sec. 8, 4) poderiam alterar as cláusulas de pagamento de um contrato; o poder de emitir moeda não incluía a determinação de obrigações entre credor e devedor; a Resolução do Congresso era uma desapropriação ou confisco do credor sem indenização, contrária ao direito de propriedade protegido pela V Emenda da Constituição; se a proibição da cláusula-ouro era necessária para o bem comum (público), os prejudicados haviam sido afetados por uma desapropriação e faziam direito a uma indenização e afinal o resultado das medidas havia sido a transferência de propriedade da classe dos credores para a classe dos devedores. *Bankers Trust Co.* argumentou que a cláusula-ouro era conhecida desde sempre; os contratos, quando feitos, eram perfeitamente legais e válidos; a Resolução do Congresso ultrapassava os poderes de tomada de empréstimo previstos na Constituição e aqueles relativos à emissão de moeda; o propósito do Congresso havia sido a desvalorização da moeda e respectivamente a redução do valor das obrigações; se o Congresso estivesse autorizado a fixar o poder aquisitivo da moeda, estaria também autorizado a fixar todos os preços; a situação de emergência poderia obrigar um país a declarar sua incapacidade de pagar suas obrigações, mas não de repudiar seus débitos; a constitucionalidade daquela Resolução significaria que o Congresso, a qualquer momento, poderia destruir todos os contratos; finalmente, a Resolução-Conjunta significava simplesmente que a propriedade de uma pessoa (o credor) estava sendo transferida para outro particular (o devedor).

Pela constitucionalidade da medida foram apresentados os argumentos seguintes. A constitucionalidade dos atos do Congresso é sempre presumida, o que se exige da coordenação dos poderes do Estado; o Congresso detinha um poder discricionário sobre a regulamentação do sistema monetário, a menos que esta se

revelasse claramente arbitrária, caprichosa e irracional (*arbitrary, capricious and unreasonable*). Ora, as condições de 6 de março de 1933 eram extraordinárias: bancos estavam falindo e apenas o dólar, ao lado do franco suíço e do florim holandês, não havia sido desvalorizado em relação ao ouro. A seqüência de atos do presidente e do Congresso demonstravam que não se tratava de medidas arbitrárias ou caprichosas, mas de uma verdadeira política orientada, conjunta e harmoniosamente determinada pelo executivo e pelo legislativo. Por outro lado, se a Suprema Corte aceitasse os argumentos dos autores estariam elevando o total de obrigações em moeda em mais de US\$ 69 bilhões e reduzindo o saldo do Tesouro em mais de 2,5 bilhões de dólares, aumentando sua dívida em 10 bilhões de dólares. Os argumentos dos credores eram pela inviolabilidade dos contratos, enquanto que o governo tinha o direito de zelar por sua própria subsistência (*self-preservation*), o que um contrato escrito entre particulares não poderia impedir; o ouro não é uma mercadoria qualquer, e neste sentido os contratos com cláusula-ouro interferiam com a competência federal. A Resolução-Conjunta não era uma desapropriação, apenas frustrara objetivos privados incompatíveis com o exercício do poder soberano nacional, desapropriação e frustração sendo coisas diferentes. A alegação de que o propósito da Resolução era transferência de propriedade era irrelevante e imaterial. Ora, os contratos particulares só podem ser interpretados tendo como pano de fundo a existência de um poder soberano nacional, como postulado de qualquer ordem jurídica. Os valores são coisas relativas, por isso o poder de regular o valor da moeda, previsto na Constituição, só poderia significar uma atividade contínua, não a fixação de uma medida determinada. Se a Resolução fosse invalidada, a moeda dos EUA não teria o mesmo valor para todos, nem para todos os débitos: a cláusula-ouro era um obstáculo à paridade, e continuar a sua existência significaria preferir os direitos dos credores de *gold certificates* aos outros credores em geral, pois em fevereiro de 1933 era impossível resgatar a dívida pública nos valores em ouro; e isto implicaria, rejeitada a Resolução, a resgatar a dívida em ouro até que as reservas se esgotassem, denegando tratamento igual a todos os credores (algo que na tradição do direito romano-canônico chamamos de *par conditio creditorum*). A cláusula-ouro havia se transformado num obstáculo à capacidade do Tesouro de tomar empréstimos e ao mesmo tempo criava uma classe privilegiada de credores, detentores de 20 bilhões de dólares em títulos federais, aos quais estaria sendo dada uma imunidade, por força de um contrato, às necessidades gerais da justiça e do direito. O poder de emitir moeda e regular seu valor pertence por natureza ao *iura*

maiestatis. Estes argumentos foram apresentados pelo procurador-geral dos Estados Unidos. Foram em seguida complementados pelo advogado da Reconstruction Finance Corporation, que em resumo acrescentou o seguinte. As cláusulas-ouro anulavam o poder do Congresso de estabelecer uma moeda uniforme e o legislativo dispunha de poder para declarar inválidas todas as disposições cujo objetivo era frustrar o exercício dos poderes constitucionalmente estabelecidos.

A Corte inicia suas razões afirmando que a decisão que lhe cabe é sobre os poderes (competência) e não sobre a política do Congresso. Quando contratadas, as obrigações de cláusula-ouro não implicavam ilegalidade. Seria preciso examinar, pois, a competência do Congresso para estabelecer o sistema monetário, para anular disposições de contratos existentes e analisar se a cláusula-ouro era uma interferência dos particulares na esfera de competência congressional. Um primeiro argumento da Corte esclareceu que a propriedade do ouro ou da prata era sujeita a limitações especiais, pois o ouro e a prata cunhados têm um valor diferente de seu valor intrínseco: seu poder liberatório. Este advém da lei. Por isso o poder de cunhar (e emitir) moeda inclui o poder de regular (proibir a destruição, exportação, etc.) de ouro e prata. Além disso, o Congresso pode, em geral, legislar sobre obrigações: a legislação de falências é um caso típico, diz a Corte (em que se diminui a exigibilidade dos créditos), mas em tempos de guerra, por exemplo, pode proibir transações com nações inimigas, ou mesmo em tempo de paz pode impor restrições ao comércio. A proteção constitucional contra desapropriação ou confisco limita-se à desapropriação direta, não a qualquer perda ou prejuízo: por exemplo, um aumento de imposto ou de tarifa é uma perda, mas "quem jamais suporia que por causa disto uma tarifa não poderia ser aumentada, ou uma lei impondo embargo ou proibição de negócios ser promulgada, ou uma guerra ser declarada?" Ora, no caso o efeito da lei tinha sido que todos os credores haviam perdido alguma coisa, mas em geral todos tiveram a mesma perda. Os contratos com indexação tratavam do estabelecimento da moeda, por isso lidavam com matéria da competência do Congresso: tinham uma *congenial infirmity*. Não se encontrava fundamento constitucional para impedir o Congresso de proibir contratos ou cláusulas, de outro modo a autoridade federal estaria sujeita - quanto aos seus poderes de regular o comércio interestadual - ao que dispusessem as partes de um contrato. No entender da Corte a ação do Congresso também não era caprichosa ou arbitrária: correspondia de fato a uma política determinada, e, neste sentido, não-sujeita à revisão judicial. Segundo a maioria, as medidas haviam alterado o sistema monetário: na nova moeda

os estados, as cidades, as companhias de estrada de ferro, as concessionárias de serviços públicos iriam receber suas rendas, e não seria possível aceitar que tais recebimentos estivessem sujeitos à nova legislação e controlados pela nova moeda, enquanto as obrigações a serem pagas estivessem regidas por outra lei e pela antiga moeda. Se assim fosse, os devedores seriam obrigados a pagar um dólar e 69 centavos e a receber apenas um dólar de outro lado. A Corte, diz a maioria, não pode lidar com as conseqüências individuais de políticas gerais: no Congresso reside de fato o poder de legislar sobre moeda e a manutenção da cláusula-ouro nos contratos seria permitir que os particulares executassem contratos interferindo diretamente nos poderes do Congresso. E a interferência do Congresso nos contratos, por outro lado, não fora caprichosa (arbitrária), com desvio de poder.¹

3.2. *Wyatt Cases* (Wyatt v. Stickney, 344 F. Supp. 373, 344 F. Supp. 387 (M.D. Ala. 1972), 325 F. Supp. 781, 344 F. Supp. 1341 (M.D. Ala. 1972); Wyatt v.

1. O contraste com as decisões da justiça federal brasileira no caso da reforma monetária de 1990 não poderia ser maior. Até hoje, a grande maioria dos tribunais julgou o "Plano Brasil Novo" do ponto de vista exclusivamente individual e contratual. Algumas decisões consideram o caso como dever de indenizar do Estado, o que resulta num paradoxo insolúvel: se o Estado deve indenizar a todos pela perda do valor da moeda, quem são os que pagam por isso, se não todos? Por isso, aliás, a razão impõe a regra, até hoje nunca desafiada, de que os prejuízos universais não são indenizáveis. Poucos foram os juristas que mostraram o caráter eminentemente público da reforma monetária, entre eles contandose: Letácio Jansen (*A face legal do dinheiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991), Diogo de Figueiredo Moreira Neto ("A reforma monetária e a retenção dos ativos líquidos no Plano Brasil Novo", *Revista de Informação Legislativa*, 108 (49:66)) e Gilmar Ferreira Mendes ("A reforma monetária de 1990. Problemática jurídica da chamada 'retenção dos ativos financeiros'", *Revista de Direito Administrativo*, 186 (26:92), 1991). Segundo Gilmar Ferreira Mendes o TRF da 3ª Região só pôde dizer que a reforma monetária era um "nada jurídico" porque se recusou a enquadrá-la naquilo que ela realmente era, deixando de considerar os argumentos de sua natureza monetária-financeira e recusando-se a perceber que o exercício do direito constitucional de propriedade faz-se conforme a natureza do bem: a propriedade sobre um lote de terras é distinta da propriedade sobre um crédito. Os tribunais federais recusaram-se a dar validade à desindexação do Plano Brasil Novo caso a caso: deste modo, hoje existem créditos indexados e desindexados, sendo que há várias decisões aceitando, por exemplo, que os salários deveriam ser desindexados. O tratamento desigual (não-isonômico) é provavelmente uma das conseqüências mais graves da outorga de poder ao juiz singular para decidir questões de políticas sociais distributivas ou compensatórias. Sobre o assunto, houve um debate clássico a respeito da desindexação na Alemanha de Weimar também (cf. Nussbaum, 1939 e 1950). Em resumo, a Suprema Corte entendeu que o caso era de um bem público: por isso, descartou a interpretação, hoje corrente em algumas jurisdições federais brasileiras, de que se tratava de milhões de contratos entre o Estado e cada um dos cidadãos. A situação era plurilateral: o fundo comum (não uma pessoa, o Estado) e todos os participantes do fundo comum (cidadãos), simultaneamente credores (pela moeda e pelos títulos) e devedores (pelos impostos e preços) não apenas do fundo, mas através deste fundo, uns dos outros. Especialmente nos lugares onde a voz do poder econômico tende a ser mais forte é notável que a solução seja dada em termos individuais contratuais, e que o resultado seja o benefício de alguns (exportadores indenizados por desvalorizações cambiais, companhias aéreas indenizadas por congelamento de tarifas, etc) em detrimento de muitos.

3.2. *Wyatt Cases* (Wyatt v. Stickney, 344 F. Supp. 373, 344 F. Supp. 387 (M.D. Ala. 1972), 325 F. Supp. 781, 344 F. Supp. 1341 (M.D. Ala. 1972); Wyatt v. Aderhold, 503 F.2d 1305 (5th Circuit. 1974). Esta série de casos ilustra um dos dilemas da busca do judiciário para a solução de casos dramáticos de políticas públicas, numa confluência de problemas que vão dos direitos civis e garantias individuais até a administração de um sistema de saúde. A ação iniciou-se em 23 de outubro de 1970 e, em abril de 1972, um juiz federal determinou aos hospitais psiquiátricos do Estado do Alabama o cumprimento de uma ordem de mais cinquenta itens específicos, de modo a se adequarem a limites de higiene, salubridade, segurança e saúde para os internos. Os internos eram pessoas mantidas sob custódia por medida de segurança, ou seja, incapazes e inimputáveis que não poderiam ser condenados e submetidos a penas nas prisões estaduais. Do ponto de vista dos direitos civis os pacientes não poderiam ser privados de sua liberdade sem o devido processo legal, só poderiam ser mantidos internados (contra sua vontade) por motivos de saúde. Se os hospitais estavam num estado de penúria, sem dar tratamento adequado, seria o caso de liberar seus pacientes. A alternativa seria cumprirem os padrões determinados pelo juiz.

O caso se transforma na administração dos hospitais pelo judiciário pela própria natureza da lide. No caso, as vítimas não queriam indenização, queriam uma mudança de atitude (por parte do governo e por parte da administração do hospital), queriam um estado diferente de coisas para o futuro. O caso poderia ter um impacto político. Jethro Lieberman (1981) fala da *Síndrome da Intervenção Federal no Alabama*, isto é, a característica daquele estado de só permitir o exercício dos direitos civis sob a ameaça de intervenção federal. Assim, os juízes federais davam ordens, que os potentados políticos locais não cumpriam, dando vez à intervenção federal. Neste jogo de cena, os juízes federais participavam indiretamente permitindo que os políticos locais se apresentassem a seus eleitores (brancos, conservadores, racistas, etc.), dizendo-se vítima do governo federal, jamais assumindo a responsabilidade por políticas antipopulares, que nunca eram votadas ou implementadas na esfera estadual.

O problema tipificado nos casos Wyatt é o da impossibilidade de uma instituição desenhada para dirimir certos conflitos bilaterais sobre fatos precisos e passados desempenhar-se bem em outra qualidade de conflito. Por exemplo, o juiz proibiu que os internos trabalhassem, pois entendeu que se configurava trabalho forçado: com o passar do tempo, os próprio peritos que acompanhavam o caso

concluíram que, sem trabalhar, os internos estavam piorando de saúde. Logo depois apresentou-se a questão dos recursos financeiros, materiais e humanos: para cumprir a ordem judicial seria preciso aumentar consideravelmente o orçamento dos hospitais, contratando pessoal, reformando os edifícios. Mas o juiz não tinha condições de propor emendas ao orçamento, ou mesmo fazer um rascunho ou uma proposta orçamentária que viabilizasse sua ordem, junto com todas as outras prioridades do estado. Poderia o juiz, para fazer cumprir sua decisão, sentenciar um aumento dos impostos? Finalmente, o próprio número de médicos empregados pelo Estado do Alabama seria insuficiente para cumprir a ordem judicial: para prover os hospitais psiquiátricos de médicos, conforme determinado pelo juiz, seria preciso deslocá-los de outras funções e até de áreas rurais e pobres do interior do estado. A saída foi começar a dar ordens para liberar pacientes. De qualquer maneira, o efeito político foi sendo aos poucos ampliado: entre 1971 e 1975 o orçamento estadual, votado pelo legislativo, triplicou as despesas com saúde pública.

3.3. O terceiro caso diz respeito à ação proposta pelo Estado da Califórnia, seu governador e outros, contra os Estados Unidos da América e outros (*Caso n. 94-0674-K (CM), na United States District Court, Southern District of California, Western Region, em San Diego, CA*). A ação proposta, em 29 de abril de 1994, foi julgada em 13 de fevereiro de 1995. Os fatos e pedidos formulados eram os seguintes: 1. que o Estado da Califórnia estava sendo objeto de uma invasão de imigrantes estrangeiros (mexicanos) que era dever da União impedir; 2. que por força de tal invasão havia sido obrigado a prover assistência médica de emergência que deveria ser paga pelo governo dos EUA; 3. pedia-se o reembolso das despesas havidas com o encarceramento de tais estrangeiros ilegais, que haviam cometido crimes definidos pelo direito californiano; 4. pedia-se também ordem para que a União repatriasse imediatamente os imigrantes estrangeiros ilegais; 5. requeria-se declaração de que os EUA não mantinham a guarda dos estrangeiros liberados das prisões do estado; 6. requeria-se ainda declaração de que o procurador-geral dos EUA havia de fato deixado de cumprir seu dever de acusar e processar os que tentavam ilegalmente atravessar a fronteira repetidas vezes (*repeat border crossing offenders*); 7. pedia-se que fosse declarada a obrigação de a União repatriar os imigrantes estrangeiros, não até a fronteira, mas até sua destinação final no interior do México; 8. finalmente, exigia-se o reembolso das despesas com educação de filhos dos imigrantes ilegais.

A Corte Distrital para o Sul da Califórnia decidiu pela improcedência da ação. A decisão principia citando a regra estabelecida pela Suprema Corte em *Lujan v. Defenders of the Wildlife* (112, S.Ct. 2130-1992) segundo a qual, quando o prejuízo alegado ou sofrido pela vítima deriva de regulamentação ou falta de regulamentação da atividade de terceiros, a indenização é devida pelos terceiros, não pelo governo que a regulamenta. A partir deste primeiro enquadramento, a Corte decreta a improcedência dos pedidos, justificando-se especificamente. Quanto à alegada invasão, entende que os imigrantes ilegais não invadem o território da Califórnia no sentido constitucionalmente previsto, que exigiria a proteção da União (defesa nacional): o caso é de política de imigração, não um caso de ocupação militar ou insurreição. Ora, a política de imigração depende do poder dos Estados Unidos (União) controlarem-na. Assim, de um lado a cláusula da invasão não cria, para o Estado da Califórnia, um direito justiciável (*justiciable right*), que possa ser exercido por via judicial, de ver-se livre de imigrantes ilegais. Toda a política imigratória, diz o juiz, é não-adjudicável, e está totalmente nas mãos do Congresso e do Executivo. Inexiste um padrão judicial pelo qual se possa julgar a partir de que momento uma imigração se transforma em invasão. Para julgar o caso, o tribunal seria obrigado a "*rever na totalidade a execução (enforcement) das leis de imigração para determinar quais as alocações orçamentárias e quais as medidas de execução que deveriam ser tomadas.*" Mas, de acordo com a decisão de 20 de dezembro de 1994 de outra Corte Federal (Flórida), "*o juiz não tem capacidade para identificar os critérios para a tomada de tais decisões. Isto é claramente algo fora da jurisdição do judiciário.*" No sistema de separação de poderes norte-americano (*checks and balances*) decisões desta natureza pertencem ao Executivo e ao Legislativo.

No que diz respeito ao reembolso das despesas médicas com imigrantes ilegais, a decisão precisaria, em primeiro lugar, declarar que o sistema federal de auxílio-saúde é inconstitucional ou que a adesão da Califórnia ao sistema foi *coagida* pelo governo federal. No entanto, a Califórnia aderiu ao programa e não o denunciou: vem se beneficiando de enormes repasses federais na área da saúde e seu desligamento do programa deveria ser feito pelos órgãos competentes do próprio sistema republicano de governo da Califórnia, isto é, seu Executivo e seu Legislativo.

Quanto aos custos com encarceramento de imigrantes ilegais, a Califórnia não tem ação contra os Estados Unidos, pois se trata de fazer cumprir suas

próprias leis (o sistema criminal é descentralizado nos EUA). Por outro lado, e este argumento é central na decisão, o valor alocado orçamentariamente para o Departamento de Justiça para a Política de Imigração, não pode ser redirecionado pelo Judiciário. A Suprema Corte já definiu a regra, segundo a qual uma quantia destinada globalmente a um departamento ou uma agência do Executivo deve ser deixada ao critério da agência, para que esta julgue as circunstâncias em que melhor poderá cumprir suas funções definidas em lei. O judiciário não pode simplesmente emitir uma ordem mandando o procurador-geral (nos Estados Unidos, o chefe do Departamento de Justiça) tomar uma atitude e fazer um desembolso que, por lei, depende de sua discricção.

O pedido de que o Departamento de Justiça seja julgado responsável por não dar cumprimento à norma do 8 USC 1252 (a) (d), que impõe a deportação de estrangeiros culpados de crimes, também não pode ser acolhido, pois a determinação ali contida é uma simples *diretiva* (instrução) ao procurador-geral, conforme o próprio Congresso especificou (*Immigration and Nationality Technical Corrections Act*, de 1994). A Califórnia não tem, portanto, um direito subjetivo propriamente contra o procurador-geral. Já quanto aos outros pedidos, relativos ao não-aprisionamento de certos imigrantes, ou acusação criminal de outros, em geral, não-só a matéria cai outra vez no âmbito da discricionabilidade do Departamento de Justiça, como também a execução limitada (*partial enforcement*) não significa ausência de ação. Do contrário o judiciário seria obrigado (ou autorizado) a determinar quais as prioridades de execução o Executivo deveria escolher, dada a limitação de meios do procurador-geral. O Tribunal Federal do 9º Circuito já decidiu que "*a execução limitada e discricionária de certas tarefas não significa recusa de execução*" No que diz respeito ao repatriamento apenas até a fronteira, dada a soberania do país vizinho, México, na verdade o máximo que o Departamento de Justiça pode realmente fazer é pagar uma passagem de ida até a destinação final do deportado ou repatriado, mas não mais que isso. Finalmente, no que diz respeito aos custos com a educação de filhos de imigrantes ilegais, o caso escapa totalmente à perspectiva da ação: o dever do Estado da Califórnia de propiciar tal educação procede da Constituição (cláusula de proteção igual), conforme definidos no caso *Plyler v. Doe*. Finalmente, a ação encontra obstáculo na chamada *sovereign immunity clause* e na *appropriation clause* da Constituição como definiu a Suprema Corte, "*na ausência de apropriação específica (orçamentária, pelo Congresso e Executivo), as Cortes federais não têm competência para ordenar*

pagamentos em dinheiro na forma de reembolsos" (*City of Houston v. Housing and Urban Development*). Com base em tudo isto, os pedidos de número 1, 2, 3 e 8 ficaram também indeferidos pela imunidade de soberania.

3.4. Os casos são significativos de seus respectivos momentos históricos. Seguindo a classificação de Sunstein, percebe-se que os *Gold Clause Cases* dizem respeito à *intervenção do estado na economia* para fins de estabilização. O segundo caso, *Wyatt Cases*, diz respeito a *direitos civis*, pois está fundamentado na liberdade individual (direito a não ser encarcerado sem o devido processo legal), mas também a *direitos sociais* (direito à saúde e aos serviços públicos). Finalmente, a disputa no terceiro caso envolve a devolução de poder aos estados (desnacionalização das questões sociais) ou *descentralização*, os problemas de uma sociedade pluriétnica e a definição de políticas públicas (de imigração, envolvida com Direito Internacional da nova geração liberdade de locomoção dentro de grupos econômicos, Nafta no caso). E em todos os três alguma forma de bem público ou coletivo está em disputa. No primeiro caso, o dinheiro enquanto bem público; no segundo, o sistema de justiça e de saúde, e no terceiro caso a autonomia de uma comunidade (o Estado da Califórnia) em relação a outra (União).

Os três casos, ou melhor, as três séries de casos, colocam o problema central de uma teoria da justiça distributiva. Há argumentos de natureza jurídica que se relacionam diretamente com os temas da teoria da justiça. O primeiro é o do tratamento igual; o segundo é o da natureza do valor do dinheiro (bem público, indivisível); o terceiro é do equilíbrio entre liberdade individual e poderes da autoridade política. Os três casos colocam diante do judiciário conflitos de caráter plurilateral, policêntrico, ou seja, de alocação entre várias partes de recursos escassos ou indivisíveis, e não de retribuição ou indenização.

Os argumentos no caso da cláusula-ouro podem ser alinhados em termos de defesa dos critérios de justiça comutativa e dos critérios de justiça distributiva, conforme se encare a natureza do bem e do conflito. O argumento dos credores de títulos com cláusula-ouro trata a matéria do ponto de vista da justiça comutativa. Para eles, a regulação interfere na propriedade privada e nas promessas. Nitidamente, a questão está colocada do ponto de vista de um bem perfeitamente identificado, individuado e divisível (seu crédito) que pode ser objeto de uma alocação definida em termos de troca: se o governo pretende extirpar a cláusula-ouro dos contratos, que pague (indenize) os credores, de outra forma, como alegam, estaria simplesmente transferindo propriedade de credores para devedores.

O argumento do governo, pelo procurador-geral dos EUA e pela *Finance Reconstruction Corporation*, vai na linha da justiça distributiva. Neste sentido, a extinção da cláusula-ouro vale para todos ou não-vale para ninguém: se houvesse a pretendida indenização estaria ocorrendo uma preferência de um grupo de credores sobre outros, pois seriam pagos todos os débitos (públicos e privados) até que fossem satisfeitos os contratos com o indexador ouro, enquanto que os credores de dólares sem indexação ficariam a ver navios, seriam satisfeitos apenas se sobrassem reservas no Tesouro federal, por exemplo. O governo argumenta que o conflito é de caráter distributivo, e não-comutativo: dada a impossibilidade de resgate simultâneo de todos os títulos indexados, o seu pagamento com o indexador implicaria tratamento privilegiado dos detentores de papéis e contratos corrigidos pelo padrão-ouro. Era uma situação falimentar, de fato: por isso os dois lados referem-se à possibilidade, constitucionalmente reconhecida, de o Congresso legislar sobre falências e determinar rateios e pagamentos de forma diversa da prevista nos negócios originais, feitos quando o devedor está *in bonis*. Ninguém questiona a possibilidade de tal legislação, pois a falência é tipicamente uma situação de conflito policêntrico, em que o patrimônio do devedor se transforma em massa indivisa (uma *universalidade*) para satisfazer a todos os credores ao mesmo tempo, conforme suas classes e privilégios, mas na qual ninguém tem, em princípio, direito ao seu próprio crédito, senão ao pagamento na *moeda da falência (rateio)*.

A Suprema Corte dá outra fundamentação para legitimar e manter a reforma monetária de Roosevelt. Apela para o caráter de *bem público* do dinheiro. Este caráter provém do fato de que o ouro e a moeda não têm valor apenas intrínseco ou de uso: são instrumentos de troca. Mas, diz a Corte, são instrumentos de troca apenas porque há uma autoridade que os define: não são as partes de um contrato que fazem uma moeda, é a comunidade ou a autoridade. As partes aceitam o ouro, ou o dólar, porque sua aceitação universal como instrumento de pagamento é imposta pelo soberano, pela autoridade pública, pelo governo. Por isso, diz, seu *poder liberatório* não vem da escolha individual das partes, pois não se trata de simples troca de mercadorias, mas de *pagamento*. E poder liberatório só existe quando a expectativa geral de aceitação é dada pela lei. Nestes termos, o dinheiro é objeto de regulação pública, é bem público, e indivíduos singularmente considerados não podem, por via de contrato, determinar este bem: ao assim fazerem, interferem num campo, por natureza, pública, e suas convenções aí têm uma *debilidade intrínseca*. A Suprema Corte reconhece que a aceitação de um instrumento de troca é

uma qualidade originada não pela soma de muitos contratos individuais, mas de uma expectativa protegida por lei. Este é o componente de soberania detido pelo Congresso, que as partes não podem reter para si singularmente.

O que estava em jogo era uma situação típica do *carona*: se todos fossem obrigados a usar a nova moeda, desvalorizada, enquanto os detentores dos títulos indexados (especialmente os que haviam chegado à Suprema Corte), os custos da estabilização econômica e financeira seriam suportados por uma parte (os que não tinham títulos indexados), e os benefícios seriam distribuídos por todos: os detentores dos *gold certificates* estariam se beneficiando da nova situação sem ser atingidos pelos custos.

Os casos *Wyatt*, por seu turno, mostram a transformação do judiciário num administrador quando a proteção dos direitos sociais o envolve em pedidos, cuja implementação depende de políticas públicas. Em outras palavras, quando em vez de uma decisão exequível por simples transferência de uma coisa ou interesse de um indivíduo para outro, torna-se necessário apropriar-se de um fundo público, aplicá-lo e acompanhar sua aplicação, alterando inclusive o curso de aplicação/execução inicialmente adotado. Neste caso, o bem público tem o caráter definido por Olson, e o conflito é tipicamente policêntrico, como definido por Fuller. É público na medida em que um hospital ou um sistema hospitalar não é organizado para um único paciente, e, uma vez organizado, qualquer paciente qualificado na classe (pobre, indigente, submetido a medida de segurança, etc.) pode fazer uso dele. A provisão e o uso são naturalmente comuns: tanto que o pedido contido na ação era de fechamento do hospital e liberação dos internos, caso não fossem atendidos certos padrões de serviço, e não um tratamento específico para cada um dos autores em litisconsórcio. É policêntrico porque estão envolvidos interesses muito diferentes e opostos numa relação não-binária. O interesse do estado, por exemplo, não coincidia totalmente com o dos profissionais da saúde que administravam o hospital, que por sua vez não coincidia necessariamente com o dos internos, que por sua vez poderia chocar-se com o dos contribuintes carentes das cidades do interior, e assim por diante. Neste sentido, seria muito difícil alinhar apenas dois lados no conflito e seria também difícil decidir alocando o resultado numa soma zero. O fundo de onde deveriam sair os recursos para a reestruturação do sistema era o mesmo de onde sairiam todos os recursos do estado.

O resultado é que um juiz assim envolvido se transforma de julgador em administrador: pois não julga fatos passados de acordo com regras predefinidas,

mas avalia atividades com critérios ainda não-definidos claramente. O julgador precisa nestas circunstâncias mais do que um instinto para o precedente. Ele não apenas ordena, precisa também fiscalizar e administrar. E depois de ordenar, pode ver-se diante da falta de dinheiro para cumprir sua ordem. Na falta de verbas para cumprir seu plano de reestruturação dos hospitais psiquiátricos do Alabama, o que poderia fazer o juiz Johnson? Reescrever o orçamento estadual? Ou se apropriar dos fundos públicos que julgasse conveniente, contrariando a previsão constitucional de que nenhum pagamento seria feito às expensas do Tesouro sem que houvesse previsão legal (Constituição dos EUA, art. I, sec. 9, 7). O passo final seria, naturalmente, que o juiz Johnson, na falta de verbas, lançasse também tributos gerais para conseguir cumprir sua decisão. Não apenas verbas, mas também recursos humanos seriam escassos: como conseguir suficientes médicos, enfermeiros e pessoal administrativo de uma hora para outra? Deslocando-os de outros hospitais obrigatoriamente, contrariando seja a vontade dos profissionais, seja a necessidade de outros serviços de saúde? Na época o Estado do Alabama dispunha de uma das mais baixas taxas de médico-pacientes nos EUA (Lieberman, 1981, p. 127). Impossibilitado de fazer isto, restava ao juiz Johnson transformar-se num mediador entre pacientes, hospitais e estado para implementar lentamente algumas melhorias factíveis. A série de casos representa, porém, um período de típico ativismo judicial, em que se colocava esperança no papel transformador e reformista dos tribunais (do judiciário).

O terceiro caso também apresenta questões tocando o conflito policêntrico. Há mais de um envolvido na disputa: há o Estado da Califórnia, mas dentro desta abstração existem os residentes ilegais. Estes, por sua vez, são nacionais de um Estado com o qual a União mantém relações políticas estreitas, inclusive submetidas a um sistema privilegiado (North American Free Trade Agreement-Nafta). Existem os interesses de a União promover algumas imigrações e desestimular outras. Existe uma limitação de recursos federais: Flórida, Texas, Nova Iorque são outros estados da União, nos quais a execução da Polícia de fronteiras é reclamada urgentemente, exigindo mais fundos e recursos. Existe a pressão de vários setores sociais e políticos para o corte dos recursos federais e diminuição do maior déficit público da história econômica mundial. O que priorizar? Trata-se da aplicação de uma regra a um caso ou da deliberação de como satisfazer *simultaneamente* interesses conflitantes e *proporcionalmente* legítimos?

O argumento da Califórnia consistia em colocar a questão em termos de troca: a União é constitucionalmente responsável pelas fronteiras, pela política de imigração. A Califórnia vem tendo prejuízos, na medida em que se vê obrigada a prover alguns serviços públicos dos quais os imigrantes ilegais não podem ser excluídos e dos quais se beneficiam, onerando o estado. Que a União seja, portanto, condenada a pagar as despesas (em forma de reembolso ou indenização) e seja obrigada a proteger as fronteiras do estado de forma efetiva. De modo geral, os EUA alegam que a questão é política, não-justiciável, pois se trata de deliberar sobre os meios de conduzir uma atividade. De modo particular, fundamenta-se na legalidade de todos os atos da União e na inexistência de ilegalidade ou do dever de indenizar.

A decisão acata os argumentos dos EUA. Uma das razões fundamentais do acatamento está na impossibilidade de o tribunal determinar que o Departamento de Justiça e o procurador-geral exerçam suas funções administrativas de um certo modo apenas com relação ao Estado da Califórnia. São 51 estados sobre os quais a União deve exercer a guarda das fronteiras: a Flórida e o Texas, pelo menos, têm tantos problemas de imigração ilegal quanto a Califórnia, mas outros estados também apresentam suas dificuldades (Nova Iorque já foi a meca dos porto-riquenhos e *latinos*, hoje recebe uma variedade de asiáticos, africanos e europeus orientais). Como pode o processo judicial, bipolar, particularizado e moldado para fazer retribuição, substituir o processo deliberativo da justiça distributiva? É esta a dificuldade fundamental, que impede a Corte Distrital de San Diego de avançar na condenação dos Estados Unidos frente à Califórnia. Caso aceitasse o pleito da Califórnia, o juízo seria obrigado a ordenar que todo o sistema de gastos fosse feito, alocando diretamente os recursos que a sentença determinasse para a Califórnia e deixando os outros estados em potencial penúria. Este, sem dúvida, o obstáculo central, que impõe ao juízo federal de San Diego a atitude de deferência ao orçamento do Departamento de Defesa: nada de imoral ou escandaloso havia, senão uma decisão de alocar recursos escassos no nível nacional.

4. Conclusão

Todos os autores de obras relevantes em torno da teoria da justiça ou se apoiam numa concepção utilitarista ou são obrigados a argumentar contra o senso comum utilitarista. Assim, muito embora os autores hoje se filiem mais ou menos declaradamente a versões de éticas kantianas (como os libertários e os liberais), ou

aristotélicas (como os comunitaristas), ambos vêem-se às voltas com uma justificativa de suas posições que permita dar suficiente importância ao tema da prosperidade nacional e individual. O apelo a direitos fundamentais em termos de sua validade absoluta (como na obra de Rawls e Dworkin) contrasta com o apelo a direitos fundamentais em termos de sua utilidade para o bem do indivíduo ou da república do utilitarista. Se a ética utilitarista é persistente, o seu critério de avaliação tende a ser o de uma análise custo-benefício.

Diferença considerável com relação ao debate desenvolvido no Brasil é que a discussão sobre a igualdade (econômico-social, quanto aos direitos sociais, e de respeito devido, quanto à não-discriminação) procede da vertente liberal de matriz kantiana. De uma ética individualista tem surgido um argumento a favor da igualdade por extensão, de respeito e reciprocidade. Os igualitaristas (liberais) transformaram o potencial indiferentismo individualista num ativo *equal concern*. No caso brasileiro, uma linha de justificação desta natureza ainda não surgiu, ou não se consolidou: em geral, o direito liberal (do estado de direito) e o direito social (do estado de bem-estar) são tidos como inconciliáveis num plano teórico. A própria Constituição de 1988 aparece para muitos como uma soma de perspectivas incompatíveis e incompatibilizáveis racionalmente. E em geral a jurisprudência em certas jurisdições federais tende a interpretar o texto constitucional como uma proteção exclusiva da propriedade e da iniciativa privada.

Outro ponto a ressaltar é o grau de crítica norte-americano ao sistema judiciário e sua relação com a democracia. As críticas são de caráter institucional: procuram demonstrar a dificuldade de traduzir nos termos tradicionais de uma disputa judicial (bilateral, retributiva) as questões hoje relevantes de direitos sociais (plurilaterais, distributivos). Críticas são feitas ao caráter não-democrático do sistema judicial e seu papel de garantia do *status quo* em choque com o de defensor de direitos fundamentais. Shapiro (1988, p. 93) diz que "*em muitos aspectos, um juiz federal de primeira instância é a coisa mais próxima de um ditador que nós toleramos em nosso sistema político. Para começar, ninguém os elegeu e eles tem o cargo vitalício. Ao contrário das Cortes superiores, em que os juízes decidem em grupos de três ou mais e são pelo menos limitados uns pelos outros, o juiz de primeira instância decide sozinho. Nas suas varas são como pequenos deuses de lata que ninguém ousa contrariar.* Outros analisam o comportamento das Cortes como resultado de pressões das opiniões dominantes. Ao mesmo tempo, é notável que a Suprema Corte e tribunais inferiores reconheça os limites de suas tarefas: costumam manter a presunção de constitucionalidade dos atos dos ramos eleitos do

governo (em respeito à regra da maioria), propiciando a consolidação do *regulatory state*.

A não ser em casos de movimentos sociais fortes, também os tribunais norte-americanos tendem a confirmar a opinião social dominante. O mito de uma Suprema Corte independente é analisado na bibliografia político-constitucional por vários autores: só em casos mais recentes (como no do movimento pelos direitos civis), a Corte sentiu-se suficientemente forte (ou pressionada) para contrariar interesses tradicionais consolidados, fazendo valer o princípio da defesa das minorias (como regra essencial da democracia). Com o crescimento e a consolidação de uma onda conservadora, teme-se que a Corte não seja suficiente proteção para minorias ou para os que dependem de benefícios sociais.

No desenvolvimento brasileiro é claro que os tribunais serão chamados a decidir questões distributivas. Será preciso reconhecer se a natureza do conflito permite uma adjudicação tradicional e quais as instituições adequadas para processar tais demandas. Para novos problemas, novos remédios: ampliar o debate, de bilateral para plurilateral, aceitar acordos e negociar ordens, sem querer resolver tudo nas liminares, "sob pena de prisão dos administradores públicos", e dar-se conta de que a defesa da propriedade, como no caso da escravidão, nem sempre foi o *non plus ultra* da democracia e do direito. Em algumas jurisdições no Brasil é clara a influência da *mainstream opinion*, privatizante e *estatofóbica*. Vai chegar a hora de revê-la.

São Paulo, janeiro de 1997.

Bibliografia

- CHAYES, Abraham. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review* (89), 1976.
- DAWSON, John. The Gold Clause decisions. *Michigan Law Review* (33), 1935.
- F. PAUL.(1988) *Property Rights and Eminent Domain*. New Brunswick/Oxford: Transaction Books.
- FISS, Owen. *The Forms of Justice*. *Harvard Law Review* (93), 1976.
- FULLER, Lon. *The Principles of Social Order*. Durham: Duke University, 1981.
- GALBRAITH, John Kenneth. *The Culture of Contentment*. Boston/New York/London: Houghton Mifflin, 1992.

- GLAZER, Nathan. *The Limits of Social Policy*. Cambridge (Ma) / London: Harvard Univ. Press, 1988.
- HIRSCH, Harry. *A Theory of Liberty*. New York/London: Routledge, 1992.
- HORWITZ, J. *The Transformation of American Law (1870/1960)*. New York/Oxford: Oxford Univ. Press, 1992.
- JANSEN, Letácio. *A Face legal do dinheiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- LIEBERMAN, Jethro. *The Litigious Society*. New York: Basic Books, 1981.
- M. O'BRIEN. *Constitutional Law and Politics*. New York: W.W. Norton, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira, A Reforma monetária de 1990. *Revista de Direito Administrativo*. n. 186, 1991.
- MERRYMAN, John. H.. *The Civil Law Tradition*. Stanford: Stanford University Press, 1990.
- MICHELMAN, Frank. On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment. *Harvard Law Review* n. 83, 1969.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Reforma monetária e a retenção dos ativos líquidos no Plano Brasil Novo. *Revista de Informação Legislativa*, n. 108, 1990.
- NUSSBAUM, Arthur. *Money in the law*. Chicago, The Foundation Press, 1939.
- _____ *Money in the law: national and international*. Brooklyn: The Foundation Press, 1950.
- OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action*. Cambridge (Ma) London: Harvard Univ. Press, 1971.
- REICH, Robert B.. (1983) *The Next American Frontier*. New York: Times Books.
- ROSENBERG, Gerald, (1991) *The Hollow Hope*. Chicago/London: The University of Chicago Press.
- SCHWARTZ, Bernard. (1990) *The New Right and the Constitution*. Boston: Northeastern Univ. Press
- SHAPIRO, Martin. (1988) *Who Guards the guardians? Judicial control of the administration*. Athens/London: University of Georgia Press.
- SHAPIRO, Martin. (1996) *The 'globalization' of judicial review*. L. Friedman & H. Scheiber (ed) *Legal Culture and the legal profession*. Boulder (CO): Westview.
- STEWART, Richard e C. Sunstein. (1982) *Public Programs and Private Rights*. *Harvard Law Review*, 95 (6)1194-1322.

SUNSTEIN, Cass. (1993) *The Partial Constitution*. Cambridge (Ma)/London: Harvard Univ. Press.

DIREITO DO ESTADO

DIREITO COMUNITÁRIO E SOBERANIA: ALGUMAS REFLEXÕES

Enrique Ricardo Lewandowski

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Resumo:

O artigo trata do processo de globalização que se processa neste final de século, com a formação de blocos regionais de Estados, como a União Européia, o Mercosul, o Nafta e outros, que exige uma nova perspectiva sobre o tradicional conceito de soberania.

Abstract:

The article deals with the globalization process that is taking place at the end of this century, with the creation of regional blocs of states, like the European Community, the Mercosul, the Nafta and others, that demands a new approach to the traditional concept of sovereignty.

Unitermos: União Européia; Mercosul; Nafta.

Sumário:

1. Introdução.
2. O Conceito de Soberania.
3. A União Européia.
4. O Direito Comunitário.
5. Conclusões.

1. Introdução.

O mundo contemporâneo assiste a um fenômeno sem precedentes em termos históricos. Cuida-se da formação de poderosos blocos de Estados, que se submetem a normas jurídicas comuns, objetivando coordenar as respectivas ações em face de terceiros, particularmente no campo das trocas internacionais.¹ Essas novas associações não se confundem com as alianças de Estado do passado, criadas

1. V. Joseph L. Brand, "The New World Order of Regional Trading Blocs", *The American University Journal of International Law and Policy*, v. 8, n. 1, Fall 1992, pp. 155-181.

para a defesa de interesses comerciais ou militares de caráter transitório ou localizado.

Com efeito, a partir da segunda metade deste século, premidos pelo medo da eclosão de uma nova guerra mundial, de conseqüências imprevisíveis, e como defesa contra a competição predatória desencadeada pela globalização da economia, os diferentes Estados, nos mais variados locais do planeta, passaram a associar-se em blocos regionais, com distintos níveis de integração, visando à unificação de suas atuações nas áreas comercial, industrial e agrícola e, como desdobramento natural dessa cooperação, nos planos político, diplomático e militar.

A rigor, esse fenômeno não ocorre apenas em razão da intensa circulação de bens, capitais e tecnologias através das fronteiras nacionais, com a conseqüente criação de um mercado mundial, mas também em virtude da universalização de padrões culturais e da necessidade de equacionamento comum de problemas que afetam a totalidade do planeta, como o combate à poluição ambiental, a proteção dos direitos humanos, o desarmamento nuclear e o crescimento populacional.²

Surgem, assim, os novos blocos regionais de Estados, até como mecanismo de defesa contra os efeitos perversos da globalização da economia, destacando-se, dentre outros, a União Européia (UE), o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (Nafta), o Mercado Comum do Sul (Mercosul), a Associação das Nações do Sudoeste Asiático (Asean), todos eles tendo como base um sofisticado conjunto de regras, consubstanciadas em tratados multilaterais. Embora limitados -- salvo no caso da UE -- a objetivos essencialmente comerciais, tais acordos contêm disposições que permitem um aprofundamento das relações institucionais entre os Estados-associados, especialmente no que concerne ao Mercosul.

Convém notar que, no caso da União Européia, os objetivos são bastante ambiciosos, porquanto lá se criou uma união de caráter político, com o escopo de coordenar as ações governamentais não-só no campo econômico, como também no plano das relações exteriores, da segurança e da justiça, com o estabelecimento de normas que vinculam tanto os Estados-membros, quanto os particulares que neles vivem, o que obriga a repensar o conceito de *soberania*, tal como tradicionalmente compreendido.

2. Cf. Liszt Vieira, *Cidadania e Globalização*, Rio de Janeiro, Record, 1977, pp. 72-73.

2. O Conceito de Soberania.

As noções de Direito Interno e de Direito Internacional com as quais lidamos atualmente datam de um período histórico relativamente recente, ou seja, do momento em que se desenvolve o conceito de soberania do Estado, mais precisamente a partir do século XVI de nossa era.

Sem ignorar que o *Jus Civile* e o *Jus Gentium* -- os quais regulavam, respectivamente, as relações privadas entre os antigos romanos e os contatos destes com os povos dominados, e que contam com uma elaboração doutrinária e jurisprudencial de cerca de 2.500 anos -- a verdade é que o Direito Interno, enquanto sistema de normas comportamentais, com caráter cogente, dotado de *supremacia* dentro de um determinado âmbito territorial, e o Direito Internacional, como um conjunto de regras de relacionamento entre Estados *independentes* entre si, apresentam uma prática de pouco mais de trezentos anos.

A idéia de soberania desenvolve-se, como é sabido, a partir do colapso do sistema político, social e econômico da Idade Média, ocasionado por vários fatores, dentre os quais as revoltas camponesas, que romperam o vínculo da servidão que ligava os trabalhadores à terra dos senhores feudais, as epidemias, como a peste negra, que causou o despovoamento de regiões inteiras na Europa, a Reforma Protestante, que enfraqueceu a Igreja Católica, as Cruzadas e as guerras internas, que arruinaram economicamente e eliminaram fisicamente a aristocracia dominante e, finalmente, a ascensão da *burguesia* -- classe social desenvolvida no interior dos *burgos*, as cidades muradas medievais, e que não fazia parte nem da nobreza, nem do clero e nem do campesinato --, ligada às atividades mercantis e financeiras, a qual passou a disputar o poder com os demais estamentos.³

Cidades com boas facilidades portuárias, como Veneza, Gênova, Nápoles, Amalfi, Marselha, ou localizadas em pontos estratégicos, como Bruges, Antuérpia, Bari, Pisa, Colônia, Frankfurt, Stourbridge, St. Ives, tornaram-se importantes entrepostos comerciais, sobretudo para as mercadorias vindas do Oriente, passando a gozar de *autonomia* política, sob o égide de lideranças burguesas.⁴

3. V. Henri Pirenne, *História Econômica e Social da Idade Média*, São Paulo, Mestre Jou, 4ª ed., 1968.

4. Sobre a ascensão econômica das cidades medievais consulte-se Leo Huberman, *História da Riqueza do Homem*, Rio de Janeiro, Zahar, 13ª ed., 1977, especialmente o cap. V.

Na seqüência desse processo, os turcos otomanos tomam Constantinopla, em 1453, forçando os europeus a buscar novas rotas comerciais pelo Ocidente, dando início, assim, às grandes navegações e à descoberta do Novo Mundo, com o que se fortalece ainda mais a burguesia comercial, do ponto de vista econômico e político.

Termina nesse momento -- ao menos oficialmente -- a ordem política medieval, iniciada cerca de mil anos antes, no ano de 476, com a invasão de Roma pelos bárbaros, colocando-se um fim àquilo que Hegel chama de *poliarquia*, ou seja, a multiplicidade de poderes que caracteriza a organização feudal, integrada por aristocratas, corporações de ofício, cidades independentes, congregações religiosas etc., cada qual exercendo uma parcela das competências que, atualmente, são atribuídas ao Estado, em caráter exclusivo.⁵

A passagem de uma *poliarquia* para uma *monarquia* -- absolutista num primeiro momento -- deveu-se, sem dúvida, à burguesia, que ansiava por uma unificação do poder político, cansada do caos social, da insegurança generalizada, da multiplicidade de leis, de jurisdições, de padrões monetários, de pesos e medidas e de tributos, que caracterizavam a ordem medieval, e que impediam ou dificultavam a livre circulação de mercadorias.

No final da Idade Média, comerciantes e financistas passam, então, a apoiar economicamente determinados reis e príncipes para que estes pudessem empalmar o poder político, especialmente com o apoio de exércitos mercenários, mediante os quais subjagam militarmente os senhores feudais e demais adversários.

No plano intelectual, surge Maquiavel, na Itália, que lança, em 1513, o livro *O Príncipe*, sobre a arte de governar, no qual assevera que a manutenção do poder político constitui o supremo bem do Estado, sendo lícito ao governante, para a consecução de tal objetivo, deixar de observar as normas éticas às quais os cidadãos comuns estão adstritos.

Thomas Hobbes, na Inglaterra, um pouco mais tarde, em 1651, escreve o *Leviatã*, defendendo a tese de que os homens teriam abandonado o *estado de natureza*, no qual viviam numa guerra de todos contra todos, e onde levavam uma

5. Cf. Georg Wilhelm Friederich Hegel, *The Philosophy of History*, Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1952, p. 342.

vida "miserável, repugnante, brutal e breve" para viver em sociedade, sob a égide de uma autoridade, em troca de *segurança*.⁶

Nessa mesma quadra histórica, na França, Jean Bodin traz à lume a obra *Os Seis Livros da República*, em 1576, na qual analisa os atributos da soberania, fundada no direito divino, e classificada como um "poder absoluto e perpétuo" Para o autor francês, a soberania consiste no direito de: 1. dar leis a todos e a cada um em particular; 2. declarar a guerra e negociar a paz; 3. nomear os principais magistrados e funcionários; 4. decidir em última instância e de conceder a graça aos condenados; 5. cunhar moedas e de estabelecer pesos e medidas; e 6. gravar os súditos com impostos e contribuições.⁷

Surge, assim, o Estado soberano, cuja primeira aparição se deu sob a roupagem do absolutismo monárquico, e que passou a exercer, no plano interno, de forma monopolística, essas competências listadas por Bodin.⁸

Em 1648, o famoso *Tratado de Paz de Westphalia* põe fim à Guerra dos Trinta Anos, às lutas religiosas na Europa, e redesenha o mapa político da região, com o que passam a ser assinaladas, com precisão, as fronteiras dos Estados soberanos. Nesse momento, cristaliza-se a idéia da soberania como uma moeda de duas faces: uma interna, em que é sinônimo de *supremacia*, e outra externa, em que coincide com a noção de *independência*.⁹

Aparecem, assim, quase que simultaneamente, o Direito Interno e o Direito Internacional, tal qual nós os conhecemos hoje: o primeiro permitindo a aplicação das normas jurídicas estatais, com supremacia, dentro de determinado âmbito territorial, e o segundo propiciando o relacionamento independente de Estados, no plano externo.

6. Cf. Thomas Hobbes, *Leviathan: Or the Matter, Forme, and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil*, London, Collier-MacMillan, s.d., pp. 100-132.

7. Cf. Juan Bodino, *Los Seis Libros de la República*, Madrid, Aguilar, 1973, Livro I, Cap. 10, pp. 65-73.

8. V. sobre o assunto, H.R.S. Crossman, *Biografía del Estado Moderno*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.

9. Sobre o conceito de soberania, consulte-se Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 16ª ed., 1991, pp. 63-72.

3. A União Européia.

Na Europa, essa nova forma de união de Estados, como visto, adquiriu tal grau de coesão que deixou de ser uma associação com fins meramente comerciais ou econômicos, para assumir a natureza de um *quase-Estado*, não lhe sendo, todavia, inteiramente aplicáveis os conceitos de *confederação* e *federação*, até porque se trata de um modelo ainda inacabado, conforme observam William Nicoll e Trevor C. Salmon.¹⁰

A associação européia de Estados ligados ao bloco ocidental surgiu depois da Segunda Guerra Mundial, assentando-se em três pilares, quais sejam, a Comunidade Européia do Carvão e do Aço CECA, criada pelo Tratado de Paris, de 1951, a Comunidade Econômica Européia CEE e a Comunidade Européia da Energia Atômica CEEA, estas últimas estabelecidas pelo Tratado de Roma, de 1957. Mais tarde, em 1992, através do Tratado de Maastrich, adotou-se oficialmente a denominação União Européia, operando-se uma radical transformação na natureza da associação, na medida em que seus integrantes decidem avançar para além dos objetivos iniciais de cunho meramente econômico para conferir um caráter político à aliança.

Conquanto não seja ainda um Estado, no sentido estrito da palavra, nem mesmo uma federação, como tradicionalmente concebida, a União Européia distingue-se claramente de uma simples organização internacional pela maior sofisticação e complexidade que apresenta no tocante ao relacionamento entre seus membros. Klaus-Dieter Borchart, para definir a natureza jurídica da União Européia, emprega o conceito de *supranacionalidade*, observando que ela "*se situa a meio caminho entre um Estado no sentido tradicional e uma organização internacional*"¹¹

De fato, a União Européia exerce funções próprias dos Estados, em muitos aspectos, por dispor de competências relativas ao mercado e à economia, sobretudo no que concerne ao intercâmbio comercial entre os seus associados, incluindo todos os aspectos fiscais, cambiais, monetários, sociais, culturais, científicos, técnicos e ambientais relacionados com esse campo de atuação. Tais

10. Cf. *Understanding the New European Community*, London, Prentice Hall, 1994, pp. 306-309.

11. *O ABC do Direito Comunitário*, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1994, p. 12.

atribuições são exercidas por instituições que se poderiam chamar, ainda que impropriamente, de governamentais, porquanto compreendem um poder legislativo, autoridades administrativas e órgãos jurisdicionais, a saber, o Conselho Europeu, o Parlamento Europeu, o Conselho de Ministros, a Comissão Europeia, o Tribunal de Justiça e a Corte de Contas.¹²

O Conselho Europeu reúne, pelo menos duas vezes por ano, os chefes de Estado e de Governo dos Estados-membros, bem como o presidente da Comissão Europeia, assistidos pelos ministros das Relações Exteriores, para estabelecer a política geral da União, bem como para a formulação de diretrizes ou recomendações endereçadas aos demais organismos do sistema.

O Parlamento Europeu, por sua vez, embora só exerça de forma embrionária as atribuições de um poder legislativo, conta com representantes eleitos pelo voto direto dos cidadãos dos Estados-membros. Possui, basicamente, funções de natureza consultiva, embora não-vinculantes, e de caráter fiscalizatório, com referência à Comissão Europeia, detendo também poder decisório em matéria de admissão de novos membros. A partir de 1975, o Parlamento passou a ter o poder de ingerência em matéria orçamentária.

A Comissão Europeia, de seu turno, é integrada por personalidades nomeadas de comum acordo pelos Estados-membros, para um mandato de cinco anos, sujeitando-se colegialmente a um voto de aprovação do Parlamento Europeu. Constitui, na verdade, o órgão executivo da Comunidade. Além de dar origem a todas as ações comunitárias, apresenta propostas legislativas ao Conselho, cabendo-lhe, ainda, o papel de guardião dos tratados instituidores da União e de representante dos interesses comunitários, podendo, para tanto, interpor os recursos apropriados à defesa destes junto ao Tribunal de Justiça.

O Tribunal de Justiça é composto por um número de juízes correspondente ao de países da Comunidade, nomeados por estes de forma consensual, para um mandato de seis anos, renovável por igual período. Os juízes devem apresentar todas as características e condições exigidas nos Estados de origem para o desempenho das mais altas funções jurisdicionais. Incumbe à Corte garantir, com a mais absoluta independência, a observância das normas que integram os tratados instituidores da União, bem como das regras jurídicas emanadas dos

12. V. Jean-Louis Quermonne, *Le Système Politique de L'Union Européenne*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 34 e ss.

órgãos comunitários.¹³ A principal atribuição do Tribunal, convém ressaltar, além de uniformizar a interpretação do direito comum aos Estados que integram a União, consiste em atuar como verdadeira *Corte Constitucional*, ao confrontar as leis e normas administrativas emanadas dos órgãos comunitários com os tratados instituidores da União Européia.¹⁴

A Corte de Contas, finalmente, é integrada por um número de membros coincidente com o de integrantes da Comunidade, os quais são nomeados para um mandato de seis anos pelo Conselho, após consulta ao Parlamento Europeu, tendo por incumbência controlar a legalidade e a regularidade das receitas e despesas dos órgãos comunitários, visando a garantir a correta gestão dos recursos financeiros que lhes são confiados. Embora não possua os mesmos poderes que os órgãos congêneres dos Estados-membros, especialmente por não lhe ser facultado exercer coercitivamente os atos de fiscalização, nem punir diretamente os responsáveis por eventuais infrações, possui ampla autonomia para decidir quanto às matérias a serem investigadas e aos métodos utilizados para tanto.

Em que pesem tais características, porém, a União Européia ainda não constitui um Estado, no sentido estrito da palavra, dentre outras razões porque o arraigado nacionalismo de muitos de seus integrantes, somado ao temor de que possam perder a soberania duramente conquistada ao longo dos últimos séculos, não tem permitido uma transferência mais ampla de poderes aos órgãos comunitários, sobretudo no sentido de conferir-lhes maior autonomia no campo legislativo.

4. O Direito Comunitário.

Ao longo do desenvolvimento da Comunidade Européia surge, paulatinamente, um novo ramo do Direito, o Direito Comunitário, que se situa entre o Direito Interno e o Direito Internacional, sem todavia confundir-se com estes. Trata-se, com efeito, de um *tertium genus*.

Como se sabe, um ramo do Direito adquire foros de autonomia quando possui *objeto* próprio, *institutos* próprios, *métodos* próprios e *princípios*

13. Sobre as competências do Tribunal Europeu consulte-se Renaud Dehousse, *La Court de Justice de Communautés Européenes*, Paris, Montchrestien, 1994, pp. 19-38.

14. Cf. Constantinou N. Kakouris, *La Cour de Justice des Communauté Européenes comme Cour Constitutionnelle: Trois Observations, Ole Due et alii* (org.), *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, Nomos, s.d.

informativos próprios. E essas são exatamente as características que o Direito Comunitário apresenta, e que permitem chamá-lo de *novo* com relação aos demais ramos e sub-ramos do Direito, segundo as diversas classificações existentes.

Como objeto, o Direito Comunitário lida com um conjunto de normas *supranacionais*, ou seja, um sistema de regras comuns aos Estados-membros da associação, as quais emanam de fontes próprias -- que não se confundem com aquelas que produzem o Direito Interno ou Internacional, como os parlamentos e os governos locais --, isto é, os tratados de integração (por exemplo, o de *Maastrich*, na Europa, e mesmo o de *Assunção*, na América do Sul, embora ainda em fase de consolidação de suas instituições), verdadeiras cartas constitucionais (*tratados-quadro*), bem como resoluções e diretrizes partidas dos órgãos comunitários, que não-vinculam apenas os Estados, mas também as pessoas jurídicas públicas e privadas, bem como os particulares.

O Direito Comunitário apresenta também institutos próprios, como o chamado *reenvio prejudicial*, através do qual um magistrado local, se tiver dúvida sobre a aplicabilidade e a interpretação de uma norma comunitária, pode enviar uma consulta ao Tribunal de Justiça, sediado em Luxemburgo, antes de proferir sua decisão,¹⁵ o *processo por descumprimento dos tratados* por parte de um Estado-Membro, os *recursos de anulação de atos jurídicos* emanados dos órgãos comunitários, com fundamento na sua incompetência ou na inobservância de determinada formalidade, os *recursos para corrigir omissão* dos agentes comunitários, quanto às obrigações assumidas, etc.

Enquanto disciplina jurídica nova, o Direito Comunitário também possui um método que lhe é próprio, empregando instrumentos gnoseológicos e hermenêuticos especiais, sem prescindir daqueles do Direito Interno e do Direito Internacional, em face de seu hibridismo, privilegiando a interpretação teleológica ou finalística. Com efeito, dada a diversidade lingüística em que os tratados instituidores da União Européia são vazados, a interpretação literal ou gramatical fica praticamente impossibilitada, emergindo a busca dos fins da integração como o método mais recomendado para se extrair o exato sentido das normas comunitárias.

15. O recurso em questão talvez seja a pedra-de-toque de todo o sistema, pois permite a aplicação do Direito Comunitário diretamente pelos Judiciários locais, sem que haja a necessidade de uma estrutura forense supranacional. Consulte-se sobre a matéria Pierre Pescatore, *O Recurso Prejudicial do Artigo 177º do Tratado CEE e a Cooperação do Tribunal com as Jurisdições Nacionais*, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1986.

Nesse sentido, assevera Jean-Victor Louis que o Tribunal de Justiça "*privilegiou métodos funcionais de interpretação, isto é, a tomada em consideração da finalidade geral dos tratados com vista a reconstituir o seu espírito*" observando ainda que, em função do objetivo perseguido, recorre ora à interpretação sistemática, ora à teleológica, "*de tal forma que é quase impossível distinguir uma da outra*".¹⁶

O Direito Comunitário apresenta também uma principiologia própria, sem prejuízo de se valer dos consagrados princípios gerais do Direito, como o *pacta sunt servanda*, o *suum cuique tribuere*, o *ne bis in idem*, o *nemo inauditus damnare potest*, o *ad impossibilia nemo tenetur*, o *nemo jus ignorare censetur* etc. Com efeito, os princípios da *paz*, da *unidade*, da *igualdade*, da *liberdade*, da *solidariedade*, da *segurança*, do *respeito aos direitos fundamentais*, da *subsidiariedade*,¹⁷ da *proporcionalidade*,¹⁸ além de outros, constituem verdadeiros pilares da integração europeia, configurando também balizas hermenêuticas para os seus intérpretes.

Mas talvez, dentre todos, os princípios mais importantes desse novo Direito sejam exatamente o da *autonomia da ordem jurídica comunitária*, o da *cooperação entre o Direito Comunitário e o Interno* e, em especial, como pedras-de-toque do sistema, o da *aplicabilidade direta do Direito Comunitário* e o da *supremacia deste sobre o Direito Interno* que lhe é contrário, os quais são auto-explicativos pela própria enunciação.

Por oportuno, convém registrar que, de todas as suas características, a que mais contribui para apartar o Direito Comunitário dos demais ramos do conhecimento jurídico, tornando-o *sui generis*, é o fato de que as suas normas não são aplicadas por um poder central, de caráter supranacional, mas pelas autoridades administrativas e judiciárias de cada um dos integrantes do bloco regional, sem qualquer interferência direta dos órgãos comunitários, cabendo ao Tribunal de

16. *A Ordem Jurídica Comunitária*, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 5ª ed., 1995, p. 62.

17. De acordo com a redação dada ao art. 3º, B, do Tratado da CEE pelo Tratado da União Europeia, tal axioma assim se expressa: "*Nos domínios que não sejam de suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário*"

18. O art. 3º, B, do Tratado da CEE enuncia ainda o princípio da proporcionalidade: "*A ação da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objetivos do presente Tratado*".

Justiça dirimir e prevenir eventuais conflitos, sobretudo a partir da uniformização jurisprudencial.

5. Conclusões.

O Direito Comunitário, que se encontra plenamente desenvolvido no seio da União Européia, importa numa evidente *flexibilização* do conceito tradicional de soberania, enquanto *summa potestas*, no plano interno e internacional, cumprindo registrar que a sua implementação, nos demais blocos regionais, afigura-se apenas uma questão de tempo, em particular no âmbito do Mercosul, enquanto associação que pretende superar o estágio de mera união aduaneira ou de zona de livre comércio, para se constituir num mercado comum, com todas as conseqüências políticas e institucionais que tal situação implica.

É interessante verificar que o Tribunal de Justiça europeu, na decisão *Costa/ENEL*, proferida em 15 de julho de 1964, ainda nos primórdios da organização comunitária européia, já proclamava que "ao instituírem uma Comunidade de duração ilimitada e dotada de instituições próprias, de personalidade e de capacidade jurídica, de capacidade de representação internacional e, mais particularmente, de poderes reais oriundos de uma limitação de competência ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade, estes *limitaram, se bem que em domínios restritos, os seus direitos soberanos* e criaram deste modo um corpo de normas aplicável aos seus cidadãos e a si mesmos"¹⁹

Segundo Jean-Victor Louis, a Corte de Luxemburgo, nesse acórdão, não se refere à idéia tradicional e abstrata, quase metafísica, de soberania, derivada do pensamento político clássico, mas parte do conceito de uma soberania *dividida* ou *partilhada* ou, ainda, *exercida em conjunto* por vários Estados no tocante a determinadas ações de interesse comum.²⁰

Com efeito, embora os Estados-membros da União Européia tenham renunciado a parte de suas competências legislativas em favor das instituições comunitárias, particularmente no que tange à cooperação no domínio da economia, com a corajosa adoção do princípio da supremacia das normas comunitárias sobre as internas, o certo é que eles não abdicaram de sua participação ativa no seio dos

19. *Apud* Jean-Victor Louis, *op. cit.*, pp. 11-12, grifos nossos.

20. *Op. cit.*, pp. 13-15.

órgãos deliberantes do sistema, com o que, a rigor, a sua soberania não restou vulnerada.

Na realidade, o exercício dessas competências no seio de instituições comuns, segundo Jean-Victor Louis, não traduz qualquer perda em termos de soberania, dando, ao contrário, aos seus integrantes "*a possibilidade de exercer responsabilidades que, no plano nacional, se haviam tornado puramente formais para Estados independentes*"²¹ Ademais, conforme bem observa Klaus-Dieter Borchart, falta à União Européia "*a característica da competência universal, que é própria do Estado, bem como o poder de se dotar de novas competências*"²² que permanece com exclusividade nas mãos dos associados.

Acresce-se a isso o fato de que as normas do Direito Comunitário, que emergem desse novo tipo de associação política, são aplicadas através das autoridades e instituições nacionais, posto que, como nota Giorgio Gaja, apenas os Estados são dotados de instrumentos que podem atuar sobre as pessoas físicas ou jurídicas, não possuindo a União Européia "*qualquer aparato central apto a exercer um poder materialmente coercitivo*".²³

Assim, impõe-se a conclusão de que não há qualquer violação da soberania dos Estados que integram os novos blocos regionais, nem mesmo daqueles que fazem parte da União Européia, ocorrendo, como acima observado, mera flexibilização da idéia que tradicionalmente se construiu acerca da mesma, até porque os membros da associação podem, por força desse mesmo princípio, denunciar a qualquer momento os tratados a que aderiram, sobretudo se a sua sobrevivência estiver em jogo ou se houver alteração substancial das condições vigentes à época em que foram assinados, ainda que tenham de pagar um preço elevado por tal atitude, em termos políticos ou econômicos.

São Paulo, dezembro de 1997.

21. *Idem*, p. 14.

22. *Op. cit.*, p. 11.

23. *Introduzione al Diritto Comunitario*, Roma, Laterza, 1996, p. 6.

REGULARIDADES POLÍTICAS
- MANDO-CAUSAL [—] E MANDO-CASUAL [- -]

Luiz Sergio Modesto

Professor Especialista em Direito Político, Administrativo e Financeiro
Mestre e Doutor em Teoria do Estado pela Universidade de São Paulo

Resumo:

A Teoria do Estado, enquanto postulação vinculada à Cultura Ocidental, tem a pretensão da universalidade estampada nas justificativas lineares de mando e força na política, para tanto fundamentando-se no conceito de ordem, *Ersatz* de causa. As relações políticas mando/acato e força/lesão das Coletividades-Estado que escapam desta pretensão, se ocorrentes fora do eixo ocidental, são teoricamente enquadradas no "despotismo oriental" por Aristóteles, Montesquieu, Hegel e Weber. Com esses autores e a complacente designação "despotismo oriental", a Teoria do Estado indicia desconhecer o fundamento oriental do acaso no agir político.

Empregando a *Semioselogia* Metaciência por criação sintática do autor -, incluindo Fenomenologia e Signologia de Peirce, e *Progmatika* PROgrama inforMÁTICO criada pelo autor (Modelo Operacional) Modesto, 1994 -, demonstramos as frequências mando-causal [*yang*] e mando-casual [*yin*] como dois paradigmas justificativos das superposições políticas das Coletividades-Estado do Ocidente e do Oriente.

Abstract:

The State Theory, while Occidental Culture entailed postulation, has the pretext of universality imprinted in the linear justificatives of political exact and force, for so much being based in the order concept, *Ersatz* of cause. The State-Collectivities political relations of exact/accept and force/lesion that escape from this pretext, if occurred out of occidental axis, are theoretically framed "oriental despotism" by Aristotle, Montesquieu, Hegel and Weber. With these authors and with the "oriental despotism" complacent designation, the State Theory indicates ignore the casual oriental foundation in the political act.

Applying the *Semioselogy* Metascience by the author created syntax including Phenomenology and Signology by Peirce, and *Prognatic* InforMATIC PROGRAM by the author created (Operable Model) - Modesto 1994 -, we demonstrate causal-exact [*yang*] and casual-exact [*yin*]

frequencies as two political superpositions of Occidental and Oriental State-Collectivities justificative paradigms.

Unitermos: semioselogia; progmatía; mando-causal; ordem coletiva; autoridade; mando-casual; oscilos coletivos, exemplaridade.

1. Teoria do Estado e Cultura Ocidental: Pretensão de Universalidade.

A Teoria do Estado no campo da Ciência Política enquanto postulação vinculada à Cultura Ocidental, partindo dos sumérios, passando pelos extratos gregos, até a consolidação dos hebreus, ambas, Teoria e Cultura Ocidental, têm a pretensão da universalidade estampada nas justificativas lineares de mando e força na política. Os extratos gregos (*mythos*-cultura e *logos*-natureza) observamos no próprio tema desse Congresso Internacional no dístico Natureza & Cultura.

Empregando a Semioselogia Metaciência por criação sintática do autor -, incluindo Fenomenologia e Signologia de Peirce, e Progmatía PROGRAMa InforMÁTICO criada pelo autor (Modelo Operacional) - Modesto, 1994 -, demonstraremos as frequências mando-causal (*causal-exact*) [—] e mando-casual (*casual-exact*) [- -] como dois paradigmas justificativos das superposições políticas das Coletividades-Estado do Ocidente e do Oriente.

As relações políticas mando/acato (*exact/accept*) e força/lesão (*force/lesion*) das Coletividades-Estado que escapam dessa pretensão Ocidental da universalidade, se ocorrentes fora do eixo ocidental, são teoricamente enquadradas no "despotismo oriental", desde Aristóteles (-384 -322), até Montesquieu (1689-1755), Hegel (1770-1831) e Weber (1864-1920).

Todas as coletividades humanas, observadas na perspectiva fenomenológica que parte do acaso (Peirce, 1974-6.202: 138), a partir da liberdade no espaço e no tempo real que singularmente ocupam e da convenção ali passível de presença, apresentam relações políticas. Por *critério de dominância*, observamos a liberdade no espaço interpessoal implicando intermitente superposição política entre coletividades fenomenológicas complementares entre si, cada qual fundamentada numa qualidade: a Coletividade-Família, a Coletividade-Bando, a Coletividade-Estado. (Modesto, 1994).

Com suporte nas categorias fenomenológicas de Peirce (1974-6.202: 138), confirmadas pela física triádica de Heisenberg *possible/actual/registration*

(1989: 34-35, 42-43, 125) -, partindo da liberdade enquanto acaso, possibilidade ou desazo (primeiridade), ou enquanto convenção, registro (terceiridade), na Coletividade-Família domina a liberdade-acaso e na Coletividade-Estado domina a liberdade-convenção, ao passo que a Coletividade-Bando - no real - contrasta (secundidade) com esta convenção e com aquele acaso mediante a liberdade-conflito. (Modesto, 1994).

Por meio da Semioselogia, passível de verificação e falsificação em tempo real, afastamos o *constructo* dogmático, linear e atemporal da Teoria do Estado, fundamentado no conceito da ordem e da razão, com as ficções do "território", "povo" e "soberania" (Dallari, 1995: 101), apontados como definidores do Estado. Este conceito da ordem marca as regularidades políticas de frequência mando-causal, típicas do Ocidente, em contraste com as regularidades políticas de frequência mando-casual, de marca Oriental. Foi Aristóteles quem consagrou a lei como ordem de governo no Ocidente - governo com a lei e governo contra a lei. Aristóteles também introduziu a forma ligeira com que são recebidos os povos orientais nas suas relações políticas. Para ele "*os bárbaros são naturalmente mais submissos que os helenos, e os asiáticos em geral mais que os europeus, (...) suportam o poder despótico sem qualquer queixa*" (Aristóteles, 1988-1285b: 108). Aqui o despotismo asiático é apontado como um desvio da lei, um desvio das formas corretas de constituição (1988-1279a: 90). Os antecedentes mais próximos do paradigma ocidental encontramos em Montesquieu, Hegel e Weber, adiante referidos.

Partindo do conceito de lei (*Ersatz* de ordem) como "*relações necessárias que derivam da natureza das coisas*" para Montesquieu "*a China é (...) um Estado despótico, cujo princípio é o temor*", onde o príncipe "*é tudo e os outros nada são*" (1979: 25, 123 e 36).

Hegel parte do pressuposto de que "*a razão [Ersatz de ordem] governa o mundo (...)] [e que] a história universal é um processo racional. (...) Assim, ela própria [a razão] realiza sua finalidade e a faz passar do interior para o exterior, não apenas no universo natural, mas também no universo espiritual na história universal*" (Hegel, 1995: 17). Para ele, "*os chineses são muito orgulhosos para aprender algo dos europeus, apesar de freqüentemente terem que reconhecer a superioridade dos últimos*" (Hegel, 1995: 121). Nesse caso, "*o Oriente sabia e até hoje sabe apenas que um é livre; o mundo grego e romano, que alguns são livres; o mundo germânico sabe que todos são livres. Em consequência, a primeira forma*

de governo que tivemos na história foi o despotismo; depois vieram a democracia e a aristocracia, e, em terceiro lugar, a monarquia" (Hegel, 1995: 93).

Weber, colocando a China sob a rubrica da dominação patriarcal e patrimonial, repete a crença de lá existir "*a concepção de um mundo racionalmente regulado (...) [tendo como ponto de partida a] ordem cerimonial dos sacrifícios, de cuja regularidade imutável tudo depende*" (1980: 308).

2. Regularidade política mando-causal [*yang*].

A regularidade política mando-causal tem fundamentação mítica na Ordem (terceiridade), e análoga autoridade. A postulação da ordem parte da criação divina como apontada pelos sumérios. Está registrada em 12 tablilhas de argila na primeira epopéia literária da humanidade, o *Poema de Gilgamesh*, rei de Uruk (-2650), na Mesopotâmia, personagem central do poema e centralizador dos poderes político, religioso e econômico, tendo sido elaborado por tradição oral e a seguir escrita desde -2.500 até -650 (Peinado, 1988: XXXVIII, XXV, XXXVI).

Por esse texto seminal (traduções do espanhol para o português pelo autor) podemos observar uma inversão fenomenológica que se tornaria dominante no Ocidente: a ordem e não o acaso - determina as relações humanas e essas determinam suas qualidades. "*Dois terços dele [Gilgamesh] são deus [Ersatz de ordem], um terço dele é humanidade. A forma de seu corpo é perfeita, os deuses mesmos a completaram e sua mãe, Ninsun [Antu, Aruru, ou Rimat-Belit], acrescentando-a, dotou-a de beleza*" (Anônimo, 1988-Tablilha I, Coluna II.1-3: 10).

Para opor-se ao mando e à força de Gilgamesh, motivo de "*queixas das gentes de Uruk*" o pai dos deuses Anu intervém. "*Quando Anu [ou An] ouviu essas queixas chamou a grande deusa Aruru e lhe disse: Tu, Aruru, criaste a Gilgamesh, cria agora sua réplica e que lhe seja comparável pela fogsidade do coração. Deixa que rivalizem para que assim haja paz em Uruk! A deusa Aruru, depois de ter ouvido este rogo, concebeu em seu próprio espírito a réplica para Anu. A deusa Aruru lavou suas mãos, colheu um pedaço de argila e sobre ela esculpiu. Na estepe modelou o valente Enkidu, rebento do silêncio e parte do deus Ninurta [deus da guerra e da caça].*" (Anônimo, 1988-I, II.18: 11; I, II.29/35: 12-13).

Entre os gregos, a inversão fenomenológica suméria se repete em bases estéticas. A cultura grega consolida-se na passagem da oralidade para a escrita, mediante a fabulação mitológica e poética de Hesíodo (-IX), com sua teogonia

cósmica. Caos, seu princípio agônico e ordenador, está no escuro e ventoso "hiato" ($\chi\alpha$), que não implica desordem, não é ilimitado (Kirk *et alii*, 1994: 31-37), mas espaço teológico para a manifestação antropomórfica dos deuses do Olimpo. "*Sim bem primeiro nasceu Caos, depois também Terra [Gaia] de amplo seio, de todos sede irresvalável sempre, dos imortais (...)*" (Hesíodo, 1991-116/117: 111).

A manifestação desse princípio da ordem faz-se por discórdia, violência e guerra. "*O calor prodigioso traspassou o Caos. Parecia, a ver-se com olhos e ouvir-se com ouvidos a voz, quando Terra [Gaia] e o Céu [Urano] amplo lá em cima tocavam-se, tão-grande clangor erguia-se dela desabada e dele desabando-se por cima, tal o clangor dos Deuses batendo-se na luta. Os ventos revolviavam o tremor de terra, a poeira, (...) dardos de Zeus grande, e levavam alarido e voz ao meio das frentes, estrondo imenso erguia-se da discórdia atroz. Mostrava-se o poder dos braços. A batalha decaí. Antes, uns contra outros atacavam-se tenazes em violentas batalhas. Na frente despertaram áspero combate Cotos, Briareu e Giges insaciável de guerra*" (Hesíodo, 1991-700/721: 145).

Entre os hebreus a inversão fenomenológica dos sumérios e dos gregos repete-se consolidando toda a Cultura Ocidental fundada na ordem, nas ortopedias coletivas, e na autoridade. Derivando do fundamento sumério e repetindo sua base temática, o pentateuco, atribuído a Moisés (teria vivido no século -XIII), traz postulação da ordem por relato similar de criação divina, também partido de tradição oral do século -XVIII para consolidar-se escrito entre os séculos -X e -V (Garmus, 1992: 25). "*Então Iahweh Deus modelou o homem [Adão] com a argila do solo, insuflou em suas narinas um hálito de vida e o homem se tornou um ser vivente*" (Moisés, 1985-1.2,7: 33).

A inversão fenomenológica com os hebreus tem um requinte adicional: a mulher nasce do homem, não como se observa biologicamente. Além disso, entre os sumérios, o ser humano é produto de uma deusa, Aruru, e entre os hebreus o ser humano é produto de um deus, Iahweh Deus. Para subordinar-se ao mando e à força de Adão "*Iahweh Deus disse: 'não é bom que o homem esteja só. Vou fazer uma auxiliar que lhe corresponda.'* Iahweh Deus modelou então, do solo, todas as feras selvagens e todas as aves do céu (...) *Então Iahweh Deus fez cair um torpor sobre o homem, e ele dormiu. Tomou uma de suas costelas e fez crescer carne em seu lugar. Depois, da costela que tirara do homem, Iahweh Deus modelou uma mulher e a trouxe ao homem*" (Moisés, 1985-1.2,18/19/21/22: 34).

As ortopedias coletivas fundadas na ordem e na autoridade, reforçadas com a pena de morte, podemos encontrar na fundação do Estado de Israel. "*Depois*

da morte de Moisés (...), Iahweh falou a Josué (...), ministro de Moisés, e lhe disse: 'Moisés, meu servo, morreu; agora, levanta-te! Atravessa este Jordão, tu e todo este povo, para a terra que lhes dou (aos filhos de Israel). Todo lugar que a planta dos vossos pés pisar eu vo-lo dou, como disse a Moisés (...)' " Josué repassa as palavras de Iahweh aos oficiais do povo, e seu mando é confirmado por esses: *"Todo aquele que se rebelar contra a tua ordem e não obedecer às tuas palavras, em tudo quanto lhe ordenares, será morto. (...)"* (Josué, 1985-1,1/2/3/18: 337).

A fundação mítica do Estado de Israel é pessoalmente conduzida por Iahweh dos Exércitos, aquele que tem no sangue o seu sinal e que repete sua autoridade homicida, já praticada no Egito contra primogênitos de todas as espécies, incluindo a humana (Moisés, 1985-2.12,12/13: 121). Após atravessar o Jordão, *"encontrando-se Josué perto de Jericó, levantou os olhos e viu um homem que se achava diante dele, com uma espada desembainhada na mão. Josué aproximou-se dele e disse-lhe: 'És tu dos nossos ou dos nossos inimigos?' Ele respondeu: 'Não! Mas sou chefe do exército de Iahweh e acabo de chegar.'"* (Josué, 1985-5,13/14: 342-343).

A autoridade homicida de Iahweh dos Exércitos é seguida como ordem na conquista da terra prometida. Passado o rio Jordão, segue-se a guerra de extermínio genocídio (ou holocausto!) - contra cananeus, heteus, heveus, ferezeus, gergeseus, amorreus e jebuseus, iniciando-se pela cidade de Jericó. Como lembra Garmus (1992: 191), a guerra de extermínio tinha como finalidade *"impedir a recuperação do inimigo, ou uma possível contaminação racial com o mesmo"* *"(...)* Josué disse ao povo: *'gritai, pois Iahweh vos entregou a cidade!'* *"A cidade será consagrada como anátema [excomunhão] a Iahweh, com tudo o que nela existe. Somente Raab, a prostituta, viverá e todos aqueles que estiveram com ela na sua casa, porque ocultou os mensageiros que enviamos. (...). (...) Quando o povo ouviu o som da trombeta, (...) subiu (...) e se apossaram da cidade. Então consagraram como anátema tudo que havia na cidade: homens e mulheres, crianças e velhos, assim os bois, ovelhas e jumentos, passando-os ao fio da espada. (...) Queimaram a cidade e tudo o que nela havia, exceto [a prostituta Raab e todos os que lhe pertenciam,] a prata, o ouro e os objetos de bronze e de ferro, que foram entregues ao tesouro da casa de Iahweh"* (Josué, 1985-6,16/17/20/21/24/25: 344).

O *constructo* ocidental da Teoria do Estado, como se observa do somatório das culturas suméria, grega e hebraica, parte do *mythos*-cultura, para agir politicamente mediante ortopedias coletivas miméticas das chamadas "leis da natureza" a razão como *divina ratio* expressa na natureza, como queria Kant (1991:

33 a 35), leis referidas hoje no "mandato representativo" das "democracias" ocidentais (dissimuladas teofanias), resultando nas *civilizações centrífugas* que povoaram os continentes da Europa, África, América e Oceânia, que designamos culturas de mando-causal por justificativas fundadas na ordem e na autoridade como causa do mando e da força, inclusive do genocídio (ou holocausto) - da guerra de extermínio - [yang].

3. Regularidade política mando-casual [yin].

A Teoria do Estado, com a complacente designação "despotismo oriental" indicia desconhecer a regularidade política mando-casual e sua fundamentação cósmica no acaso (primeiridade), e conseqüente exemplaridade. A primeira ocorrência da percepção fenomenológica fundada no acaso é notada entre os chineses, e atribuída na sua observação ao imperador mítico Fu Hsi (-XXIX) por Kung Fu Tzy (-VI, -551 a -479).

"Antigamente, quando Pao-hsi [Fu Hsi] veio para governar tudo o que se encontrava sob o céu, olhando para cima, contemplou as brilhantes formas exibidas pelo firmamento e, olhando para baixo, examinou os padrões dos pássaros e animais e as diferentes propriedades do solo. (...) Baseado nisto, imaginou os oito trigramas, para mostrar inteiramente os atributos do que era espiritual e inteligente (...), e para classificar as qualidades de miríades de coisas" (Confúcio, 1984, 6A.II-II.11: 470).

É de se notar, no texto, a ausência de ordem prévia na postura de primeiridade no governante Fu Hsi primeiro contempla! -, a conseqüente regularidade dos padrões (secundidade exibida pela realidade céu-terra) e o posterior registro (terceiridade) dos oito trigramas. Nenhuma condução pessoal de divindade aponta Fu Hsi no fenômeno. Não há inversão fenomenológica nesse registro triádico mítico: 1. contemplação, 2. padrões, 3. registro. Kung Fu Tzy esclarece aquela ausência de ordem ao apontar a qualidade da mutação entre *yin-yang* (*Ersatz* de acaso) que possibilita os oito trigramas na 6ª Asa: "o firme [yang] e o maleável [yin] deslocam um ao outro, e nisso está contida a mutação" (Confúcio, 1984, 6A.II-I.2: 468).

Também Lao Tzy (-VI, -570 a -490), contemporâneo de Kung Fu Tzy, no *Tao Te Ching*, parte do "tao ke tao" (S.D.-1: 27) - na tradução do chinês para o português pelo autor deste trabalho "tao possível [primeiridade] tao" -, com

sua complementar mutabilidade entre as possíveis qualidades *yin-yang* do *tao* (S.D.-42: 76), sem qualquer referência à uma ordem pré-existente. *Tao* em Lao Tzy, sem se apresentar com atributos pessoais ou teológicos, é a qualidade possível no fenômeno.

Kung Fu Tzy refuta com sutileza, nos *Analectos* (ora em diante, por tradução cotejada pelo autor entre a tradução inglesa e o original em chinês), qualquer premissa teológica para a vida terrena. "*Zi Lu pergunta a Confucius sobre como servir os espíritos [manes]. Confucius responde, 'Como pode alguém servir os espíritos antes de saber como servir as pessoas?' Zi Lu continua perguntando, 'O que é a morte?' Confucius responde, 'Como pode alguém compreender a morte antes de compreender a vida?'"* (Confucius, 1994-XI.12: 189).

Com essa premissa impessoal e não-teológica, Kung Fu Tzy apresenta as relações políticas marcando-as pela rejeição à impositividade da ordem e rejeição ao soberano como centro ordenador. "*Confucius disse, 'Se o governo age corretamente, as pessoas comuns o obedecerão sem ser mandadas; se o governo não age corretamente, as pessoas comuns não o obedecerão nem sequer depois de ordens repetidas'"* (Confucius, 1994-XIII.6: 231).

Entre a lei com sua sanção, a autoridade, e a exemplaridade, como vimos no capítulo XIII.6, Kung Fu Tzi fica com a exemplaridade: "*Reguladas por mandados e castigos, as pessoas só saberão submeter-se mas não terão sensação de vergonha. Guiadas por virtudes e ritos, elas não só terão uma sensação de vergonha mas também saberão corrigir os enganos de seus próprios acordos"* (Confucius, 1994-II.3: 13). Quando o discípulo Zi Lu pergunta "*Que é governar?"*", Kung Fu Tzi responde: "*apresente-se perante as pessoas comuns sendo laborioso no seu trabalho e nisso estará a sua exemplaridade"* (Confucius, 1994-XIII.1: 226). A base moral de Kung Fu Tzy está no exemplo sem palavras e não no discurso formal: "*Aquele que governa sua nação em base moral será apoiado pelas pessoas, tal qual a estrela Polar, que é referência para todas as outras estrelas"* (Confucius, 1994-II.1: 12).

A virtude em Kung Fu Tzi está na exemplaridade silente de palavras e pródiga nos atos. "*Antigamente, as pessoas eram econômicas nas palavras, temerosas de que suas ações não correspondessem a elas"* (Confucius, 1994-IV.22: 58). A conformidade aos ritos implica uma auto-disciplina que demonstre sua deferência e não sua impositividade ao próximo. "*(...) Se uma nação não é governada mostrando deferência, como poderão os ritos ser executados?"* (Confucius, 1994-IV.13: 53).

Se existe, a exemplaridade do governante não é sua primazia. Está difundida tanto no pai de família (Confucius, 1994-IV.20: 57), nos pais e irmãos (Confucius, 1994-XI.5: 184), quanto nos ancestrais (Confucius, 1994-IV.22: 58). Essa exemplaridade não carrega a marca ocidental das palavras, mas dos gestos e dos atos. Assim, "*Um homem superior toma como desgraça deixar suas palavras despidas de ação*" (Confucius, 1994-XIV.27: 271). Essa exemplaridade Oriental difusa entre muitos, pais, filhos, governante e antigos produzindo contágio é o que designo *oscilos coletivos*, diferente da *ordem coletiva* observada nos povos sumérios, gregos e hebreus, linearmente concentrada na unidade, Deus ou governante, análogos de autoridade.

O modo de ação paradoxal do governante está no *Wu wei* - 無爲 "*Talvez tenha sido Shun o único a trazer para a multidão a paz e sem ação [wu wei] alguma contra a ordem natural. O que na verdade era agir para ele? O que fez foi permanecer no trono com compostura*" (Confucius, 1994-XV.5: 286). O conceito de *wu wei* Kung Fu Tzy tirou de Lao Tzy (S.D.-38/43/57: 71, 77, 91). *Wu wei* implica, além de não normatizar, não litigar. "*O modo como eu proponho um processo [propor ação, litigar] não é diferente do de outros. Tento, porém, evitar propor qualquer processo*" (Confucius, 1994-XII.13: 216-217).

Wu wei também implica uma exemplaridade em contraste com a pena de morte. "*A propósito da ação de governar, Ji Kangzi perguntou a Confucius, 'O que você pensa de um governo que tira a vida de quem infringe o Caminho [tao] e promove as pessoas que se amoldam a ele?' Confucius responde, 'Para governar é necessário matar? Se você quer que o país seja bom, faça como as pessoas comuns. O governo é como o vento, as pessoas comuns como a grama. Para onde o vento soprar, a grama pode não ajudar, mas não atrapalha'*" (Confucius, 1994-XII.19: 220).

O Decreto Celeste *t'ien ming*: 天命 (Confucius, 1994-II.4: 14) -, conforme o *similgrama* (neologia criada pelo autor para significar imagem por similaridade do objeto, e não "representação de uma idéia", como incorretamente visto no ocidente), não tem paralelo com o conceito de ordem, delegação divina ou humana próprios do ocidente. *T'ien* (céu) designa todo o acaso que provém de cima de nossa cabeça, como a chuva, o tempo, as estações do ano (Wieger, 1965: 690). "*O que disse o céu alguma vez? Primavera, verão, outono, inverno sucedem-se como regularmente sempre o fizeram. Todas as coisas na terra continuam a germinar. O céu diz alguma coisa?*" (Confucius, 1994-XVII.19: 340).

O mesmo ocorre com o similgrama *ming* 命, uma combinação que designa massa de pessoas que, por concordarem entre si nas opiniões, vivem juntas em harmonia e com (e não sob) um mesmo selo de mando (Wieger, 1965: 45, 57; Vaccari, 1972: 78). Outra das composições possíveis em *ming*, o similgrama *ling* 令, designa as regularidades das estações do ano (Mateos, 1977-3167: 601). *T'ien* *ming* implica o acaso de Fu Hsi, implica estar em harmonia com as regularidades (secundidade) da natureza, incluindo a exemplaridade do pai, dos pais e irmãos, do governante não ordenador, dos antigos, sem supremacias.

Ao encerrar o texto dos Analectos, no capítulo XX, esse conceito consolida a convergência para a vida interior (ver Mateos, 1977-1242: 230), para o império do centro, conforme os referentes textuais de Kung Fu Tzy e Lao Tzy, textos dominantes na cultura chinesa até os dias de hoje.

O fundamento oriental no acaso do agir político por *wu wei*, por mutabilidade *yin-yang* (primeiridade), possibilita a regularidade política mediante oscilos coletivos contagiados por exemplaridades dispersas no real. Tal fundamento, enquanto referido no "decreto celeste" (acaso nas "regularidades cósmicas"), resultou em civilizações centrípetas, que designamos culturas de mando-casual por justificarem no cosmo [*yin*] o acaso do mando e da força. Essa fundamentação cósmica oriental possibilitou uma concentração humana no continente da Ásia, que tem por dominância não exclusividade! - o conceito de *wu wei*, e não a alogia ocidental do *Si vis pacem, para bellum* (Se queres a paz, prepara-te para a guerra). Com o *wu wei*, resgata-se a lógica: *Si vis pacem, pacem agere* (Se queres a paz, age pacífico). (Modesto).

São Paulo, dezembro de 1997.

Referência Bibliográfica.

- ANÔNIMO (1988). *Poema de Gilgamesh*. Traducido de la confrontación de diferentes ediciones de asiriólogos, con Estudio preliminar y notas por Federico Lara Peinado. P 1-181. Madrid: Tecnos.
- ARISTÓTELES (1988). *Política*. Traduzido do grego por Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- CONFÚCIO (1984). As Dez Asas. Em *I Ching, o livro das mutações*. Traduzido do chinês para o inglês por James Legge. Traduzido para o português por E. Peixoto de Souza e Maria Judith Martins. Prefaciado por Torrieri Guimarães. Asas intercaladas com outros textos. São Paulo: Hemus Editora.
- CONFUCIUS (1994). *Analects of Confucius*. [Lun Yü.] Translated from chinese to english and Notes by Cai Xiqin. [Texto bilíngüe.] Foreword by Xin Guanjie, vice chairman of China Confucius Foundation. Index with Different Names of Confucius' Disciples. P. 1-383. Beijing (Republic of China): Beijing Foreign Languages Printing House.
- DALLARI, Dalmo de Abreu (1995). *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Editora Saraiva.
- GARMUS, Ludovico (1992). Pentateuco e Notas Explicativas. Em *A Bíblia*. Traduzida diretamente dos originais hebraico, aramaico e grego, com recorrência à Bíblia Hebraica de Stuttgart e à edição crítica de Goettingen. P 25-234. Petrópolis: Vozes.
- HEGEL, Georg Wilhelm (1995). *Filosofia da história*. Traduzido por Maria Rodrigues e Hans Harden. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- HEISENBERG, Werner (1989). *Physics and Philosophy*. Introduction by Paul Davies. London: Penguin.
- HESÍODO (1991). *Teogonia a origem dos deuses*. Edição bilíngüe grego-português. Traduzido do grego e com o texto introdutório "O mundo como função de musas" por Jaa Torrano. P. 103-163. São Paulo: Iluminuras.
- JOSUÉ (1985). Josué. Em *A Bíblia de Jerusalém*. Traduzido por Samuel Martins Barbosa, diretamente dos originais da Bíblia Hebraica de Stuttgart, com notas da École Biblique de Jérusalem. P 337-373. São Paulo: Edições Paulinas.
- KANT, Imanuel (1991). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70.
- LAO TZY (S.D.). *Tao Te Ching* Explicado e Comentado em Linguagem Acessível. [Texto em chinês.] Edição da prancha xilográfica conservada no Honrável Palácio Chinês de Shang Hai. Explicação e comentário pelo grande mestre Han

- Shan. [Texto em duas partes: Tao e Te.] P 23-115. Shang Hai e T'ai Pei: San Yang.
- MATEOS, Fernando; OTEGUI, Miguel; ARRIZABALAGA, Ignacio (1977). *Diccionario español de la lengua china*. Madrid: Espasa-Calpe.
- MODESTO, Luiz Sergio (1994). *As Drogas do Estado*. Tese multidisciplinar fundamentada no paradigma metadisciplinar da Semioselogia apresentada perante a Faculdade de Direito da USP, e defendida em 30/06/95 para obtenção do título de Doutor em Direito do Estado. São Paulo: Sibila Edição.
- MOISÉS (1985-1). Gênesis. Em *A Bíblia de Jerusalém*. Traduzido por Domingos Zamagna, diretamente dos originais da Bíblia Hebraica de Stuttgart, com notas da École Biblique de Jérusalem. P 31-105. São Paulo: Edições Paulinas.
- MOISÉS (1985-2). Êxodo. Em *A Bíblia de Jerusalém*. Traduzido por Gilberto da Silva Gorgulho, diretamente dos originais da Bíblia Hebraica de Stuttgart, com notas da École Biblique de Jérusalem. P 106-167. São Paulo: Edições Paulinas.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de (1979). Do espírito das leis. Em *Montesquieu, os pensadores*. Traduzido por Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Editora Abril.
- KIRK, G. S. *et alii* (1994). Nota introdutória. Em *Os filósofos pré-socráticos*. Traduzido por Carlos A. L. Fonseca. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- PEINADO, Federico Lara (1988). Estudio preliminar. Em *Poema de Gilgamesh*. Anônimo. Traducido de la confrontación de diferentes ediciones de asiriólogos, con Estudio preliminar y notas por Federico Lara Peinado. P. CVIII. Madrid: Tecnos.
- PEIRCE, Charles Sanders (1974-6). Scientific metaphysics. In *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. V VI. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- VACCARI, Oreste; VACCARI, Enko Elisa (1972). *Pictorial chinese-japanese characters - a new and fascinating method to learn ideographs*. Tokyo: Vaccari's Language Institute.
- WEBER, Max (1980). *Economía y sociedad esbozo de sociología comprensiva*. Traducido por José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica.
- WIEGER, Léon (1965). *Chinese characters their origin, etymology, history, classification and signification*. A thorough study from chinese documents. Translated into english by L. Davrout, S. F. Second edition, enlarge and revised according to the 4th. french edition. New York: Paragon - Dover.

MAQUIAVEL: DA *VIRTÙ* E DA *FORTUNA*

Fredys Orlando Sorto

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba
Mestre em Direito Internacional e Doutor em Ciência Política
pela Universidade de São Paulo

Resumo:

A finalidade deste escrito é examinar, ainda que sucintamente, a contribuição de Maquiavel no marco da Ciência Política, para tanto serão consideradas as duas obras mais importantes do autor, isto é, *O Príncipe* – obra derivada da observação política concreta – e *Os comentários sobre a primeira década de Tito Lívio* – texto dedicado à teoria política. Visto que essas são as obras capitais utilizadas por Maquiavel para demonstrar como se adquire, se preserva e se perde o poder.

Abstract:

The finality of this work it's to exam, although succintly, the contribution of Maquiavel in the mark of Political science. Therefore will be considered his two most importantis work, that is, *The Prince* work derivative of concrete political observation and *The commentary about the first decade of Tito Livio* - text dedicated to political theory. As much as these are the capitals works utilized by Maquiavel to demonstrate how obtain, preserve and last the power.

Unitermos: aquisição, preservação e perda do poder.

Sumário:

1. Panorama político italiano.
2. Maquiavel: pensador de *virtù*.
3. Pensamento político.
4. Conclusões.
5. Bibliografia.
6. Mapa da Itália no tempo de Maquiavel.

1. Panorama político italiano.

Destaque-se, de início, que os reinos da Espanha, da França e da Inglaterra, chegaram ao final da Idade Média como monarquias consolidadas. A Itália, ao contrário, apresentava uma elevada fragmentação territorial com seus

reinos, repúblicas, ducados, Estados eclesiásticos, etc. Todos estes estavam expostos às conspirações internas e à ação expansionista dos outros Estados, em conseqüência, tornava-se quase sempre o governante um tirano, posto que precisava manter a ordem interna e, ainda, defender-se ou atacar os seus vizinhos. Não-raro empregavam-se tropas mercenárias (*condottieri*) para enfrentar estas dificuldades. Em decorrência disso, o príncipe italiano da época de Maquiavel estava conspurcado pela crueldade, pela maldade, pela luxúria – enfim – pela desumanidade.¹ A maldade por si-só, contudo, não bastava para manter o poder, era necessário que o príncipe empregasse também a astúcia. No entanto, de nada valia isto diante das investidas das monarquias absolutas do resto da Europa. Razão pela qual Maquiavel advogava pela unificação italiana que, no seu entender, acabaria com as operações dos bárbaros.

A Itália apresentava, pois, feições diferentes: quer pela ausência de um poder central, quer pela crise permanente provocada pelas lutas dos príncipes, que tencionavam ocupar o vazio deixado pela falta de uma liderança nacional. "*Enquanto isso o papado, com seus prepostos e aliados, era forte o suficiente para prejudicar a futura unidade nacional, mas não para alcançar essa unidade*".²

A despeito disso, as repúblicas de Veneza e de Florença foram centros de ingente esplendor durante o período do Renascimento. Acerca de Florença, Burckhardt observa que "*O pensamento político mais elevado e as formas mais variadas de desenvolvimento humano são encontrados combinados na história de Florença que, neste sentido, mereceu o título de primeiro Estado moderno*".³ É neste ambiente de excepcional florescimento cultural, político e científico, associado, naturalmente, ao estado permanente de violência e de crueldade, traços típicos deste espaço de tempo, que Maquiavel exerceu suas aptidões diplomáticas e intelectuais.

1. A crueldade do príncipe italiano deste período impressiona. Burckhardt relata que, *Ferrante*, filho do grande Afonso, "*Além da caça, que praticava sem respeitar quaisquer direitos de propriedade, seus prazeres eram de duas espécies: gostava de ter os oponentes junto a si, vivos em prisões bem guardadas, ou mortos embalsamados, vestidos nos trajes que haviam usado em vida (...)*". Burckhardt, Jacob. *A cultura do Renascimento na Itália*, Brasília, Universidade de Brasília, 1991, p. 25.

2. Idem, p. 4. Cf. Maquiavel, Niccolò. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. Brasília, 1982, p. 62.

3. Burckhardt, Jacob. *op. cit.*, p. 49.

2. Maquiavel: pensador de virtù.

Niccolò Machiavelli nasceu em Florença, em 1469, no mesmo ano em que Lourenço de Médici, o *Magnífico*, assumiu o poder.⁴ Autor de expressivas obras em diversas áreas das ciências humanas: na Ciência Política *Dell'arte della guerra, Il Principe e Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*; na Literatura *La Mandragola e Clizia*; na História *Istorie Fiorentine*.

Em 1494 proclamou-se a República de Florença, após a queda dos Médicis. Mas a atividade pública de Maquiavel só se desenvolveu a partir de 1498, quando ocupou a segunda chancelaria do governo republicano, na qual responde pelos assuntos internos e externos, inclusive os relacionados com a guerra. Em seguida é nomeado secretário dos *Dieci di Balìa*, conselho responsável pelas relações externas do Estado florentino. Nesse posto desempenhou várias missões diplomáticas, dentro e fora da Itália. Como resultado destes contatos diplomáticos, chegou à conclusão de que todos os governantes de sua época tinham fracassado em seus propósitos devido à "(...) fatídica inflexibilidade diante das mudanças das circunstâncias" César Bórgia pela sua arrogância, Maximiliano pela sua insegurança, Julio II pela sua impetuosidade.⁵

A carreira política de Maquiavel encerra-se, praticamente, com a derrota do governo republicano e o retorno dos Médicis. A nova administração exonera-o de suas funções, multa-o em mil florins e proíbe-o de entrar no palácio do governo. No ano seguinte é preso e torturado, acusado de participar de uma conspiração. Em seguida é posto em liberdade, favorecido pela anistia decretada devido às comemorações pela eleição de Giovanni de Médici para o papado (Leão X). Passa, a partir de então, por um longo tempo dedicado às letras.⁶ Em 1519,

4. Maquiavel nasceu em 3 de maio de 1469, filho do advogado Bernardo Machiavelli e de Bartolomea. Casou-se aos 32 anos com Marieta di Luigi Corsini, com quem teve seis filhos. Durante vários anos foi amante da cantora Bárbara Salutati. Morreu em 21 de junho de 1527.

5. Skinner, Quentin. *Maquiavel: pensamento político*. São Paulo, Brasiliense, 1988, p. 31.

6. Mesmo tendo sido preso e torturado sob a égide do novo governo, Maquiavel tenta voltar à vida pública. Em carta a Francesco Vettori, embaixador junto ao papa, relata sua modesta vida em San Casciano, onde se dedica à leitura e ao convívio com gente humilde. Lamenta-se de seu destino e afirma que "(...) desejaria muito que estes senhores Médicis comessem a lembrar-se de mim". Nesta epístola ele assegura ter composto um opúsculo: *De Principatibus*, no qual afirma *ipsis litteris*: "Aprofundo-me quanto posso nas cogitações deste tema, debatendo o que é principado, de que espécie são, como eles se conquistam, por que eles se perdem". Nesta carta declara que dedica o livro (*O Príncipe*) ao papa Júlio II. Com a morte deste acaba por dedicá-lo a Lourenço de Médici.

porém, volta à atividade política, contudo, este retorno frustra-o pela insignificância. Anos mais tarde, em 1527, restaura-se a República, mas é posto à margem devido a sua colaboração com o regime deposto, para quem havia escrito a História de Florença. Morre nesse mesmo ano, longe do poder, da riqueza, da glória, isto é, longe da fortuna.

A sua obra política ainda suscita nímio interesse, quer pela eloquência dos argumentos, que tratam dos modos de manutenção do poder, quer pela virulência com que a sua pessoa é atacada pelos críticos mais exacerbados. Em face de tantas e tão-variadas críticas endereçadas a sua obra, parece lícito supor, que a *intelligentia* não consegue permanecer neutra diante de suas idéias. De sorte que cada um o interpreta de acordo com a sua necessidade. Essa prolixidade exegética, abriga desde os críticos implacáveis até os admiradores mais devotados. Um quadro bastante elucidativo dessa diversidade interpretativa é fornecido por Isaiah Berlin, em notável ensaio intitulado *O problema de Maquiavel*. Berlin, porém, prefere tomar como cerne de discussão, não as divergências em relação ao universo conceitual existente nas obras do arguto florentino, mas o próprio agente, isto é, a atitude política de Maquiavel.⁷ Há quem afirme que o autor de *O Príncipe* escreveu, de fato, uma sátira (Albérico Gentil); para outros trata-se de uma história admonitória (Spinoza e Rousseau) de um patriota apaixonado e democrata; outros pensadores consideram *O Príncipe* "uma agressão à Igreja e todos os seus princípios e uma defesa da visão pagã da vida" (Prezzolini, Haydn, Fichte). Outro intérprete considera-o um católico apaixonado e sincero (Alderísio); segundo Benedetto Croce, trata-se de um humanista angustiado; para Cassier, Maquiavel é um técnico frio e calculista; para Hegel é um gênio que viu a necessidade de unificação de sua pátria, por outras palavras, ele era acima de tudo um exaltado nacionalista; Marx refere-se aos comentários como "verdadeiras obras-primas" Berlin conclui, contudo, que a maneira mais comum de ver Maquiavel é a "(...) que o considera como um homem inspirado pelo diabo para levar os homens bons à perdição"⁸ A seguir, veja-se, malgrado, a singular contribuição desse notável pensador no âmbito da Ciência Política.

7. Berlin, Isaiah. O problema de Maquiavel. In: *Curso de introdução à ciência política*. Brasília, 1982, pp. 117-143.

8. Idem, p. 121.

3. Pensamento político.

Tanto em *O Príncipe*, livro oriundo da observação política concreta, quanto nos *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*, que dedica à teoria política, Maquiavel traz à baila diversas inovações. São obras que utiliza para demonstrar como se adquire, se preserva e se perde o poder. Em *O Príncipe*, por exemplo, introduz, *in limine*, o vocábulo Estado. Palavra essencial que designa a sociedade politicamente organizada, mas que no contexto refere-se, ainda, ao Estado clássico, isto é, à Cidade-Estado. Em seguida, reclassifica as formas de governo (cap. 1), reduzindo a classificação proposta por Aristóteles (monarquia, aristocracia e governo constitucional) para apenas duas: o principado e a república, em razão do número de pessoas que governam: quando um, monarquia; quando muitos, república. Esses muitos "(...) podem ser mais ou menos numerosos, permitindo distinguir, entre as repúblicas, as aristocráticas e as democráticas"⁹ Da forma de governo nas repúblicas trata nos *Comentários* (Livro I, cap. 2), em que, ao igual que Políbio, defende as virtudes do governo misto, isto é, um governo que saiba contrabalançar o poder do monarca, da aristocracia e do povo. O Estado organizado deste modo terá estabilidade. O virtuosismo de Roma é evidenciado por Maquiavel pela aptidão que aquela Cidade-Estado teve ao conciliar três componentes: a *realiza* representada pelos cônsules, a *aristocracia* pelo senado e o *povo* pelos tribunos do povo. Poder-se-ia dizer que, por acreditar nas vantagens do governo misto, ele não se detém na qualificação das formas más ou boas. As formas puras, assevera, apresentam inconvenientes e revelam-se inferiores em relação aos modelos mistos. Porque "(...) se o príncipe, os aristocratas e o povo governam em conjunto, o Estado, podem com facilidade controlar-se mutuamente." (*Comentários*, Livro I, cap. 2). Nesta concepção de controle do poder pelo poder pode vislumbrar-se, isto parece claro, a célebre teoria elaborada por Montesquieu em *L'esprit des Lois*. Teoria que seria acolhida com maestria pelos norte-americanos quando da instituição do Estado Federal, do presidencialismo e da democracia representativa, como se pode verificar claramente na monumental obra política *The Federalist*.

Mas voltando a Maquiavel, diga-se, quanto às formas de governo, que em *O Príncipe* ele divide os principados em: hereditários, novos e eclesiásticos. No que tange aos primeiros, procura demonstrar como podem ser mais bem-

9. Bobbio, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Brasília, 1985, p. 84.

administrados e mantidos. Para mantê-los, recomenda, basta dar continuidade à administração anterior, combinando-a com as peculiaridades do presente (cap. 2). Os principados hereditários são governados de duas maneiras: pelo príncipe e seus ministros, notando-se que neles o poder do monarca é absoluto, incontestável, e dá como exemplo o Grão-turco, que é uma monarquia despótica; e pelo príncipe e os barões, os quais têm essa qualidade por *jus sanguinis* e não por concessão do monarca, aqui dá como exemplo a monarquia francesa, nesta os barões "(...) são poderosos e o rei não pode privá-los de suas regalias, sem grave perigo para ele próprio." (cap. 4).

Quanto aos principados novos, Maquiavel divide-os em quatro categorias: os conquistados pela *virtù*, pela fortuna, pela violência e pelo consentimento.

1. *Os conquistados pela virtù* (cap. 6). São aqueles adquiridos em função das qualidades pessoais dos príncipes "*para poder moldar as coisas como melhor lhes aprouver.*" Cita como exemplos Moisés, que libertou o povo de Israel da escravidão egípcia; Rômulo, que fundou Roma; Ciro, que levou a Pérsia à qualidade de grande império após derrotar Astíages; Teseu, que fundou Atenas. Com efeito, todos estes personagens vencem os desafios pelas qualidades intrínsecas, pela coragem, pela astúcia, enfim, pela *virtù*. A propósito, por *virtù* Maquiavel entende "*a capacidade pessoal de dominar os eventos, de alcançar um fim objetivado, por qualquer meio*"¹⁰ Como exemplo de sua época cita o caso de Francesco Sforza, duque de Milão.

2. *Os conquistados pela fortuna* (cap. 7). São aqueles que o príncipe conquista, não por mérito próprio, mas pela sorte. Exemplifica citando o caso de César Bórgia, que "*adquiriu o Estado com a fortuna do pai*" o papa Alexandre VI, "*e sem esta o perdeu*" Por outras palavras, faltou ao Duque Valentino aquelas qualidades congênicas ao *homo virtutis* para preservar o Estado. Os temas da *virtù* e da *fortuna*¹¹ são recorrentes e imprescindíveis no pensamento de Maquiavel. Em *O Príncipe* declara que não ignora que "*as coisas do mundo são governadas pela fortuna e por Deus*" De sorte que não se poderiam conjecturar os sucessos do futuro,

10. Bobbio, Norberto. ob. cit., p. 87. A palavra *virtù*, do latim *virtus*, *virtutis*, não tem em Maquiavel o sentido das quatro virtudes cardeais, isto é: sabedoria, justiça, coragem e temperança.

11. *Fortuna*. Divindade romana do acaso, do imprevisível, dos caprichos da sorte. Representam-na os romanos sob a forma de mulher com os olhos vendados, tendo nas mãos uma espiga ou uma cornucópia.

deixar-se-ia o homem, então, governar pela sorte, segundo a opinião corrente na época de Maquiavel. Este, no entanto, julga "que se possa aceitar que a sorte decide metade de nossos atos, mas nos permite o controle da outra metade, aproximadamente" Ele parte do princípio de que a fortuna pode ser controlada mediante um conjunto prévio de ações humanas que tenham por escopo canalizar o seu ímpeto, minguar-lhe a fúria e os efeitos. Assim, "O príncipe que baseia seu poder inteiramente na fortuna está perdido quando esta muda. Acredito também que é feliz quem age de acordo com as necessidades de seu tempo, e da mesma forma é infeliz quem age opondo-se ao que seu tempo exige" Destarte, o homem deve adaptar-se às circunstâncias e mudar de acordo com as necessidades ditadas pelo momento.

3. *Os conquistados pela violência* (cap. 8). Neste modo de aquisição tornar-se-á príncipe aquele que conquiste o poder por qualquer meio criminoso (*per scelera*). Serve de ilustração Agátocles, rei de Siracusa, que tendo começado a vida em situação baixa e abjeta conquista o poder, depois de assassinar os senadores e os homens mais ricos. Contudo, conseguiu manter-se no governo por muito tempo por mérito próprio. O outro exemplo dado é o de Oliverotto de Fermo, órfão, criado por um tio materno, que cometeu assassinio coletivo para galgar o poder. Pouco depois é deposto e estrangulado. No fundo, Oliverotto não tinha aptidão para manter o poder. De tal forma que ao tomar um Estado, o conquistador deve, afirma Maquiavel, praticar todas as crueldades de uma só vez e deve evitar a reincidência, em conseqüência, tranquilizará o povo e manterá o Estado, caso contrário perdê-lo-á. Chama-se isto, conforme Maquiavel, de bom ou mau emprego da crueldade, isto é, a crueldade aplicada no momento oportuno, porque em tempos adversos, o príncipe não terá tempo para a prática do mal. Naturalmente que este tipo de conquista do poder não-depende da *virtù* nem da *fortuna*, deve-se, antes de tudo, à maldade do príncipe, à natureza perversa do homem. Esta perversidade, todavia, terá seu valor reduzido se o novo príncipe conseguir manter-se no poder, do qual decorre, como argumenta Bobbio, que "O critério para distinguir a boa-política da má é o seu êxito. No que diz respeito ao príncipe novo, o êxito é medido pela capacidade de manter o Estado (...). Os dois príncipes (Agátocles e Oliverotto) foram cruéis, mas a crueldade de um deles foi bem utilizada, tendo em vista o seu objetivo – a única coisa que conta na política".¹² Como o objetivo era preservar o Estado, dado o êxito

12. Bobbio, Norberto. ob. cit., p. 88.

de Agátocles, conclui-se que o seu objetivo político justifica a crueldade. Se a finalidade é manter o poder a qualquer custo, então não importa de que meios lance mão o príncipe para a consecução de seus propósitos. A luta pela manutenção do Estado, todos eles, independente da forma de aquisição do poder, passa pelo crivo de dois métodos: o da lei, peculiar ao homem, logo racional; e o da força, típica dos animais. Assim, caso o método legal se revele insuficiente, o príncipe deve então recorrer ao método da besta. É necessário, conforme salienta Maquiavel, que o príncipe saiba usar as duas naturezas. O governante não precisa ser misericordioso, leal, humanitário, sincero e religioso, mas é forçoso que aparente ser tudo isto. Deve, não-obstante "(...) *ter a mente pronta a ajustar-se aos ventos que sopram, seguindo as variações da sorte – evitando desviar-se do bem se possível, mas guardando a capacidade de praticar o mal, se obrigado a isso*" (cap. 18). O príncipe, por isso, não deve desviar-se de seus objetivos em face do que é considerado bom pelos homens, nem está obrigado a honrar a sua palavra se a necessidade o obriga a praticar o mal.

"Todos vêem nossa aparência, poucos sentem o que realmente somos (...) – na conduta dos homens, especialmente dos príncipes, contra a qual não há recurso, *os fins justificam os meios*. Portanto, se um príncipe pretende conquistar e manter um Estado, os meios que empregue serão sempre tidos como honrosos e elogiados por todos. (cap. 18, grifo do autor).

De sorte que a prática do mal pelo príncipe se justifica sempre e quando ela esteja de acordo com o objeto principal, que é a preservação do *status quo* – El príncipe y sus circunstancias – diria Ortega y Gasset. Esta aplicação inexorável dos meios tendo em vista a manutenção da ordem estabelecida é o que se convencionou denominar de razão de Estado (*raison d'État*), que é uma medida arbitrária amparada pelo Estado. (cf. *Comentários*, Livro I, cap. 9).

4. *Os conquistados pelo consentimento* (cap. 9). Ao governo conquistado mediante o consenso chama-se governo civil. Esta posição não depende apenas da sorte ou do valor, "... *mas da astúcia assistida pela sorte. Chega-se a ela com o apoio da opinião do povo ou da aristocracia*". Se chegar ao poder com o apoio daquele, deverá manter a sua amizade, para tanto basta não-oprimi-lo; contudo, se alcançar o governo com o apoio da nobreza, contra a vontade do povo,

bastar-lhe-á protegê-lo para conseguir a sua amizade. Maquiavel dá como exemplo de governo civil, o de Nabis, príncipe de Esparta, que defendeu sua pátria do assédio de toda a Grécia e do Exército romano; quando sobreveio o perigo bastou-lhe o apoio de alguns para manter-se. Não lhe bastaria isto se fosse hostilizado pelo povo.

Finalmente Maquiavel trata dos principados eclesiásticos, os quais oferecem dificuldades somente no período anterior à conquista. Alcançados pela fortuna ou pelo valor, não há dificuldade na sua preservação, porque são sustentados pela rotina da religião. Os príncipes se mantêm com facilidade, independente da conduta e do modo de vida que pratiquem. "*Somente esses Estados, portanto, são seguros e felizes*" (cap. 11).

Dever-se-ia observar que Maquiavel dedica grande parte de *O Príncipe* aos principados novos, como Florença. Não-obstante, para manter os principados, de qualquer índole, é necessário que se alicerces em dois suportes básicos: boas leis e bons soldados. Deve-se acrescentar, que a religião é, de igual modo, um poderoso agente de manutenção da ordem social.¹³ No aspecto militar advoga contra o emprego de exércitos mercenários (*condottieri*), causadores da ruína da Itália. Defende a existência de um Exército nacional. Como resultado do emprego de exércitos mercenários afirma que "*(...) a Itália foi vencida por Carlos VIII, depredada por Luís XII, violentada por Fernando de Aragão e insultada pelos suíços*" (cap. 12). E conclui que nenhum príncipe estará seguro sem o seu próprio Exército nacional. No tocante à lei, oferece como exemplo de boa-aplicação o Estado de Esparta. Contudo, assevera que "*(...) é necessário que quem estabelece a forma de um Estado, e promulga as suas leis, parta do princípio de que todos os homens são maus, estando dispostos a agir com perversidade sempre que haja ocasião*" (*Comentários*, Livro I, cap. 3). Porque os homens, segundo afirma, são de um modo geral ingratos, ambiciosos, volúveis e covardes. (*O Príncipe*, cap. 17). Além disso, para manter-se no poder, o príncipe deve procurar que seus atos demonstrem grandeza, coragem, gravidade e fortaleza. Entre ser amado ou temido, deve preferir a segunda, entretanto, é necessário que evite, a todo custo, ser odiado pelo povo. Por isso é imprescindível desviar-se da conduta predatória, da usurpação dos bens e das mulheres dos súditos. (Cf. *O Príncipe*, cap. 19).

13. É o caso de Roma. A religião estabelecida por Numa foi uma das causas da glória daquela cidade. No tocante à Itália, acusa a Igreja Católica de praticar maus exemplos e de promover a divisão territorial. Cf. *Comentários*, Livro I, cap. 11. "*Os dirigentes de uma república ou de uma monarquia devem respeitar os fundamentos da religião nacional. Seguindo este preceito, ser-lhes-á fácil manter os sentimentos religiosos do Estado, a união e os bons costumes*" *Comentários*, Livro I, cap. 12.

Com referência às repúblicas, tema que trata nos *Comentários*, observa-se uma desmedida veneração pela Antigüidade Clássica, sobretudo pelas virtudes seculares de Roma (cf. cap. 1). Daí tira os exemplos para explicar um dos pontos essenciais de sua obra, o fenômeno cíclico da história humana.

"Quem estudar a História Contemporânea e da Antigüidade verá que os mesmos desejos e as mesmas paixões reinaram e reinam ainda em todos os governos, em todos os povos. Por isto é fácil, para quem estuda com profundidade os acontecimentos pretéritos, prever o que o futuro reserva a cada Estado, propondo os remédios já utilizados pelos antigos ou, caso isto não seja possível, imaginando novos remédios, baseados na semelhança dos acontecimentos" ¹⁴

Maquiavel insiste nas virtudes de Roma e nos defeitos de Florença. Mas quem quiser preservar o Estado deve olhar o passado, especialmente a *Civitas Romanarum*. Na História estão as lições que permitem construir barreiras e diques para absorver a fúria da fortuna, que permitem planejar as ações futuras de cada Estado. No presente, não-obstante, o governante servir-se-á dos meios necessários em função dos objetivos que tratam da manutenção da ordem vigente.

4. Conclusões.

Maquiavel, além de fornecer o panorama geral do seu tempo com suas obras literárias e históricas, produz no âmbito da política uma obra formidável baseada na experiência e na reflexão arguta. Maquiavel é por tudo isso um pensador de primeira grandeza, cujas idéias centrais permanecem em voga. Trata-se de obra e de autor singulares em que há uma combinação perfeita entre o criador e a criatura. Se é certo que os fins justificam os meios, como assegura o pensador florentino, então, é lícito supor que ele empregou, de certa forma, os meios de que dispunha, ainda que em vão, com o intuito de voltar ao poder. Isso não é maquiavélico, só para usar um adjetivo que se tornou célebre, é apenas a sua própria natureza, a sua moral pagã, diria Isaiah Berlin. Não seria demais, pois, dizer que Maquiavel é um pensador

14. *Comentários*, Livro I, cap. 39, p. 129.

para todos os gostos, quem tiver uma bandeira e vocação para o poder que adote as suas idéias.

João Pessoa, setembro de 1997.

5. Bibliografia.

BERLIN, Isaiah. O problema de Maquiavel. In: *Curso de introdução à Ciência Política*. Brasília, Universidade de Brasília, 1982.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de Governo*. 4. ed. Trad. Sérgio Bath, Brasília, Universidade de Brasília, 1985.

BURCKHARDT, Jacob. *A Cultura do Renascimento na Itália*. Trad. Vera L. de Oliveira Sarmiento e Fernando de A. Corrêa, Brasília, Universidade de Brasília, 1991, 347 p.

CHABOD, Frederico. Maquiavel e a Renascença. In: *Curso de introdução à Ciência Política*. Brasília, Universidade de Brasília, 1982.

MACHIAVELLI, Niccolò. Carta a Francisco Vettori. In: *O príncipe; escritos políticos*. Trad. Lívio Xavier, São Paulo, Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores).

MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe. In: *O príncipe; escritos políticos*. Trad. Lívio Xavier, São Paulo, Abril Cultural, 1983, 110 p. (Coleção Os Pensadores).

_____. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. 2. ed., Trad. Sérgio Bath, Brasília, Universidade de Brasília, 1982.

_____. *O príncipe e dez Cartas*. Trad. Sérgio Bath, Brasília, Universidade de Brasília, 1982, 102 p.

SKINNER, Quentin. *Maquiavel: pensamento político*. Trad. Maria L. Montes, São Paulo, Brasiliense, 1988, 143 p.

The New Encyclophedia Britannica. 15ª ed. (7):627-629, 1984.

WOOD, Neal. Maquiavelo. In: *Enciclopedia internacional de las Ciencias Sociales*. Madrid, Aguilar, (6):748-753, 1975.

6. A Itália no tempo de Maquiavel.



DIREITO COMERCIAL

O EMPRESÁRIO (L'IMPREDITORE)*

Tradução de Fábio Konder Comparato
Professor Titular do Departamento de Direito Comercial da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

A natureza e o exercício da atividade que vêm a classificar o empresário. Esses e vários outros assuntos são enfocados na doutrina do empresário, determinados pelo autor italiano com tradução do titular de Direito Comercial desta Faculdade de Direito.

Abstract:

The nature and exercise of the activity that classify the businessman. These and various other themes are focused in the doctrine of the businessman, determined by the italian author with translation by professor Commercial Law of this Faculty of Law.

Unitermos: empresário; atividade; sujeito da atividade.

Sumário:

1. Empresário e atividade.
2. Atividade e ato.

1. Empresário e atividade.

O que qualifica o empresário -- conceito central na sistemática da legislação italiana -- é, em minha opinião, uma atividade econômica (assim como uma atividade econômica qualificava o comerciante): "é empresário" reza o art. 2.082 do Código Civil, "quem exerce profissionalmente uma *atividade* econômica organizada, dirigida à produção ou à troca de bens ou serviços"

É pois a natureza (e o exercício) da atividade que qualifica o empresário (e não, ao contrário, a qualificação do sujeito que determina a atividade)

* ASCARELLI, Tullio. L'impreditore. In: _____. "Corso di Diritto Commerciale Introduzione e Teoria dell'Impresa", -- 3. ed. -- Milano: Giuffrè, 1962, pp. 145-160.

e nessa prioridade da atividade exercida para a qualificação do sujeito pode-se notar a persistência de um elemento objetivo, como critério de aplicabilidade da especial disciplina ditada para a atividade e para quem a exerce.

Importa, por isso, determo-nos na análise do conceito de atividade, mesmo se alguns dos problemas que mencionaremos sob esse aspecto serão depois retomados na ilustração ulterior da doutrina do empresário.

Isto, por um lado, porque se trata da primeira conotação do empresário, definido no art. 2.082 como aquele que exerce a atividade qualificada no mesmo artigo (econômica, organizada, dirigida à produção ou à troca de bens ou serviços). De outro lado, porque o conceito de empresário está ligado à importância da atividade, de modo geral. A doutrina jurídica tradicional, na refinada elaboração dos conceitos de ato e negócio jurídico, tem negligenciado a elaboração do conceito de atividade. Deve-se, pois, examinar quais são as categorias jurídicas do direito tradicional aplicáveis à "atividade"

Veremos como o conceito de atividade se coordena com o de probabilidade de ganho e é a esses conceitos que deveremos recorrer na avaliação jurídica dos fenômenos próprios de uma economia caracterizada pela produção industrial de massa.

2. Atividade e ato.

a. A atividade não-significa ato, mas uma série de atos coordenáveis entre si, em função de uma finalidade comum. O termo "ato" ao invés de ser tomado em seu alcance jurídico técnico, deve ser nesse particular entendido, ao menos para as pessoas físicas, como equivalente a "negócio" (no sentido vulgar), por sua vez resultante de um ou mais atos jurídicos, dado que, para as pessoas físicas, é uma pluralidade de "negócios", e não puramente de "atos" que pode se apresentar como coordenada a uma "atividade" e, por isso, elemento integrante desta. Essa referência serve para excluir, em minha opinião, a qualificação de empresário em razão do cumprimento de uma pluralidade de atos que tenham, de per si, mero valor instrumental, relativamente a outras operações às quais se deve remontar. Assim, a reiterada subscrição ou mesmo negociação de cambiais não representa, por si só, uma atividade empresarial, a qual ao contrário resultará das operações ulteriores, em relação às quais a emissão e a circulação de cambiais são meios instrumentais, como,

por exemplo, compra e venda de mercadorias a crédito ou a própria intermediação no crédito.

Essa finalidade, para as pessoas jurídicas e coletividades organizadas, coincidirá por sua vez com o seu escopo, ou estará coordenada com este. Quando assim, não seja, a atividade desenvolvida estará em contraste com o escopo do ente e dever-se-á, então, antes de mais nada, perguntar se a atividade é imputável ou não ao ente, podendo, apenas na primeira hipótese, ser invocada para a aplicação ao ente das normas pertinentes.

Tais precisões servem para dirimir vários problemas. Da proibição de uma atividade não pode derivar a sua nulidade; não deriva nem mesmo, necessariamente, a nulidade dos atos isolados, que podem permanecer válidos, embora sendo ilícita a atividade. A distinção pode ser essencial, no tocante às normas de disciplina publicista da economia, que podem fulminar a atividade (e portanto o sujeito que a exerce), sem prejudicar a validade (e, por conseguinte, em seus efeitos relativamente a terceiros) do ato singular, ou sem lhe aplicar a pena de nulidade (ao contrário, dando, por exemplo, a possibilidade de sua resolubilidade a pedido da outra parte). Se examinamos a disciplina publicista da economia, não é de fato difícil perceber como ela considera, por vezes, atos determinados; outras vezes, a possibilidade de exercício de determinada atividade ou a sua localização, ou ainda o desenvolvimento da atividade, prevendo sanções (tais como a liquidação administrativa, para os estabelecimentos de crédito, empresas de seguros, cooperativas; a cessação do exercício, para empresas de venda ao público), sanções essas que dizem respeito ao exercício (ou à localização) da atividade. A disciplina privatista do ato pode, pois, permanecer independente da disciplina publicista da atividade.

b. A atividade deverá ser apreciada de modo autônomo, isto é, independentemente da apreciação dos atos singulares, individualmente considerados. Independentemente da disciplina dos atos singulares pode ser considerado ilícito o fim perseguido com a atividade, ou pode ser submetido a normas particulares o exercício da atividade.

A ilicitude da finalidade, ou do exercício, não exclui a imputabilidade da atividade, mas acarreta a aplicação de sanções.

A atividade poderá ser lícita ou ilícita, mas não poderá ser nula. As normas sobre nulidade ou anulabilidade dos atos não podem ser aplicadas à atividade, que será existente ou inexistente e, no primeiro caso, regular ou irregular,

lícita ou ilícita, mas nunca nula por vícios dos atos singulares, pois o cumprimento de atos nulos e anuláveis pode vincular-se ao exercício de uma atividade.

Por outro lado, a atividade poderá ser real ou simplesmente aparente, mas não poderá ensejar a aplicação da disciplina da "simulação" dos negócios jurídicos.

A apreciação da atividade implica a de sua finalidade, a qual, por sua vez, reflete-se na coordenação dos atos singulares praticados no exercício de uma atividade, mas que permanecem estranhos à causa de cada um desses atos.

c. Por vezes vem disciplinada uma especial habilitação do sujeito ao exercício da atividade e então a falta de habilitação precluirá a titularidade da atividade, salvo no entanto o exame (segundo as normas aplicáveis) da disciplina dos atos singulares.

As normas que regem a habilitação ao cumprimento da atividade (cuja violação é sancionada pela falta de aquisição da titularidade da atividade) protegem o próprio sujeito; ao passo que as que precluem ou limitam o acesso a determinadas atividades são ditadas para proteção de um interesse diverso do sujeito ao qual se proíbe a atividade e, por isso, sua violação acarreta a aplicação de sanções, mas não o impedimento em ver reconhecida a titularidade da atividade.

d. Sujeito da atividade (ou seja, termo de imputação jurídica da atividade) e, segundo me parece, no sistema italiano, o sujeito dos atos singulares que a formam. Pode-se, parece-me, recorrer, no sistema italiano, em linha de princípio, unicamente a esse conceito jurídico, ao passo que é impossível recorrer-se, como às vezes se afirma, a um conceito econômico, referindo-se a subjetividade da atividade a quem, economicamente, tenha a direção e o risco dela. Não seria, aliás, possível referir a subjetividade da empresa a todo aquele que, na variedade dos casos, corre economicamente o risco da atividade. A própria certeza da aplicação do direito requer a referência a características típicas, cuja relação com uma determinada função econômica não pode ocorrer senão normalmente, não podendo corresponder a uma constante e rigorosa coincidência. As características que iremos enumerando correspondem às que normalmente ocorrem naquele que, economicamente, é considerado empresário, coordenador dos fatores de produção; naquele que, correndo o risco e tendo o poder, organiza a atividade econômica e dela tira lucro. Mas o jurista não pode, em cada caso concreto, identificar aquele que, economicamente, é empresário, assim como não poderia ditar regras especiais para aquilo que, economicamente, é, em cada caso concreto, o lucro, mas deve, ao

contrário, recorrer a características típicas que, normalmente, correspondem à função econômica. Na variedade dos casos concretos, aquilo que, economicamente, é "lucro" e aquele que, economicamente, é "empresário" pode assumir características diversas entre os que o jurista pode tomar em consideração, justamente porque o jurista, ao falar de risco e de iniciativa, deve defini-los em função de características típicas que possam ser objeto de um sistema normativo. Importa, porém, definir de que risco se trata e o risco relevante é, então, no nosso sistema, o da necessidade de adimplemento, perante terceiros, das obrigações assumidas no exercício da atividade, assim como, por outro lado, a iniciativa se reduz à vontade juridicamente relevante na conclusão dos vários negócios, ou na atribuição dos poderes necessários para concluí-los. Isso é confirmado pela atribuição da qualidade de empresário às pessoas jurídicas, das quais pode-se, sem dúvida, falar de uma responsabilidade jurídica e de uma imputação jurídica, mas não de uma incidência econômica do risco (que, em última análise, economicamente, incidirá sobre os sócios da sociedade), ou de uma efetiva paternidade da iniciativa (que, efetivamente, será sempre dos homens e não das pessoas jurídicas).

Eis porque me parece impossível referir a subjetividade da atividade a quem não seja sujeito dos atos dos quais resulta a mesma atividade, e sujeito (juridicamente) dos atos (dos quais resulta a atividade) é aquele que, com bases nesses, adquire direitos e assume obrigações, independentemente da iniciativa (que, por exemplo, poderá vir do representante e não do representado, embora sendo representado quem adquire direitos e assume obrigações), ou também do risco econômico (que, no caso concreto, poderá ser de outrem).

É o que nos permite entender porque, como lembrado, os sujeitos da atividade sejam também expressamente considerados pessoas jurídicas ou coletividades de pessoas, enquanto a iniciativa e o risco econômico são, necessariamente, tão-só das pessoas físicas, dado que, em contrapartida (e é o ponto de partida de todos os problemas das sociedades), os que têm a iniciativa (por meio da maioria da assembléia) e os que correm os riscos (todos os sócios) não coincidem.

e. Enquanto, porém, nas pessoas físicas a atividade não poderá ser imputada senão em razão do efetivo cumprimento dos atos pelos quais ela se desdobra (sendo, por isso, considerada como um "fato"), nas pessoas jurídicas será suficiente o escopo de realizá-la, ainda que independentemente do seu efetivo desenvolvimento. Em tais hipóteses, é pois o escopo o elemento ao qual se deve antes de tudo recorrer para a qualificação do sujeito.

Toda vez, porém, que seja desenvolvida efetivamente uma atividade em contraste com o escopo estatutário e que ela possa ser imputada (apesar do contraste com o escopo estatutário) à pessoa jurídica, dever-se-á recorrer à atividade efetivamente exercida, pois de outra forma seria violada uma disciplina imposta em razão do interesse público.

Fazendo proceder a imputação da atividade da imputação dos atos, é possível (como precedentemente observado) referir a atividade, e a sua qualificação, a uma pessoa jurídica ou a uma coletividade organizada, como também a uma pessoa física. O alcance da qualificação não é, porém, rigorosamente unívoco nas duas hipóteses, como demonstra o relevo que, para fins de qualificação, assume, na segunda hipótese, o escopo de exercer uma atividade independentemente do seu efetivo desenvolvimento, bem como a diversa posição que assume os problemas relativos à distinção entre atividade autônoma e subordinada (atividade subordinada que, em geral, se admite possa ser própria tão-só das pessoas físicas), e ainda os problemas relativos à especificação ulterior da qualificação do empresário.

Na verdade, nas pessoas jurídicas e nas coletividades organizadas a qualificação de empresário liga-se ao escopo, (que por isso adquire relevo peculiar sob esse ponto de vista) do negócio constitutivo; fato que se relaciona com a relevância que adquirem as pessoas jurídicas e coletividades como organizações instrumentais para o exercício de uma atividade. Por sua vez, é ao negócio constitutivo da pessoa jurídica ou da coletividade organizada que se deve recorrer para determinar o patrimônio, em relação ao qual adquirem relevância as conseqüências da qualificação.

Enquanto se divisa na pessoa jurídica ou na coletividade organizada a expressão de uma peculiar disciplina, que, no entanto, sempre diz respeito a homens -- refutando-se a assimilação, na realidade pré-normativa ou em virtude da ordem normativa, entre pessoa jurídica e homem -- a qualificação da corporação (ou da coletividade organizada) pode referir-se também aos seus membros e as conseqüências relativas poderão dizer respeito também aos membros e nos limites de sua responsabilidade como membros.

É o que ocorre tradicionalmente, admitindo-se a extensão da falência da sociedade ao sócio ilimitadamente responsável. Esse princípio tradicional suscitou a indagação clássica sobre se o sócio ilimitadamente responsável é comerciante, indagação retomada no sistema vigente, com relação à qualificação de empresário comercial. Na realidade, é ponto pacífico que o sócio de

responsabilidade ilimitada é sujeito à falência por via da extensão da falência da sociedade, mas ele, por outro lado (quando, independentemente da sua qualificação de sócio ilimitadamente responsável, não seja empresário comercial), não é sujeito à falência em razão da própria insolvência, assim como não é sujeito passivo das várias obrigações e responsabilidades do empresário.

Posta essa solução normativa indubitável, é preferível a resposta negativa à indagação acima feita. A resposta positiva poderia, sem dúvida, justificar-se com a possibilidade (que, então, diria respeito a qualquer sócio) de resolver-se a qualificação da sociedade na dos sócios (mas, aí, a qualificação já não poderia ser atribuída simultaneamente à sociedade), devendo-se, portanto, ressaltar o diferente alcance da qualificação quando aplicada diretamente à pessoa física e quando aplicada ao membro da corporação, enquanto membro desta. Esse diverso alcance é, justamente, a consequência da peculiar ordem normativa indicada com as expressões de "pessoa jurídica" e de "coletividade organizada"; e é esse alcance diverso que exclui a extensão da falência aos sócios ilimitadamente responsáveis, e que admite a extensão da falência social, mas não da falência em razão da própria insolvência, aos sócios de responsabilidade ilimitada. É esse alcance diverso, também, que se coordena com diferente sentido que, de modo definitivo, assume a imputação de uma atividade e sua respectiva qualificação em relação a pessoas jurídicas e coletividades organizadas, de um lado, e pessoas físicas de outro.

f. A atividade efetivamente exercida constitui, como notado, um "fato", e um fato para cuja relevância jurídica a vontade do sujeito é indiferente, não-só quanto às consequências que legalmente dela derivam, mas quanto à sua própria subsistência.

g. A atividade se desenvolve no tempo: tem um início, um fim e uma localização, que podem ser considerados de modo autônomo, com relação aos atos singulares (por sua vez localizáveis no escopo e no tempo). Ainda a esse respeito, somos, para as pessoas físicas, reconduzidos à relevância de elementos de fato; para as pessoas jurídicas, à relevância do escopo e de suas determinações. A subsistência do escopo de uma atividade empresarial determinará, para as pessoas jurídicas, a aquisição da qualificação de empresário mesmo antes do efetivo exercício; e a persistência do escopo (e em sentido contrário, a "liquidação" consequente à cessação do escopo) importa a persistência da qualidade de empresário, mesmo quando cessou o exercício efetivo da atividade.

h. Enquanto ao ato é considerado em relação aos seus destinatários, a atividade, como tal, não tem destinatário. No mesmo sentido, observa-se que a atividade é dirigida ao mercado ou ao consumo do próprio sujeito. Essa observação justamente, não diz respeito à identificação de um destinatário da atividade considerada em si mesma, mas pretende ao invés indicar a destinação dos atos dos quais resulta a atividade e é sempre aos atos, e não à atividade deles distinta, que se refere a destinação.

i. Do exercício da atividade (para as pessoas físicas) ou do escopo de exercê-la (para as pessoas jurídicas) deriva uma qualificação do sujeito.

Essa qualificação constitui, por sua vez, o pressuposto para a aplicação ao sujeito de uma disciplina especial, ou para a aplicação de uma disciplina especial aos atos por eles praticados no exercício da atividade.

(...)

l. Essa qualificação é sempre adquirida, necessariamente, a título originário, ou seja, para o exercício da própria atividade ou com o fito de exercê-la, justamente porque uma "atividade", por si só, não pode ser transferida.

A transferência pode dizer respeito ao complexo de bens que servem de instrumento à atividade, mas não, a rigor, à própria atividade.

m. A qualificação de empresário não constitui *status* que diga respeito à posição do sujeito num particular ordenamento jurídico e possa ser objeto de uma certificação autônoma.

n. A natureza da atividade reage sobre a qualificação do ato, como pertencente à administração ordinária ou extraordinária. Na verdade, é em relação à atividade, em função da qual é considerado, que um ato, embora mantendo as mesmas características típicas quando considerado isoladamente, será considerado de administração ordinária ou extraordinária, a não ser que seja diretamente considerado uma outra categoria. Assim, o ato de alienação de um bem, considerado de administração extraordinária em relação a uma atividade de fruição desse bem, será ao contrário de administração ordinária relativamente a uma atividade, cujo exercício importa na sua venda.

o. Se examinamos as várias atividades possíveis, não tardaremos em discernir uma grande divisão: entre atividades autônomas, de um lado, e atividades subordinadas, de outro, isto é, atividades que se exercem na dependência de outrem e cujos resultados vinculam-se a bens alheios ou serviços fornecidos por outras

peessoas. As duas características ora indicadas devem concorrer para dar lugar a uma atividade subordinada, pois tanto a falta da primeira quanto a da segunda deixariam subsistir uma atividade autônoma (e pense-se -- quanto à ausência da primeira -- na empreitada e -- quanto à inexistência da segunda -- numa atividade exercida autonomamente, mas segundo diretrizes alheias).

É autônoma a atividade do empresário, assim como é autônoma a atividade do profissional autônomo e autônomas as atividades não-econômicas (e também prescindindo, como é óbvio, das atividades de consumo e fruição).

É subordinada a atividade do empregado. Esta, como já notado, pode ser prestada somente por pessoas físicas, dado que em relação às pessoas jurídicas ou às coletividades organizadas, a prestação de trabalho por parte de seus membros é considerada não-só como exercício de uma atividade da pessoa jurídica ou da coletividade, como também exercício de uma atividade autônoma desta.

A atividade autônoma poderá ser diversamente qualificada, tendo em vista a diversidade de sua natureza e finalidade. Veremos que a primeira característica da atividade empresarial é a de ser uma atividade econômica, dirigida à produção e à troca, organizada (de onde distinguir-se da atividade do profissional autônomo), exercida profissionalmente.

Por outro lado, é com relação ao trabalho subordinado que se apresenta uma problemática especial, cujo surgimento constitui uma das notas mais salientes das estruturas econômicas caracterizadas pela produção de massa, em razão da maior relevância que assume nesta o trabalho subordinado e a concentração da produção.

Essa problemática encontra seu ponto de partida na relevância que a contribuição do trabalhador empresta ao exercício de uma atividade; elemento esse que, por sua vez, quando aparece em outros contratos, cria uma problemática especial -- assim, por exemplo, no contrato de agência ou preposição mercantil -- e que, de modo geral, é ignorado no direito tradicional, encontrando sua origem no trabalho livre e a sua importância naquela estrutura econômica mais complexa que é fruto da revolução industrial. É por isso que se põem problemas peculiares quanto à disciplina da prestação da atividade, quanto o contrato nulo; ou quanto ao simultâneo exercício de uma atividade diversa ou concorrente com a do empregador; quanto à cessação da relação, como, em geral, nos contratos de execução continuada; quanto ao período durante o qual a atividade é exercida e assim por diante. A prestação do trabalhador implica o exercício de uma atividade pessoal e essa segunda característica suscita, por sua vez, novos problemas (pense-se, no direito privado, na

disciplina da conclusão do contrato e note-se a analogia com os problemas que se põem no caso da prestação de qualquer atividade pessoal). A prestação do trabalhador importa o exercício de uma atividade subordinada e colocam-se, por isso, problemas atinentes a essa subordinação, aos seus limites. A prestação do trabalhador importa o exercício de uma atividade cujos resultados imediatos pertencem ao empregador e põem-se, com isso, problemas relativos à incidência dos riscos atinentes ao desenvolvimento da atividade do empregado. A prestação do trabalhador importa o exercício de uma atividade subordinada, pessoalmente prestada, de modo geral, por vários trabalhadores para um só empresário, o que acentua a fraqueza de cada um dos primeiros em relação ao segundo e eis a problemática -- que assume relevância central no mundo moderno -- resolvida por meio de uma série de institutos, tais como: a organização sindical dos trabalhadores como compensação à inferioridade do indivíduo (que é, aliás, também um elemento de equilíbrio de forças na estrutura política); as contratações coletivas enquanto instrumento para compensar a inferioridade na qual se encontraria o indivíduo contratante; a disciplina das despedidas de empregados, voltada a proteger a inferioridade do indivíduo; o direito de greve como arma dos trabalhadores organizados para fazer valer, como ação concentrada, interesses que cada indivíduo não poderia sustentar.

Reproduzem-se, por vezes, no direito do trabalho, fenômenos que podem talvez recordar outros próprios das primeiras origens do direito comercial, quando a nascente classe dos empresários se afirmava perante as aristocracias feudais. A associação compensa a fraqueza do indivíduo e visa a elaborar, além de uma disciplina interna, normas que regulem as prestações dos indivíduos. À obra do legislador se substitui em parte a atividade normativa por meio das convenções coletivas. A elaboração de princípios por parte das comissões internas e dos juízos arbitrais acaba por constituir um direito judiciário. Por vezes -- em relação às diversas estruturas econômicas dos vários países e à diversa força das organizações dos trabalhadores -- prevalece a intervenção direta do Estado e da sua disciplina; outras vezes, ao contrário, a elaboração das contratações coletivas e de órgãos especiais.

São Paulo, dezembro de 1997.

DIREITO INTERNACIONAL

UNIFICAZIONE E ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO SOCIETARIO IN EUROPA

Diego Corapi

Professore ordinario nell'Università di Roma-Tor Vergata

Resumo:

A finalidade dos Tratados de Roma e Maastricht é a iniciação de um mercado único europeu, a qual se exprime nas liberdades de circulação de mercadorias, de capitais, de pessoas e de estabelecimento das empresas.

O ordenamento comunitário, com seus regulamentos, visa abater as barreiras entre os diversos países membros através da realização de uma equivalência substancial entre seus sistemas normativos.

O objetivo não é a "unificação", tampouco a "uniformização" das regras nacionais, mas sim a "harmonização". À harmonização não interessa que as regras sejam formalmente idênticas, mas que sua adoção importe em resultados substancialmente correspondentes, impondo-se a cada Estado-membro a adoção das medidas que, no contexto de cada um dos seus ordenamentos, resultem as mais adequadas.

A harmonização da disciplina das sociedades é essencial para tornar neutra as escolhas de sua localização no âmbito do mercado único europeu.

A matéria societária foi também objeto de um projeto de disciplina comunitária, o qual visa realizar uma regulamentação unitária e igual em cada um dos ordenamentos jurídicos dos países membros, a fim de oferecer um instrumento às empresas que operam transnacionalmente.

Iniciativa de mesma envergadura se fez no campo dos institutos de índole contratual que propiciam formas de colaboração entre operadores econômicos (ex.: "joint ventures").

Abstract:

Roma and Maastricht's Treaty's purpose consist on the initiation of an european trading centre, which is expressed by free circulation of commodities, capital, people and enterprises' establishment.

The communitary commandment, with its rules, aim at throwing down the barriers among the different member countries through the realization of a substantial equivalence on their normative system.

The purpose is not "unification", nor "uniformization" of national rules, but "harmonization". To harmonization it doesn't matter if the rules are not the very same, but it's adoption should bring substantial correspondent results, imposing to each State member the adoption of measures that, in their respective commandments, result the most appropriate.

The harmonization of societies' discipline is essential due rendering neutral the choices on their position at the scope of the european trading centre.

The societarian matter was also object of a communitary discipline project, which aims the realization of a unitary settlement, equal for every juridical member countries' commandment, in order to offer means to the enterprises which operate transnationally.

A similar introductory step was take on the field of the institutes with contractual character that appease forms of collaboration among economic operators (ex.: joint ventures).

Unitermos: circulação de mercadoria; mercado único europeu.

1. Il superamento delle barriere nazionali per la creazione di un mercato unico ovvero, in senso ancora più ampio, di uno spazio o unico europeo è la finalità del Trattato di Roma istitutivo della Comunità economica europea e delle successive sue modifiche e integrazioni con il Trattato di Maastricht.

Questa finalità si esprime nella affermazione delle così dette quattro libertà: libertà di circolazione delle merci, dei capitali, delle persone e libertà di stabilimento delle imprese. L'ordinamento comunitario con i suoi regolamenti, che costituiscono fonti sovrordinate alle fonti normative di ognuno dei paesi membri, ha attuato e sta attuando le quattro libertà: i regolamenti abbattano le barriere tra i diversi paesi membri.

La presenza di normative diverse negli ordinamenti giuridici dei diversi paesi membri, tuttavia, costituisce un elemento di distorsione nell'esercizio delle libertà fondamentali. Il flusso di merci, capitali, persone, lo stabilimento delle imprese in uno o nell'altro dei paesi membri può essere influenzato da fattori non economici ma istituzionali: la presenza di normative diverse, più o meno favorevoli, in materia fiscale, societaria e in generale nella disciplina dell'attività economica è uno degli elementi che condizionano le scelte economiche degli imprenditori.

Di qui l'ulteriore esigenza che l'ordinamento comunitario mira a soddisfare: quella di realizzare una sostanziale equivalenza tra le normative dei diversi paesi membri, in modo da neutralizzare il pericolo che le libere iniziative nel mercato unico siano condizionate da fattori istituzionali diversi.

2. Particolare è la tecnica giuridica utilizzata per soddisfare la suddetta esigenza.

L'obiettivo non è quello della *unificazione* delle regole dei diversi ordinamenti giuridici statali (come, invece, in certi settori del commercio oggetto di trattati internazionali: ad es. la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale). Si è ritenuta eccessiva e, forse, non congruente l'imposizione di una normativa identica in tutti gli ordinamenti giuridici considerati. Si è considerato, inverso, che la normativa unica non sarebbe sufficiente in quanto lascerebbe intatte le differenze nella sua interpretazione e applicazione all'interno di ciascun ordinamento.

L'obiettivo non è neppure quello della *uniformazione* delle regole nazionali (come, invece, nella Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali). Questa tecnica, invero, consente il superamento di situazioni di conflitto di leggi in quanto impone l'utilizzazione di identici criteri di collegamento. Ma non porta in nessun modo a una coincidenza di contenuto delle leggi materiali applicabili in forza dell'uguale criterio di collegamento.

L'obiettivo è quello - assai originale e ambizioso dell'*armonizzazione* ovvero *avvicinamento* delle regole presenti negli ordinamenti dei diversi paesi membri: così l'art. 3, lett. b) e gli artt. 100-102 del Trattato istitutivo della CE.

L'armonizzazione, pur mirando ad un risultato formalmente meno rilevante della vera e propria unificazione normativa, è in realtà più ambiziosa di questa, perchè non si limita ad un risultato formale, ma tende a raggiungere un risultato sostanziale. Non interessa che le regole da applicare siano formalmente identiche, interessa che la loro applicazione porti a risultati sostanzialmente corrispondenti, non contrastanti ma armonici.

Lo strumento per l'attuazione di questo obiettivo è la direttiva (art. 189 del Trattato istitutivo della C.E.) che si rivolge ai singoli Stati membri per imporre l'adozione di quelle misure che nel contesto di ognuno dei loro ordinamenti risultino le più adeguate.

L'art. 177 del Trattato istitutivo della C.E. assicura poi lo strumento giudiziale (il ricorso alla Corte di giustizia C.E.) per l'armonia nell'interpretazione e applicazione nei diversi Stati membri dei provvedimenti derivanti dall'ordinamento comunitario.

3. L'art. 54, paragrafo 3, lett. g) del Trattato istitutivo della C.E. prevede il coordinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia societaria.

La disciplina delle società, come forme organizzative dell'impresa, rappresenta invero uno dei capitoli più importanti del diritto commerciale e la sua armonizzazione è essenziale per rendere neutre le scelte della loro localizzazione nell'ambito del mercato unico europeo.

In attuazione di questo principio, sono state emanate numerose direttive, che gli Stati membri hanno già recepito o hanno in corso di recepimento, su diversi aspetti del diritto delle società (costituzione, aumento di capitale, poteri degli amministratori, bilancio, fusione, etc.).

Per altre parti del diritto delle società sono allo studio diversi progetti o *avant projets* di direttiva.

Per il quadro dello stato attuale delle direttive comunitarie in materia societaria si veda la Appendice I.

4. La materia societaria è stata oggetto anche di un progetto di disciplina comunitaria, che si propone un diverso obiettivo: quello della istituzione, com uno strumento di vero e proprio diritto comunitario, di un tipo "società europea"

Il progetto mira a realizzare una regolamentazione unitaria e uguale in ognuno degli ordinamenti giuridici dei Paesi membri, per offrire uno strumento a quelle imprese di più vasto respiro che si collocano a livello transnazionale.

L'iniziativa si è tradotta in un progetto di Statuto di Società per Azioni europea che dovrebbe essere oggetto di un regolamento comunitario direttamente applicabile in ognuno degli Stati membri.

5. Infine, una iniziativa nella stessa linea di quella della Società per azioni europea, si è realizzata, invece, nel campo degli istituti di carattere contrattuale che attuano quelle forme di collaborazione tra operatori economici (le c.d. "joint ventures" diverse dalle vere e proprie società).

Il regolamento comunitario n. 2137/85 del 25.7.1985 ha disciplinato il GEIE (Gruppo Europeo di interesse economico).

APPENDICE

STATO DI ADATTAMENTO DELLE DIRETTIVE
IN MATERIA DI SOCIETÀ (*)

	Prima direttiva del Consiglio del 9 marzo 1968, n. 68/151, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'art. 58, secondo comma, del trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi (in G.U.C.E. n. I 65 del 14.3.1968, p. 9 s.)	
BELGIO	Loi modifiant la législation relative aux sociétés commerciales du 6 mars 1973	<i>Moniteur Belge — Belgisch Staatsblad del 23.6.1973. p. 7681</i>
DANIMARCA	Act no. 503 of 29th November 1972 to amend the Companies Act 1930 Lov om ændring af lov om aktieselskaber	<i>Handelsmin., n. 119-1972. p. 1755</i>
FRANÇA	Ordonnance n. 69-1176 du 20 décembre 1969 modifiant la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales Décret n. 69-1177 du 24 décembre 1969 modifiant le décret n° 66-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales et le décret n° 67-237 du 23 mars 1967 relatif au registre du commerce	<i>Journal Officiel de la République Française. n. 69-193 del 28.12.1969</i>
GERMANIA	Gesetz für Durchführung der Ersten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts vom 15 August 1969	<i>Bundesgesetzblatt, 1969, parte 1, p. 1146</i>
GRECIA	Presidential Decree n. 409/86 revising Law n. 2190/1920 on public companies limited by shares Presidential Decree n. 419/86 revising Law n. 2190/1920 on "private limited companies" and "sociétés en commandite par actions"	<i>Greek Official Journal, FIEK, 191A del 28.11.1986</i> <i>Greek Official Journal, FIEK, 197A del 10.12.1986</i>
IRLANDIA	Statutory Instrument n. 163 of 1973-European Communities (Companies) Regulations 1973 bringing into effect Section 3 of the European Communities Act 1972 (No 27 of 1972)	

ITALIA	Decreto del Presidente della Repubblica del 29 dicembre 1969, n. 1127	<i>Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, n. 35 del 10.2.1970, p. 782</i>
LUSSEMBURGO	Loi du 23 novembre 1972 portant adaptation de la loi du 10 août 1915 concernant le régime des sociétés commerciales telle qu'elle a été modifiée dans la suite à la directive n. 68/151 du Conseil des Communautés Européennes du 9 mars 1968	<i>Mémorial, A-72 del 13.12.1972, pp. 1586-1594</i>
PAESI BASSI	Wet van 29 april 1971, houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan de eerste richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 maart 1969 inzake het vennootschapsrecht	<i>Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden, 285, 1971</i>
PORTOGALLO	Código das Sociedades Comerciais. Decreto-Lei n. 262/86 de 2 de setembro. Código do Registo Comercial. Decreto-Lei n. 403/86 de 3 de Dezembro	
REINO UNITO	European Communities Act 1972	
SPAGNA	Ley 19/1989 de 25 julio 1989, de reforma parcial y adaption de la legislacion mercantil a las Directivas de la C.E.E. en materia de Sociedades	<i>Boletín Oficial del Estado, do, B.O.E., del 27.7.1989</i>

Seconda direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 13 dicembre 1976, n. 77/91 intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all'art. 58, secondo comma, del trattato per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa (in G.U.C.E. n. L 26 del 31.1.1977, p. 1 s.)

BELGIO	Loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 du 5.12.1984 Loi programme du 30.12.88	<i>Moniteur Belge — Belgisch Staatsblad, del 12.12.1984</i> <i>Moniter Belge du 5.1.89, p. 161</i>
--------	--	---

DANIMARCA	Lov om aendring af lov om aktieselskaber Law no. 282 of 9 june 1982 Lov n. 1060 of 23.12.1992	<i>Lovtidende A</i> , 1982, <i>Haefte 46</i> , p. 649
FRANCIA	Loi no. 81-1162 du 30 décembre 1981 relative à la mise en harmonie du Droit des Sociétés commerciales avec la directive adoptée par le Conseil des Communautés Européennes le 13 décembre 1976	<i>Journal Officiel de la République Française</i> , del 31.12.1981, p. 3593
GERMANIA	Gesetz zur Durchführung der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts. Vom 13. Dezember 1978	<i>Bundesgesetzblatt</i> , 1978, <i>parte 1</i> , p. 1959
GRECIA	Presidential Decree n. 409/86 revising Law n. 2190/1920 on public companies limited by shares Loi n. 1882/90	<i>Greek Official Journal, FEK</i> , 191 A del 28.11.1986 <i>Greek Official Journal, FEK</i> , 43 del 23.3.1990
IRLANDA	Companies (Amendment) Act 1983 (No. 13 of 1983) 5 June 1983)	
ITALIA	Decreto del Presidente della Repubblica del 10 febbraio 1986, n. 30	<i>Gazetta Ufficiale</i> , del 18.2.1986, n. 40
LUSSEMBURGO	Loi du 24 avril 1983 portant modification de la loi modifiés du 10 août 1915 concernant les société commerciales	<i>Mémorial A-35 del 16.5.1983</i> , p. 864
PAESI BASSI	Wet van 15 mei 1981 tot aanpassing van de wetgeving aan de tweede richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake het vennootschapsrecht	<i>Staatsblad van bet Koninkrijk der Nederlanden</i> , 1981, 332
PORTOGALLO	Codigo das Sociedades Comerciais. Decreto-Lei n. 262/86 de 2 de Setembro	
REGNO UNITO	Companies Act 1980. (Now revised and replaced by the Companies Act 1985).	
SPAGNA	Ley 19/1989 de 25 de julio 1989, de reforma parcial y adaption de la legislacion mercantil a las Directivas de la C.E.E. en materia de Sociedades	B.O.E., del 25.7.1989

Direttiva del Consiglio del 23 novembre 1992, n. 92/101, che modifica la direttiva 77/91 per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa (in G.U.C.E., n. L 347, del 28.11.92, p. 64 s.)

BELGIO	Arrêté Royale du 31.12.92	<i>Moniteur Belge du 3.2.93, p. 2075</i>
DANIMARCA	Lovbkg n. 616 af 19.7.93 Lovbkg n. 662 af 12.8.93 Bekendtgørelse n. 533 af 13.7.90	
FRANCIA	Loi n. 66/537 du 24.7.66 Decret n. 67/236 du 23.3.67	
ITALIA	Decreto legislativo dei 2.5.1994, n. 315	<i>Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 121, del 26.5.94, p. 4</i>
PAESI BASSI	Art. 2 van het burgerlijk wetboek	
REGNO UNITO	The Companies Act 1985 The Companies (n. 1) Order 1986	<i>Statutory Instruments n. 1932/1986</i>
	The Companies Act 1989 The Companies (n. 2 n. 1) Order 1990	<i>Statutory Instruments 1990/1504 (N I 10)</i>

Terza direttiva del Consiglio del 9 ottobre 1978, n. 78/855, basata sull'art. 54, paragrafo 3, lettera g), del trattato e relativa alle fusioni delle società per azioni (in G.U.C.E. n. L 295, del 20.10.1978, p. 36 s.)

BELGIO	Loi n. 93-1774 du 29.6.93	<i>Moniteur Belge du 21.7.93, p. 17176</i>
DANIMARCA	Lov om ændring af lov om aktieselskaber Law n. 282 of 9 June 1982	<i>Lovtidende A, 1982 — Hæfte 46 del 17.6. 1982, p. 649</i>
FRANCIA	Loi n. 88-17 du 5 janvier 1988 relative aux fusions et scissions des sociétés commerciales adoptée le 21.12.87	<i>Journal Officiel, del 6.1.198, p. 227</i>

GERMANIA	Gesetz zur Durchführung der Dritten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts. Vom 25. Oktober 1982	<i>Bundesgesetzblatt, n. 40, parte 1, 1982, p. 1425</i>
GRECIA	Décreé Présidentiel n. 498/87 portant modification de la loi n. 2190/1920	<i>Journal Officiel, 236 del 31.12.1987</i>
IRLANDA	Statutory Instrument n. 137 of 1987	<i>Iris Oifigiuil (Official Gazette), del 29.5.1987, p. 829</i>
ITALIA	Decreto legislativo del 16.1.1991, n. 22	<i>Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana, n. 19, del 23.1.1991</i>
LUSSEMBURGO	Loi du 7 septembre 1987 modifiant la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales	<i>Mémorial, A-77, del 15.9.1987, p. 1972</i>
PAESI BASSI	Wet van 19 januari 1983 tot regeling van de fusie van naamlose en besloten vennootschappen	<i>Staatsblad, n. 59, 1983</i>
PORTOGALLO	Codigo das Sociedades Comerciais. Decreto-Lei n. 262/86 de 2 Setembro	
REGNO UNITO	The Companies (Mergers and Divisions) Regulations 1987	<i>Statutory Instrument, n. 1991, del 1987</i>
SPAGNA	Ley 19/1989 de 25 de julio 1989, de reforma parcial y adaptacion de la legislacion mercantil a las Directivas de la C.E.E. en materia de Sociedades	<i>B.O.E., del 27.7.1989</i>

Quarta direttiva del Consiglio del 25 luglio 1978, n. 78/660, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società (in G.U.C.E. n. L 222 del 14.8.1978, p. 11 s.)

BELGIO	Loi modifiant la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises - 1er juillet 1983	<i>Moniteur Belge — Belgisch Staatsblad del 8.7.1983</i>
	Loi modifiant les lois, sur les sociétés commerciales. coordonnées le 30 novembre 1935 du 5 décembre 1984	<i>Moniteur Belge — Belgisch Staatsblad del 12.12.1984</i>

- Arrêté royal portant exécution de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises *Moniteur Belge — Belgisch Staatsblad del 28.9.1983*
- Arrêté royal modifiant la loi du 17 juillet 1975 relatif à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises du janvier 1986 *Moniteur Belge — Belgisch Staatsblad del 28.1.1986*
- Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises - errata. 12 septembre 1983 *Moniteur Belge — Belgisch Staatsblad del 15.10.1983*
- Arrêté royal portant exécution de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises Erratum. 12 septembre 1983 *Moniteur Belge — Belgisch Staatsblad del 3.12.1983*
- Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises - errata. 12 septembre 1983 *Moniteur Belge — Belgisch Staatsblad del 28.9.1983*
- Arrêté royal portant execution loi du 17.7.75 - erratum du 12.9.83 *Moniteur Belge du 3.12.1983*
- Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 8.10.76 - errata du 12.9.83 *Moniteur Belge du 3.12.1983*
- DANIMARCA Lov om visse selskabers aflaeggelse af arsregnskab m.v. Industrimin
- Law 284 of 10 June 1981. *J. n. 101-2-80*
- Lov om aendring af lov om aktieselskaber og lov om anpartsselskaber.
- Law 285 of 10 June 1981
- Bekendtgørelse om regnskabsaflaeggelse af 17.12.90
- Lov n. 306 af 16.5.90, flere loue og bekendtgørelse om regnskabsaflaeggelse of 17.12.90
- Lov bekendtgørelse n. 22 af 9.1.1991
- FRANCIA Loi n. 83-353 du 30 avril 1983 relative à la mise en harmonie des obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés avec la 4ème directive adoptée par le Conseil des Communautés Européennes le 25 juillet 1978 *Journal Officiel de la République Française, 3.5.1983, p. 1335*

	Décret n. 83-1020 du 29 novembre 1983 pris en application de la loi n. 83- 353 du 30 avril 1983 et relatif aux obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés.	<i>Journal Officiel de la République Française</i> , 1.12.1983, p. 3461
	Arrêté du 27 avril 1982 Approbation du plan comptable général révisé	<i>Journal Officiel de la République Française</i> , n. 43/55 del 7.5.1982
GERMANIA	Bilanzrichtliniengesetz vom 19 Dezember 1985 S. 2355	<i>Bundesgesetzblatt</i> , 1985, parte 1, del 24.12.1985
IRLANDIA	Companies (Amendment) Act 1986	
ITALIA	Decreto legislativo del 9 aprile 1991, n. 127	<i>Gazetta Ufficiale della Repubblica Italiana</i> , Supplemento Ordinario, n. 90 del 17.4.1991, p. 5
LUSSEMBURGO	Loi du 4 mai 1984 portant modification de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales	<i>Mémorial</i> , A-40, del 10.5.1984
PAESI BASSI	Wet van 7 december 1983 houdende aanpassing van de wetgeving aan de vierde richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake het venootschapsrecht	<i>Staatsblad van bet Koninkrijk der Nederlanden</i> 663
	Besluit van 22 december 1983 houdende regels over de inhoud, de grenzen en de wijze van toepassing in de jaarrekening van waardering van activa tegen actuele waarde (Besluit waardering activa)	<i>Staatsblad van bet Koninkrijk der Nederlanden</i> , 665
	Besluit van 23 december 1983 tot vaststelling van modelschema's voor de inrichting van jaarrekeningen (Besluit modellen jaarrekening)	<i>Staatsblad van bet Koninkrijk der Nederlanden</i> 666
PORTOGALLO	Decreto Lei n. 410/89, 21.11.89	<i>Diario de Repubblica</i> , I, n. 268 del 21.11.1989 p. 5112 (2)
REGNO UNITO	Companies Act 1985 (Schedule 4)	
SPAGNA	Ley 19/1989 de 25 de julio 1989 de reforma parcial y adaptacion de la legislacion mercantil a las Directivas de la C.E.E. en materia de Sociedades	<i>B.O.E.</i> , del 27.7.1989

Direttiva del Consiglio dell'8 novembre 1990, n. 90/604, che modifica la direttiva 78/660 sui conti annuali e la direttiva 83/349 sui conti consolidati per quanto riguarda le deroghe a favore delle piccole e medie società, nonché la pubblicazione dei conti in ecu (in G.U.C.E. n. L 317, del 16.11.90, p. 57 s.)

BELGIO	Arrêté Royal du 30.12.91	<i>Moniteur Belge</i> 31.12.91
DANIMARCA	Lov n. 289 af 8.5.91 Lov n. 1059 af 23.12.92 om aendring af lov om visse selskabers aflægelse af arsregnskab	
FRANCIA	Decret n. 94/663 du 2.8.94	<i>Journal Officiel</i> du 4.8.94, p. 11339
GERMANIA	Gesetz zur aenderung des D-mark-bilanzgesetzes und anderer handelsrechtlicher bestimmungen vom 25.7.94	<i>Bundesgesetzblatt</i> (teile I, II, III) n. 47 von 29.7.94 s.1682
IRLANDA	E.C. (accounts) Regulations 1993	<i>S.I.</i> n. 396 of 1993
ITALIA	Decreto legislativo del 30.12.1992, n. 526	<i>Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Supplemento Ordinario</i> n. 7 del 11.1.93, p. 5
LUSSEMBURGO	Loi du 29.7.93	
PAESI BASSI	Besluit van 10.6.93	<i>Staatsblad</i> n. 303, 1993
PORTOGALLO	Decreto-lei n. 262/86, 2.9.86 (art. 262, 263)	<i>Diario da Republica</i> I Serie n. 201, 2.9.86 p. 2340
REGNO UNITO	The Companies Act 1985 (Accounts of small and medium sized enterprises and publication of accounts in ecus) Regulations 1992 of 15.10. 92 The Companies Act 1986 (Accounts of small and medium sized enterprises and publication of accounts in ecus) Regulations 1992 of 26.11.92	<i>Statutory Instruments</i> n. 2452 of 15.10.92 <i>Statutory Instruments</i> n. 503

Direttiva del Consiglio dell'8 novembre 1990, n. 90/605 che modifica le direttive 78/660 e 83/349 relative rispettivamente ai conti annuali e ai conti consolidati por quanto riguarda il loro campo di applicazione (in G.U.C.E. n. L 317 del 16.11.90, p. 60 s.)

BELGIO	Arrêté Royal du 30.12.91	<i>Moniteur Belge</i> du 31.12.91
DANIMARCA	Lov n. 1059 af 23.12.92 om aendring af lov om visse selskabers aflægelse af arsregnskab	
FRANCIA	Decret n. 94/663 du 2.8.94	<i>Journal Officiel</i> du 4.8.94, p. 11339
GRECIA	Loi n. 3190 de 1955 Decret Presidentiel n. 419 de 1986 Decret Presidentiel n. 325 du 6.10.94 Decret Presidentiel n. 326 du 6.10.94	<i>FEK A.</i> n. 174 du 24.10.94, p. 2104 <i>FEK A.</i> n. 174 du 24.10.94, p. 2104
IRLANDA	E.C. (Accounts) Regulations 1993	<i>Statutory Instruments</i> n. 396 of 1993
LUSSEMBURGO	Loi du 2.12.93	
PAESI BASSI	Besluit van 10.3.93	<i>Staatsblad</i> n. 303
REGNO UNITO	The partnerships and unlimited companies (Accounts) Regulations 1993 of 20.7.1993	

Sesta direttiva del Consiglio del 17 dicembre 1982, n. 82/891, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g) del trattato e relativa alle scissioni delle società per azioni (in G.U.C.E. n. L 378 del 31.12.1982, p. 47 s.)

BELGIO	Loi n. 93-1774 du 29.6.1993	<i>Moniteur Belge</i> du 21.7. 1993, p. 17176
DANIMARCA	Lov n. 1060 af 23.12.1992	
FRANCIA	Loi n. 88-17 du 5 janvier 1988 relative aux fusions et scissions de Sociétés commerciales, adoptée le 21.12.1987.	<i>Journal Officiel</i> , del 6.6.1998, p. 227

GERMANIA	Gesetz ueber die spaltung der von der treuhandanstalt verwalteten unternehmen	<i>Bundesgesetzblatt</i> (teile I, II, III) 1,1,1991, p. 854 del 5.4.91
GRECIA	Décret Présidentiel n. 498/87 portant modification de la loi 2190/ 1920	<i>Journal Officiel</i> , del 31.12.1987
IRLANDA	Statutory Instrument n. 137 of 1987	<i>Iris (Official Gazette)</i> , del 29.5.1987, p. 829
ITALIA	Decreto legislativo 16.1.1991, n. 22	<i>Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana</i> , n. 23, del 23.1.1991
LUSSEMBURGO	Loi du 7 septembre 1988 modifiant la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales	<i>Mémorial</i> , A-77 del 15.9.1987, p. 1792
PORTOGALLO	Codigo das Sociedades Comerciais. Decreto-Lei n. 262/86 de 2 de Setembro	
REGNO UNITO	The Companies (Merger and Divisions). Regulations 1987	<i>Statutory Instrument</i> , n. 1991 del 1987
SPAGNA	Ley 19/1989 de 25 de julio 1989, de reforma parcial y adaptacion de la legislacion mercantil a las Directivas de la C.E.E. en materia de Sociedades	<i>B.O.E.</i> , del 27.7.1989

Settima direttiva del Consiglio del 13 giugno 1983, n. 83/349, basata sull'art. 54, paragrafo 3, lettera g), del trattato e relativa ai conti consolidati (in G.U.C.E. n. L 193 del 18.7.1983, p. 1 s.)

BELGIO	Arrêté Royal du 6.3. 1990	<i>Moniteur Belge</i> , du 27.3.1990, p. 5675
	Arrêté Royal du 6.3.1990	<i>Moniteur Belge</i> , du 27.3.1990, p. 5718
	Arrêté Royal du 6.3.1990	<i>Moniteur Belge</i> , du 27.3.1990, p. 5719
DINIMARCA	Lov om andring af lov omviesse seiskabersaflaeggeise af ars	<i>Egnskab M.V Lovforslag</i> , n. 130 af 17.1.1990
	Lov n. 308 af 16.5.90	<i>LMj.</i> n. 89-15.742 af 16.5.1990
	Bekendtgørelse af 13.6.90	<i>LMj.</i> n. 89-73.625

FRANCIA	Loi n. 85-11 du 3 janvier 1985 relative aux comptes consolidés de certaines sociétés commerciales et entreprises publiques	<i>Journal Officiel de la République Française.</i> del 4.1.1985, p. 101
	Décret 86-221 du 17 février 1986	<i>Journal Officiel de la République Française.</i> del 19.2.1986
	Arrêté Ministeriel du 1.2.1991	<i>Journal Officiel de la République Française.</i> dell 22.2.1991, p. 2669
GERMANIA	Bilanzrichtliniengesetz vom 19 Dezember 1985, s. 2355	<i>Bundesgesetzblatt</i> , 1985, parte 1, del 24.12.1985, p.2355
	Gesetz zur aenderung des D-mark-bilanzgesetzes und anderer handelsrechtlicher bestimmungen vom 27.7.1994	<i>Bundesgesetzblatt</i> , (teile I,II, III), n. 47 vom 29.7.1994, p. 1682
GRECIA	Presidential Decree n. 409/86 revising law n. 2190/1920 on public companies limited by shares (partial implementation).	<i>Greek Official Journal, FEK</i> , 191 A del 8.11.1986
	Presidential Decree n. 419/86 revising Law n. 2190/1920 on "private limited companies" and "sociétés en commandite par actions".	<i>Greek Official Journal, FEK</i> , 197 A del 10.12.1986
IRLANDIA	European Communities (Companies: group accounts)	
	Regulations S.I., n. 201 of 1992	
ITALIA	Decreto legislaivo del 9.4.1991, n. 127	<i>Gazetta Ufficiale della Repubblica Italiana</i> , n. 27 del 17.4.1991
LUSSEMBURGO	Loi du 11 juillet 1988 relative à l'établissement des comptes consolidés	<i>Mémorial A-45</i> , del 18.8.1988
PAESI BASSI	Wet van 10 november 1988, houdende bijzondere bepalingen voor de geconsolideerde jaarrekening	<i>Staatsblad</i> , 517, 1968
PORTOGALLO	Decreto-Lei n. 238/91, 2.7.1991	<i>Diario de Repubblica</i> , I, Aviso n. 149, del 2.7.1991, p.3364
	Decreto-Lei n. 36/92, 28.3.1992	<i>Diario de Repubblica</i> , 28.3.1992, p. 1482
REGNO UNITO	Statute Companies Act 1989, Chapte 40	

- SPAGNA Ley 19/1989 de 25 julio 1989 de reforma parcial y adaptacion de la legislacion mercantil a las Directivas de la C.E.E. en materia de Sociedades *B.O.E.*, del 27.7.1989
- Ottava direttiva del Consiglio del 10 aprile 1984, n. 84/253, basata sull'art. 54, paragrafo 3, lettera g), del trattato e relativa all'abilitazione delle persone incaricate del controllo di legge dei documenti contabili (in G.U.C.E. n. L 126, del 12.5.1984, p. 20 s.)
- BELGIO Loi relative à la réforme du révisorat d'entreprises du 21 février 1985 *Moniteur Belge — Belgisch Staatsblad*, 28.2.1985
- Arrêté Royal du 17.3.1986 *Moniteur Belge* du, 27.3.1986, p. 4079
- 1986Arrêté Royal du 7.4.1986 *Moniteur Belge* du 11.4.1986
- DANIMARCA Bekendtgørelse om eksamen for statsautoriserede revisorer, n. 229 del 5.5.1986 *Lavtinde A* af 5.5.86
- Lov om ændring af lov om visse selskabers aflæggelse af årsregnskab m.v., lov om aktieselskaber, lov om anpartsselskaber, lov om erhvervsdrivende fonde, lov om banker og sparekasser m.v., lov om statsautoriserede revisorer og lov om registrerede revisorer, n. 815 del 21.12.1988 *Lavtinde A* af 21.12.88
- Bekendtgørelse af lov om statsautoriserede revisorer, n. 56 del 19.1.1989 *Lavtinde A* 1989 af 19.1.1989
- Bekendtgørelse n. 209 af 5.4.1991 *Lavtinde A* 1991 af 5.4.1991, p. 817
- Bekendtgørelse af 18.12.1991
- Lov n. 427 af 1.6.1994
- FRANCIA Loi du 24 juillet 1986 sur les sociétés commerciales.
- Décret 69-810 du 12 août 1969 modifié.
- Décret 81-536 du 12 mai 1981.
- Décret 88-81 du janvier 1988.
- Décret 88-60 du 22 janvier 1988

GERMANIA	Bilanzrichtliniengesetz vom 19 Dezember 1985 S. 2355	<i>Bundesgesetzblautt</i> , 1985, parte 1, del 24.12.1985, p. 2355
GRECIA	Presidential Decree n. 15/89 of 3 January, 1989	<i>Greek Official Journal, FEK</i> , n. 5 del 5.1.1989, vol A
IRLANDA	The Company Act, 1990 (n. 33 of 1990) (Part X Sec. 187/201)	
	The Company Act, 1990 (Auditors) Regulations	<i>Statutory Instruments</i> , n. 259 of 1992
	Commencement Order	<i>Statutory Instruments</i> , n. 258 of 1992
ITALIA	Decreto legislativo del 27 gennaio 1992, n. 88	<i>Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Supplemento ordinario</i> , n. 37, del 14.2.1992
LUSSEMBURGO	Loi du 28 juin 1984 portant organisation de la profession de réviseur d'entreprises Grand-Ducal Regulation du 16 août 1984, p. 1346	<i>Mémorial</i> , A-81 del 23.8.1984
PAESI BASSI	Wet van 6 augustus 1993 tot wijziging van de Wet op de Registeraccountants en de Wet op de Accountants-Administrative-consulenten	<i>Staatsblad</i> , n. 465, 1993
PORTOGALLO	Código das Sociedades Comerciais. Art. 446 et seq. D.R.I. n. 201 du 2.9.1986. Decreto-Lei No. 519-L2/79 de 29.12.1979	
REINO UNITO	S. Companies Act, 1989, Chapter 40	
SPAGNA	Ley 19/1988 de 12 de julio de Auditoria de Cuentas	<i>B.O.E.</i> , 15.7.1989

Undicesima direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1989, n. 89/666, relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato (in G.U.C.E. n. L 395, del 30.12.1989, p. 36 s.)

BELGIO	Arrêté Royal du 30.12.91	<i>Moniteur Belge</i> du 31.12.91
DANIMARCA	Lov n. 289 af 8.5.91, s. 1080 Lov n. 127 af 26.2.92	<i>Lovtinde A</i> 1992 Haeft 22
FRANCIA	Décret n. 92/521 du 16.6.92	

GERMANIA	Gesetz vom 22.7.93	<i>Bundesgesetzblatt</i> (teile I, II, III) I n. 39 s. 1282 vom 29.7.93
GRECIA	Décret présidentiel n. 360/93	<i>FEK A</i> n. 154 du 13.9.93
IRLANDIA	E.C. (Accounts) Regulations 1993	<i>S.I.</i> n. 396 of 1993
ITALIA	Decreto legislativo n. 516 del 29.12.92	<i>Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana</i> n. 306, del 31.12.92
LUSSEMBURGO	Loi du 27.11.92	<i>Memorial A</i> n. 95 du 15.12.92
PAESI BASSI	Produktschap voor vee en vlees van 29.10.92 tot wijziging van handelsregisterw	<i>Staatsblad</i> 1992, n. 595
	Besluit van 24.12.92 tot wijziging van het handelsregisterw	<i>Staatsblad</i> 1992, n. 667
	Produktschap voor vee en vlees van 3.7.93, houdende wijziging van 3.7.93, houdende wijziging van handelsregisterw	<i>Staatsblad</i> 1993, n. 389
	Mededeling van minister	<i>Staatscourant</i> van 3.1.93, n. 8
PORTOGALLO	Decreto-lei n. 262/86, 2.9.86	Diario de Republica, I Serie n. 201, 2.9.86, p. 2293
	Decreto-lei n. 225/92, 21.10.92	
REGNO UNITO	The Company Act 1985 (disclosure of branches and bank accounts) Regulations 1992	<i>Statutory Instruments</i> n. 3178 of 13.12.92
	The Oversea companies and credit and financial institutions (branch disclosure) Regulations 1992	<i>Statutory Instruments</i> n. 3179 of 13.12.92
	Companies (1986 order) (disclosure of branches accounts) Regulations (Northern Ireland) 1993	<i>Statutory Rules of Northern Ireland</i> n. 199 of 14.4.1993
	E.C. (Branch disclosures) Regulations 1993	<i>Statutory Instruments</i> n. 395 of 1993
SPAGNA	Real decreto n. 1597/89, 29.12.89	<i>Bolitin Oficial del Estado</i> n. 313, 30.1.89, p. 2762

Dodicesima direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1989, n. 89/667, in materia di diritto delle società relativa alle società a responsabilità limitata con un unico socio (in G.U.C.E., n. L 395, del 30.12.1989, p. 40 s.)

BELGIO	Loi du 14.7.87	<i>Moniteur Belge</i> du 30.7.87
DANIMARCA	Lov n. 289 af 8.5.91, p. 1080	
FRANCIA	Loi n. 85/697 du 11.7.85	<i>Journal Officiel</i> da 12.7.85, p. 7082
	Décret n. 88/909 du 30.7.88	<i>Journal Officiel</i> da 4.8.88, p. 9869
GERMANIA	Gesetz zur Durchführung der Zwölften Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter vom 18.12.1991	<i>Bundesgesetzblatt</i> Teil I, z. 5702 A., n. 66, 1991 vom 24.12.91. Seire 2206
GRECIA	Décret Présidentiel n. 279/1993	<i>FEK A</i> n. 122 du 27.7.93
IRLANDA	European Communities (Single-Member private limited companies) Regulations 1994	<i>Statutory Instruments</i> n. 275 of 1994
	European Communities (Single-Member private limited companies) (Forms) Regulations 1994	<i>Statutory Instruments</i> n. 306 of 1994
ITALIA	Decreto legislativo n. 88 del 3.3.93	<i>Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Supplemento Ordinario</i> , n. 78, del 3.4.93, p. 5
LUSSEMBURGO	Loi du 28.12.92 modifiant loi du 10.8.15	<i>Memorial A</i> n. 106 da 30.12.92, p. 3141
PAESI BASSI	Besluit van 24.1.92	<i>Staatsblad</i> 1992 n. 52
	Wet van 19.12.1991	<i>Staatsblad</i> 1991 n. 710
PORTOGALLO	Decreto-lei 248/86 25.8.86	

REGNO UNITO	Companies (Single-Member private limited companies) Regulations (Northern Ireland) 1992 of 21.9.92	<i>Statutory Rules of Northern Ireland</i> n. 405 of 1992
	Companies (Single-Member private limited companies) Regulations 1992 of 14.7.92	<i>Statutory Instruments</i> n. 1699, 1992

Roma, settembre de 1997.

ADOÇÃO INTERNACIONAL: VALOR E IMPORTÂNCIA DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS VIGENTES NO BRASIL

Georgette Nacarato Nazo

Professora Doutora do Departamento de Direito Internacional da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Este estudo se inicia observando que, além dos problemas existentes nas relações humanas entre aqueles que decidem adotar e os que são adotados, há outros problemas que envolvem o conflito internacional de leis.

Em seguida, a autora demonstra que, a nível nacional, somente com a vigência da Constituição brasileira de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, é que a questão da adoção da criança e do adolescente recebeu o tratamento que merece.

Na seqüência, o estudo demonstra que as convenções internacionais têm sido a solução encontrada pelos Estados soberanos para solucionar os conflitos internacionais de leis. Assim, aborda detalhadamente três Tratados Internacionais que colaboram para uma melhor administração da justiça e da tutela dos interesses e direitos das crianças e dos adolescentes. Estes Tratados também enfatizam a cooperação judiciária internacional: *Convenção de Cooperação Judiciária em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa Brasil-França*, *Convenção Interamericana sobre conflitos de leis em matéria de adoção de menores*, assinada em La Paz e a *Convenção de Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em matéria de adoção internacional*, concluída em Haia.

Tendo em vista que a defesa dos direitos das crianças e adolescentes é primordial, além das convenções interestatais de cooperação judiciária, as recomendações do Instituto de Direito Internacional (que visam uniformizar o enfoque de determinadas matérias) e as entidades internacionais de adoção receberam atenção especial pela autora.

Ao final, conclui que, se o ordenamento jurídico interno brasileiro for respeitado, a adoção internacional surge como opção real a ser considerada pelos Juizados da Infância e Adolescência a fim de que tais jovens possam ter seus direitos respeitados.

Abstract:

This study begins by observing that, besides the existing problems in the human relationship between those who decide to adopt and those who are adopted, there are other problems that involve international conflicts of laws.

Following, the author shows that, in the national level, only with the Brazilian Constitution, of 1988, and the Act of the Child and Adolescent of

1990, the adoption of children and adolescents received the treatment it truly deserves.

Next, the study shows that the international treaties are the solution found by the sovereign States in order to solve the international conflict of laws. So, it stands out with details three International Treaties that corroborate for a better administration and protection of concerns and rights of the children and adolescents. These Treaties also emphasize the international juridical cooperation: *Treaty of Judiciary Cooperation in Civil, Commercial, Labor and Administrative subjects Brazil-France*, *Inter - American Treaty of Conflicts of Laws Concerning Adoptions of Minors*, signed in La Paz and the *International Treaty of Cooperation and Protection of Children and Adolescents Referring to International Adoption*, signed in Haia.

On account of the fact that the defense of children and adolescents rights is primordial, besides the international treaties of judiciary cooperation, the recommendations from the International Law Institute (intending to equalize the interpretation of certain determined subjects) and the international organizations of adoption received special attention by the author.

At last, concluding that, if the brazilian internal corpus of laws is respected, the international adoption is a real option to be considered by the Brazilian Courts of Childhood and Adolescence so those young people shall have their rights respected.

Unitermos: adoção nacional e adoção internacional; legitimação adotiva; conflitos da adoção internacional; proteção na adoção internacional.

Sumário:

1. Preliminares ao seu estudo.
2. O instituto da adoção e a Constituição Federal de 1988.
3. Textos internacionais e convenções:
 - 3.1. Convenção de cooperação judiciária em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa Brasil-França.
 - 3.2. Convenção interamericana sobre conflitos de leis em matéria de adoção de menores, votada em La Paz (Bolívia), aos 24.05.1984.
 - 3.3. Convenção de cooperação internacional e proteção de crianças e adolescentes em matéria de adoção internacional, concluída em Haia, aos 29.05.1993, em vigor no Brasil pelo Decreto-legislativo n. 63, de 19.04.1995.
4. As conexões pessoais e o instituto de direito internacional UNIDROIT.

5. Outros importantes aspectos da convenção sobre cooperação internacional e proteção de crianças e adolescentes em matéria de adoção internacional entidades dedicadas à adoção.

6. Conclusão.

I. Preliminares ao seu estudo.*

O instituto da adoção de menores e adolescentes abandonados é dos mais generosos e benéficos, tanto no plano nacional, quanto no internacional.

Matéria contraditória que, por vezes, se torna complicada em razão de políticas legislativas descoordenadas em diversos ordenamentos jurídicos, a despeito da tendência generalizada nestes últimos tempos, em se manter um maior controle, visando salvaguardar o bem-estar dos menores, evitando-se o tráfico ilícito e a venda indiscriminada dos mesmos, transfronteiras, como é normal na Holanda.

Apesar disso, em se tratando de adoções nacionais, ou seja entre adotantes e menores de um mesmo país, as soluções são dadas na conformidade de disposições legislativas próprias, inspiradas na melhor doutrina e na prática jurisprudencial dos direitos internos, quando a aceitam, quer de modo pleno, quer simples, ou em outras formas aí previstas.

Todavia, em se tratando de adoções transfronteiras, objeto específico desta exposição, é preciso se levar em conta uma série de fatores ligados à pessoa humana e que podem obstar, complicar e empecer o generoso gesto daqueles que pretendem acolher em seu lar, menores estrangeiros, abandonados por seus genitores, carentes, desnutridos e, por vezes, portadores de deficiências físicas e/ou mentais.

É seara polêmica, onde se mesclam: caridade, amor, família, ao lado de outros fatores como: poder, egoísmo, dinheiro, falsidades e nacionalismos sentimentalóides.

Sob o ângulo das divergências legislativas internas dos países, bem como do instituto da adoção, até recentemente, ser desconhecido por alguns ordenamentos jurídicos é que surgem conflitos espaciais de leis.

* Palestra proferida aos 13.05.97 no Salão Nobre da FDUSP, no curso *Direito de Família à luz da Nova Constituição brasileira de 1988* (Extensão Universitária) coordenado pelo professor Álvaro Villaça Azevedo.

De um modo geral, a base do exame é saber qual a lei aplicável, pois na adoção de estrangeiros, ou por estrangeiros há dois ângulos a serem considerados:

O primeiro é que o adotado se vincula ao adotante, desligando-se da família de origem; o *exame da lei aplicável* dependerá das condições dessa adoção e se torna o problema fundamental que estabelece a área conflitual existente entre dois direitos internos: o do adotante e o do adotando (ou candidato à adoção por estrangeiro).

O segundo aspecto é que a adoção poderá ser concedida por uma decisão (judicial ou administrativa) e, portanto, estabelece um novo *status* para o adotado e dependerá da *lex fori* ou da *lex auctoritatis*. Logo, a *competência dessa autoridade* é o fulcro da questão, quando se tratar de adoções internacionais, podendo, então, surgir não um problema conflitual de leis, mas de autoridades.

Melhor explicando: 1. a adoção apresenta um elemento estrangeiro; portanto, característica de Direito Internacional privado; 2. a adoção feita no estrangeiro, atendendo às exigências da lei local e cujos efeitos devem produzir-se extraterritorialmente, mediante o reconhecimento do ato concessivo dessa adoção; é a questão da eficácia da decisão proferida *aliundi*, pelo direito interno de outro país. Também, aqui, a matéria envolvendo processo internacional é âmbito próprio ao Direito Internacional Privado.

É bem verdade que, em situações tais, a tendência da comunidade internacional tem sido a de solucioná-las por via de convenções interestatais, buscando harmonizar e, se possível, uniformizar o tratamento de determinados institutos, viabilizando os relacionamentos transfronteiras, quer em nível regional, quer sub-regional, ou com maior cooperação, em nível mundial.

No que tange às adoções internacionais de menores e adolescentes veremos que, sem embargo das dificuldades acima referidas, ou seja: disposições legislativas descoordenadas, de longa data, nos direitos internos, aliadas a desconhecimento ou rejeição do instituto, somente em época bem recente, se chegou a resultados positivos, em foros multilaterais, no disciplinamento da matéria.

2. O instituto da adoção e a Constituição Federal de 1988.

Desde a mais remota antiguidade era conhecida esta figura jurídica, encontrando-se regulamentada no *Código de Hamurabi*, em 2283 a.C. Tanto os

egípcios, quanto os gregos se serviram do instituto, sendo que foi, através dos romanos, que teve penetração na cultura ocidental. Os romanos praticaram-na para manter o culto doméstico dos *sacra privata* e como perpetuação de seu próprio nome, na ausência de filhos. Apresentava-se em duas espécies: para os *alieni juris*, constituindo-se em adoção propriamente dita, no primeiro caso, e arrogação, também chamada perfilhação de adultos sem pais.

Modernamente, a arrogação subsistiu para menores, no Código de Família, da Bolívia, de 23.08.1972 (Decr. legislativo n. 10.426) em seu art. 216 n. 3. A perfilhação coincide com a *affiliazione* do Direito italiano, onde o menor é acolhido por uma família como seu afilhado, podendo tomar o nome do adotante ou perfilhante que passa a exercer as funções inerentes ao pátrio poder. Todavia, não confere ao menor um verdadeiro *status*, tanto assim que, em ocorrendo casamento entre pessoas ligadas pela *affiliazione*, esta se extingue de pleno direito.

Instituto de ordem pública tem como característica, na adoção plena, a transferência do pátrio poder dos pais de sangue para os adotantes, mediante um ato solene, voluntário, sinalagmático e, em princípio, irrevogável. Estabelece-se entre adotante e adotado um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimos, criando direitos e deveres recíprocos, com o estabelecimento do parentesco civil.

Tais foram as noções básicas incorporadas ao Direito pátrio, que assimilou o instituto desde as Ordenações, passando ao Código Civil, de 1916, na aceitação das disposições do *Código Bustamante*, 1929, ao Código de Menores de 1942, às legislações que reestruturaram e ampliaram a adoção em 1957 (Lei n. 3.133 de 08.05) e em 1975, com a legitimação adotiva (Lei n. 4.655 de 02.06).

No entanto, negligenciou o Brasil, em todas as Constituições Federais promulgadas (ao todo foram 7), até o advento da Carta Magna, de 1988, em nelas inserir princípios dos direitos das crianças, mesmo tendo sido signatário da Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20.11.1959, firmada na ONU, que reafirmou a proteção especial à infância, enunciada em Genebra, em 1924, pelas conseqüências desastrosas da Primeira Grande Guerra.

Em boa-hora, graças a inúmeras reivindicações de entidades privadas e setores da administração pública, a Emenda Popular: "Criança, Prioridade Nacional", encontrou eco na elaboração da Constituição Federal de 1988. Com efeito, os graves problemas sócio-econômicos do País, semelhantes aos que se verificavam e ainda hoje subsistem no Continente Centro-Sul-Americano, estavam a

merecer uma tomada de posição que resgatasse os menores e os adolescentes como cidadãos, com direito a uma tutela e defesa especial.

Também, em boa-hora, o Brasil que, de há muito precisava rever e repensar o instituto da adoção de menores e adolescentes, fê-lo de forma candente no Capítulo VII - (arts. 226/230) da atual Constituição Federal, estabelecendo os princípios básicos da família, da criança, do adolescente e do idoso, indo além do enunciado geral do art. 5º (Capítulo I): *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*. Destarte, adoção nacional e transnacional prevista no § 5º do art. 227, realizam-se na forma da lei, assistidas pelo Ministério Público e o § 6º equiparou os direitos e qualificações dos filhos, havidos ou-não da relação de casamento, ou por adoção, tornando proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Com a promulgação da Lei n. 8.069 de 13.07.1990, retificada sua publicação em 27.09.1990: o *Estatuto da Criança e do Adolescente* ECA, ficaram disciplinados os seus direitos e deveres, com proteção mais incisiva do que até então havia no Direito pátrio.

A matéria contemplada nos arts. 39 a 52, entre outras, abraça a adoção plena tanto no âmbito interno, quanto por estrangeiros residentes fora do País.

Antes de examinar as condições indispensáveis à efetivação da adoção plena por estrangeiros, entendo necessário relembrar, aqui, textos internacionais que serviram de esteio e embasamento ao legislador brasileiro e inspiraram a melhor doutrina no que tange à proteção do cidadão, de modo geral, e do menor e do adolescente, apesar de terem sido incorporados ao direito interno, alguns deles, somente na década de 90.

De outra parte, o tema dos menores, da juventude e das adoções transnacionais, foi objeto de convenções internacionais a que o Brasil aderiu e já vigoram para o Direito pátrio.

3. Textos internacionais e convenções:

Já me referi à preocupação com a proteção especial à infância, enunciada em 1924, em Genebra, à época da Liga das Nações, após a Primeira Grande Guerra, com fins humanitários.

Sob a égide da ONU, portanto depois da Segunda Guerra Mundial, com a Declaração dos Direitos do Homem, em 1948, alvitrou-se votar um texto mais específico direcionado às crianças. Foi a 1ª Declaração dos Direitos da Criança, 1959.

Seguiram-se os Pactos Internacionais relativos aos Direitos Civis e Políticos e aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, votados pela A.G., a 16.12.66, que entraram em vigor, internacionalmente, em 1976. O Brasil promulgou-os, respectivamente, em 06.12.1992 e 06.07.1992, Decretos ns. 592 e 591. Nesses dois Pactos encontram-se disposições relativas à família e ao menor, nos arts. 23 e 24 do Pacto de Direito Civil e Políticos e no art. 10 do Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais.

Para as Américas, além da Declaração de Direitos e Garantias do Homem, promulgada pouco antes da Declaração Universal da ONU, em 1948, o Brasil - que já incorporara o Código Bustamante de Direito Internacional Privado, em 1929, onde a matéria da adoção vem regulada nos arts. 73 a 77 como integrante da Organização dos Estados Americanos, firmou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de San José da Costa Rica, em 1969, e que só foi publicada no País, em setembro de 1992, pelo Decreto n. 678.

Nesta Convenção, além dos direitos fundamentais da pessoa humana, os direitos da criança e sua proteção, encontram-se esculpidos no art. 19.

Com estes instrumentos, faz-se importante lembrar, aqui, Resoluções da A.G. da ONU que inspiraram a Convenção relativa aos Direitos da Criança em 20.11.1989, assinada pelo Governo Brasileiro, em 26.01.1990, e aprovada pelo Decreto-legislativo de n. 28 aos 18.09.1990. Refiro-me às Resoluções n. 3.318 (XXIX) de 14.12.74, quando se fez a Declaração sobre a Proteção das Mulheres e das Crianças em períodos de guerra e urgência; Resolução n. 40/33 de 29.11.1985, que incorporou as Regras Mínimas de *Beijing* para administração da justiça aos menores e adolescentes; Resolução n. 41/85 de 03.12.1986, com a Declaração sobre Princípios Sociais e Jurídicos aplicáveis à proteção e ao bem-estar dos menores,

visando sobretudo, as práticas em matéria de adoção e colocação em lares substitutos, nos planos nacional e internacional.

Na prática, o *Estatuto da Criança e do Adolescente* ECA (Lei n. 8.069 de 13.07.1990) constituiu-se num reflexo das iniciativas internacionais de proteção ao menor e à juventude, apesar do exagerado apego nacionalista quanto ao tema das adoções por estrangeiros em solo pátrio. Alie-se, a isto, a negativa de tutela e de guarda aos estrangeiros que reúnam condições para bem-assistir e zelar por um adolescente brasileiro, mesmo que não pretendam realizar adoção plena. Quantas crianças órfãs ou abandonadas poderiam desfrutar de melhor nível de vida, dentro de um lar digno, ainda que fora de nossas fronteiras?

Não se exauriram, com a promulgação do ECA, as transformações internas para melhor administração da justiça e da tutela de interesses e direitos do menor, tanto em âmbito regional, quanto de tendência universal. Firmaram-se Convenções Internacionais, sendo certo que, uma delas, anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente e outras duas, posteriores, adiante mencionadas, obedecendo à ordem cronológica das mesmas.

3.1. Convenção de cooperação judiciária em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa Brasil-França.

Em janeiro de 1981, Brasil e França firmaram esta Convenção em Paris que entrou em vigor, aos 29.04.1985, por força do Decreto n. 91.207 e que permite ao advogado de ambos os países, devidamente inscritos em suas respectivas entidades profissionais, apresentar-se na congênere do outro país, para o exercício da advocacia, dando atendimento a mandato outorgado por seus constituintes.

No que diz respeito aos pedidos de reconhecimento e execução de sentenças judiciais relativas à *guarda de menores, ao direito de visitá-los e recebê-los e às obrigações alimentares*, a Convenção cuida da matéria, no art. 26 (1ª parte), esclarecendo que devem ser encaminhados por intermédio das Autoridades Centrais, ou seja: os Ministérios designados, Justiça e/ou Negócios Externos e estas autoridades é que devem se dirigir às autoridades competentes de cada país. Note-se que tal Convenção bilateral não-aborda os casos de adoções por estrangeiros e/ou de estrangeiros, restringindo-se à guarda, direitos de visita e alimentos.

Tanto no regime do revogado Código de Menores, com adoção simples do art. 20, quanto no atual do ECA, as diferenças legislativas brasileiras face

ao art. 343 e ss. do Código Civil francês vinham criando embaraços às adoções transnacionais, não-só quanto aos limites de idade, como nas condições para se viabilizarem, pois a França admite os dois modos de adoção: simples e plena; e, mesmo nesta última, dificilmente autorizava a aquisição de nacionalidade francesa ao adotado. Que se dizer nas adoções simples, que vigoraram para menores em situação irregular, conforme art. 20 do nosso Código revogado?

Os franceses, desejosos de adotar, burlavam esta última dificuldade, realizando um tráfico vergonhoso e ilícito de crianças da América Latina (Peru, Brasil, Chile, El Salvador, Costa Rica) e Ásia, sem controle das autoridades locais.

E, no que tange às condições para a adoção e limites de idade, enquanto a lei francesa exigia ter um dos cônjuges mais de 35 anos, estar casado há mais de cinco e não possuir filhos, só poderia adotar menores de quinze anos. Conseqüentemente, a diversidade legislativa obriga o juiz brasileiro para concretizar a adoção e na salvaguarda dos interesses do adotando brasileiro, a ter presente a legislação francesa e aplicá-la, por exceção, atendendo as nossas regras instrumentais de Direito Internacional Privado, de sorte a que o menor possa adentrar o território francês.

É sempre aconselhável que conste, na sentença de adoção, que o Consulado da França ao emitir o passaporte do adotado só o faça mediante a comprovação pelos adotantes do registro do ato de adoção no *Livret de Famille* do próprio Consulado e que será encaminhado ao Serviço Central de Estado Civil do Ministério das Relações Exteriores, francês. Semelhante providência casa-se com o disposto no art. 23 da Convenção, porquanto ... "*As sentenças em matéria de estado das pessoas e que façam coisa julgada poderão, todavia, ser inscritas sem homologação no registro civil, se a isso não se opuser o direito do Estado onde se situar tal registro.*

Deve-se fazer, aqui, uma outra observação, quanto à 2ª parte do art. 26 da Convenção, que trata do deslocamento ilícito ou de retenção abusiva de menores e que tem muito a ver com casos de seqüestro. É doloroso dizer-se que, na primeira oportunidade que se teve para aplicar esta Convenção, não houve, efetivamente, qualquer cooperação por parte da França, há mais ou menos uns dez anos. Refiro-me ao seqüestro de um garoto, no Rio de Janeiro, filho de brasileira e francês, perpetrado pelo pai que o levou para a França. Tomou, a genitora, as providências judiciais junto a 1ª Vara da Família. Foram expedidas rogatórias, totalmente ignoradas em França.

Numa segunda etapa, a brasileira iniciou as providências em França, obtendo decisões favoráveis; contudo, tais foram as exigências impostas pelos tribunais franceses à brasileira, que se tornou impossível cumprí-las e executá-las, apesar da interferência da Ordem dos Advogados francesa, na pessoa de seu então presidente (caso: M. Célia Vargas x Raymond Rozner - RJ).

Este caso, bem ilustra o descompasso entre legislações e, como é curial, a desigualdade de tratamento que os tribunais franceses dão ao seu nacional e ao estrangeiro. Quero crer que o legislador brasileiro, ao elaborar o ECA, perfilhou a ala da doutrina adversa à adoção por estrangeiros, eivando-a de uma burocracia e lentidão que visam dificultá-la. Haja vista, a exigência de um estágio preliminar de aproximação com o adotável que, se psicologicamente, é plenamente justificável, não deve se estender por longo período, com os corolários daí decorrentes. Explico: o estrangeiro deve permanecer no País, sem exercer atividade remunerada, o que fere seu direito fundamental ao trabalho; enquanto não transita em julgado a decisão, o tempo corre e o estrangeiro fica desocupado, arcando com os ônus de hospedagem, alimentação, etc; o efeito suspensivo da decisão, agrava, ainda mais, a situação do adotante estrangeiro, pois, além dessas despesas, não pode deixar o País, nem providenciar os registros do menor e a obtenção do respectivo passaporte. Onde fica a celeridade na solução de um caso que se baseia no amor e na fraternidade, sem preconceitos?

3.2. Convenção interamericana sobre conflitos de leis em matéria de adoção de menores, votada em La Paz (Bolívia), aos 24.05.1984.

Pela circunstância de o Código Bustamante de Direito Internacional Privado, votado em Havana, em 1928 - promulgado no Brasil, pelo Decreto n. 18.871 de 13.08.1929, já não mais atender à realidade intercontinental americana, as Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado, as chamadas CIDIPs vêm examinando projetos de convenções em diversas matérias, buscando, nestas duas últimas décadas, obter harmonização ou uniformidade de tratamento, sendo que várias já se acham em vigor no Brasil.

No que se refere à adoção internacional e aos seus eventuais conflitos de leis tive oportunidade de exarar parecer para o Departamento de Direito Internacional, em novembro de 1990, publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados* - v. 97, pp. 87 a 92. Trata-se de Convenção celebrada

em La Paz, aos 24.05.84, aprovada pelo Decr. Legislativo n. 60, de 19.06.1996, com 29 artigos e que se aplica às adoções plenas, legitimação adotiva e formas afins que equiparem o adotado à condição de filho legítimo, tendo as partes domicílios e/ou residência habitual em Estados-Partes diferentes, no âmbito da OEA. É, portanto, Convenção regional, envolvendo maior número de países, com similitudes de problemas sócio-econômicos e um contingente de menores carentes, abandonados, muitas vezes largados à própria sorte, outras vezes, recolhidos por instituições públicas ou privadas.

Ressaltem-se dois aspectos importantes: o primeiro, de que países hispânicos que não incorporaram o Código Bustamante, ou lhe apuzeram "reservas" ou "ressalvas" como Uruguai, Paraguai, Colômbia, Costa Rica, Salvador, República Dominicana, Equador, Chile e Argentina, além do México e dos EUA, têm participado das CIDIPs, acolhendo as novas convenções interamericanas;¹ o segundo é que países, que ignoravam o instituto da adoção, introduziram modificações no seu direito interno, admitindo as adoções internacionais, como se deu no Chile, com a Lei n. 18.703, de 26.04.88, revogando lei anterior que só admitia a legitimação adotiva. O mesmo ocorreu no Equador, introduzindo modificações no Código de Menores, estabelecendo um regulamento próprio às adoções de menores, tanto nacional, quanto internacional.

Resta claro, pois, que a Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores deve ser considerada, nos casos de adoções transnacionais entre os países americanos que a ela se vincularam. Caberá, ao Juízo brasileiro, na hipótese de um estrangeiro com domicílio em outro Estado-Parte nesta Convenção pretender adotar crianças brasileiras, exigir o cumprimento integral dos requisitos previstos para a adoção plena, sempre no atendimento dos interesses da criança e na conformidade do ECA, ficando, assim, atendidos os arts. 3º, 4º, 12 a 19 da Convenção.

Já, em se tratando de caso inverso, adoção feita em país estrangeiro, *Parte na Convenção*, aplica-se o art. 5º desta que proclama o reconhecimento dos efeitos de pleno direito nos demais Estados-Partes. Reporto-me aos comentários de meu parecer retromencionado.

1. Os três países: Argentina, Paraguai e Uruguai que são coparticipes do Brasil no Mercosul, não-aceitaram o Código Bustamante, residindo, aí, a primeira dificuldade de harmonização de normas jurídicas entre eles.

3.3. Convenção de cooperação internacional e proteção de crianças e adolescentes em matéria de adoção internacional, concluída em Haia, aos 29.05.1993, em vigor no Brasil pelo decreto legislativo n. 63, de 19.04.1995.

Se a Convenção Interamericana de La Paz foi benéfica aos países que a subscreveram, resultou muito mais clara a matéria das adoções transnacionais, com esta Convenção de Haia, em seus 48 artigos.

Realmente, todo o problema de conflitos de leis dos ordenamentos internos dos países ficou solucionado ao se estabelecer como elemento de conexão pessoal para adotante(s) e adotando(s) *a lei da residência habitual em seus respectivos países* para dizer da lei aplicável às condições e requisitos a serem atendidos para a adoção internacional, que estabeleça vínculo de filiação. Ou seja: os arts. 4º e 5º em diversos ítems, ponderam que as *autoridades competentes do Estado de origem do adotando* é que determinam que o menor *até dezoito anos é adotável*, depois de verificar a impossibilidade da adoção em seu próprio Estado; que assegurará uma adoção em seu próprio Estado; que assegurará uma adoção internacional, atendidas as exigências quanto ao consentimento da criança e, conforme o caso, sua oitiva, assegurando-se o bem-estar do adotando. Quanto aos requisitos dos adotantes, *as autoridades do Estado de acolhida do menor* é que devem assegurar a possibilidade dessa adoção e de que a criança será autorizada a entrar e residir permanentemente no Estado de acolhida.

Em seu art. 23, ao cuidar do reconhecimento e efeitos de uma adoção concedida por autoridade competente do Estado de origem, afirma que será reconhecida de pleno direito pelos demais Estados. Vejo, nesta expressão: reconhecimento de pleno direito da decisão estrangeira, a viabilidade de prescindirem de homologação pelo Estado de acolhida, como uma hermenêutica a valorizar o uso dos dispositivos da Convenção e implementar maior cooperação judiciária entre Estados, *qualificando o julgado alienígena como direito* e não como um fato estranho, tal como, durante largo tempo, tem sido entendido por alguns jusinternacionalistas.

Encontro apoio, neste ponto de vista, na recente reforma do sistema italiano de Direito Internacional privado ao editar a Lei n. 218, de 31.05.1995, que determina o domínio de sua jurisdição, os critérios para individuação do direito aplicável e o disciplinamento da eficácia das sentenças e atos estrangeiros. Explico, um pouco mais, alguns aspectos dessa nova lei italiana que entrou parcialmente em vigor em 01.09.1995, com ab-rogação de normas incompatíveis, tanto da lei geral

precedente ao código civil, quanto disposições do mesmo código civil e de processo civil; as demais disposições da nova lei passaram a ter vigência em 01.06.1996, ou seja, as pertinentes ao Título IV sobre a eficácia dos julgados e atos estrangeiros, que introduziu, no ordenamento jurídico, o *princípio da eficácia automática do julgado estrangeiro*, nos termos dos arts. 64-66 que se acham conectados, expressamente, ao art. 41 (reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria de adoção) do Título III sobre o direito aplicável a adoção (Capítulo V - arts. 38 a 41).

\ A meu ver, não-só pelas inovações trazidas ao sistema jurídico italiano que, confessadamente, a doutrina e a jurisprudência percebiam a inadequação das suas normas de Direito Internacional Privado até então vigentes à atual condição da vida jurídica internacional, bem como a adesão a diversas convenções internacionais, bi ou plurilaterais, tornavam obsoletas as normas de conflito, face a algumas modificações do próprio direito comum, outro motivo inspirou-me a trazer, aqui, o aporte dessa legislação recente. Refiro-me à circunstância evidenciada nos tribunais brasileiros do ponderável número de adotantes italianos marcarem presença, no desejo de adotarem crianças, sem qualquer laivo de exigências ou discriminações.

Com efeito, o princípio da eficácia automática do julgado alienígena, conforme a nova sistemática italiana do Título IV da Lei n. 218/95, que mereceria análise mais profunda à boa-formação de qualquer jusinternacionalista, mas que extravasaria o âmbito desta exposição, obriga-me a dizer, aqui, o essencial. A decisão estrangeira, de *per si*, explica seus próprios efeitos automáticos, vez que transitou em julgado no ordenamento de origem e no respeito à ordem pública processual, tem idênticos efeitos na Itália, prescindindo de delibação. Nos sete itens do art. 64 vêem elencados os fundamentos para que se verifique a eficácia automática da decisão *aliundi*, sendo certo que a melhor doutrina aconselha e induz o juiz italiano ao uso cauto e parcimonioso da exceção de ordem pública obstativa à eficácia.

Semelhante princípio há algum tempo já vinha sendo praticado na Itália, em consequência de Convenções, bi ou plurilaterais, por ela aceitas, especialmente a de Bruxelas (1968), modificada pelas de Luxemburgo (1978 e 1982) e de Donistia (1989) e a de Lugano (1988), em qualquer matéria, quando não previsto, nas Convenções, o procedimento específico de *exequatur* a ser seguido.

Já, no que tange às adoções, a Jurisdição italiana interna restou expressa no art. 40 da Lei n. 218/95 e quanto ao reconhecimento de decisões estrangeiras, no art. 41 que se reporta aos arts. 64-66. É certo, porém, que, em sua

parte final, o art. 41 afirma subsistirem "*as disposições da lei especial em matéria de adoção*" Trata-se da Lei n. 184, de 04.05.1983 que, desde então, regulamentou a afiliação pré-adoptiva, a tutela, a legitimação adoptiva e as adoções, sendo competentes os Tribunais de Menores para o exame dessas questões. E, em se tratando de decisões estrangeiras, esses Tribunais sempre tiveram o ato estrangeiro como um pressuposto para emanação do decreto interno e conseqüente autorização para registro civil próprio. Não se fazia uma delibação técnica, porém, imprópria e residual, que corresponde à declaração de eficácia do julgado externo; e, nos casos particulares de adoção de menores estrangeiros que não tivessem caráter legitimante, a competência é das Cortes de Apelação.

Com o advento da nova lei de Direito Internacional Privado n. 218/95, especialmente esta 2ª parte do art. 41, vincula-se às outras figuras jurídicas referidas na lei interna de n. 184/83, em seus arts. 32 e 33 e as adoções internacionais são reconhecidas, automaticamente, segundo a regra comum do art. 64, com a ressalva da aplicação de normas convencionais, eventualmente mais favoráveis a esse reconhecimento.²

Dessume-se, então, que a incorporação pelo Direito italiano da Convenção de Haia de 1993, visando a proteção de crianças e adolescentes em matéria de adoção internacional e diante das novas normas de Direito Internacional Privado já em vigor no país, trarão eficiente cooperação judiciária internacional nas adoções realizadas conforme a Convenção, com a efetividade automática do julgado no Estado de origem do adotando, no Estado de sua acolhida.

2. Os arts. 65 e 66 da Lei n. 218/95 mencionados no art. 41 prendem-se a decisões atinentes à capacidade das pessoas, relações de família e direitos da personalidade ou decisões graciosas estrangeiras. O reconhecimento, sem recurso a qualquer processo, também é automático, respeitada a ordem pública.

Recomenda-se a consulta à *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, ano XXXI n. 04 - out/dez, 1995. O fascículo traz os comentários dos melhores especialistas em cada artigo da lei de reforma do Direito Internacional Privado italiano.

4. As conexões pessoais e o instituto de direito internacional-UNIDROIT

Faço, agora, uma outra explicação indispensável àqueles pouco afeitos às conexões pessoais de que se ocupa o Direito Internacional Privado.

Desde o início desta exposição, revelei existirem diferenças legislativas nos ordenamentos jurídicos dos diversos Estados da comunidade internacional. Muitas vezes, num mesmo país, há unidades territoriais autônomas a gerar conflitos interlocais de legislações, ou interestaduais como ocorre, por exemplo, nos EUA ou intercantonais, como na Suíça. Além desta dificuldade, as legislações também variam quanto ao elemento de conexão pessoal, acolhendo uns: a nacionalidade, outros: o domicílio. Em países de sistema confessional prevalece a religião, quando não, costumes próprios a determinada crença.

O Brasil que, até 1942, teve como conexão pessoal, a nacionalidade na Introdução ao Código Civil, de 1916, passou a acolher o domicílio e, à sua falta, a residência habitual da pessoa, tal como se encontra nas regras de Direito Internacional Privado da Lei de Introdução ao Código Civil (arts. 7º a 19).

Dadas as dificuldades e aos problemas que surgiram com a dualidade dos princípios de nacionalidade e domicílio nas questões internacionais, ou melhor, nos relacionamentos interpessoais, o Instituto de Direito Internacional, em sessão realizada em 1987, baixou Resolução tendente a facilitar a interpretação para a comunidade internacional, visando harmonizar as regras de conflito em vigor nos diferentes Estados. A Resolução buscou alertar os Estados no sentido de não usar *com exclusividade* o princípio da nacionalidade e/ou do domicílio nas questões de jurisdição; bem como, de permitirem alternativas e opções aos interessados, particularmente em questões de família (casamentos, divórcio, etc.), quando os conflitos de leis fossem ocasionados por diferenças de nacionalidades e domicílios, de sorte a que se pudesse alvitar soluções pelo domicílio comum, sem prevalecer uma nacionalidade sobre a outra, ou se não tivessem domicílio comum, que se pudesse optar pela nacionalidade comum.

As Resoluções do Instituto funcionam como uma *soft law*, ou seja, recomendações de tendência uniformizadora no enfoque de determinadas matérias. Daí ser ele também conhecido como UNIDROIT. Por vezes, examina projetos que, a longo prazo, podem resultar numa Convenção.

Um exemplo, no Direito alemão, bem ilustra como países que sempre tiveram na nacionalidade o vínculo pessoal de conexão, introduziram modificações legislativas em vários assuntos, reafirmando, a cada passo, a competência não exclusiva de seus tribunais, mesmo em questões envolvendo cidadãos alemães e que tenham domicílio habitual na Alemanha. Refiro-me à nova Lei de Introdução ao Código Civil, com as últimas alterações de 25.07.1985 e suas "Disposições Transitórias" face a alterações introduzidas no Código Civil, Processual Civil, Lei das Nacionalidades, do Casamento, entre outras. Com todas as modificações lá realizadas evidenciam-se alternativas e opções de vínculos pessoais específicos, sendo certo que o art. 23 da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão, ao tratar do "consentimento do filho e de uma pessoa com a qual a criança estiver ligada por laços familiares, quanto ao atestado de descendência, o nome, a legitimação ou a adoção como filho estão, além disso, subordinados *ao direito do país do qual a criança é cidadã*" (grifos nossos).³

Com estas colocações que fiz, no desejo de facilitar um melhor entendimento da Convenção de Haia de 1993 que estava examinando, é possível concluir-se que ela foi além das considerações quanto a nacionalidades e domicílios dos envolvidos em adoções transnacionais, consignando o fator de conexão na *residência habitual* do adotante e do adotando, fixando a competência das autoridades dos Estados de origem (do adotando) e de acolhida (do adotante). Tal posicionamento espancou as divergências que salientei quanto aos possíveis conflitos espaciais de leis e conflitos de autoridades.

Se se fizer uma análise histórica das Conferências de Haia de Direito Internacional Privado chega-se à conclusão de sua larga experiência adquirida ao longo dos anos e o sensível desejo de que a proteção de menores e a adoção internacional viessem a ter um tratamento mais uniforme, de sorte a poder contar com maior número de Estados que a subscrevessem.

Com efeito, em 1961, a Convenção sobre Proteção de Menores e Adoção Internacional trouxe em seu bojo a determinação da lei aplicável, a competência de autoridades e o reconhecimento de decisões estrangeiras a esse respeito, só sendo sufragada pela Áustria, Reino Unido e Suíça, vigorando em 1965, portanto, somente entre estes três Estados. Entretanto, os três signatários dessa

3. Consulte-se *Rivista di Diritto Internazionale*, 1987 p. 495 e ss.; ou *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1986 pp. 718 e ss.

Convenção implementaram modificações legislativas posteriores sem se desvincularem dos compromissos convencionais.

A Áustria, em 1978, adotou normas especiais de Direito Internacional Privado em seu JPR Gesetz.⁴

Grã-Bretanha e Escócia, sempre preocupadas com a competência internacional, ignorando outros aspectos do Direito Internacional Privado, aplicam sempre a *lex fori*, acolhendo as três formas de adoção previstas naquela Convenção: as realizadas na conformidade de regras legais gerais, as que obedecem ao *Adoption Act*, de 1968, e a adoção provisória contemplada no *Adoption Act*, de 1958, para os não-domiciliados na Inglaterra e na Escócia e que não atribui direitos sucessórios, nem cidadania ao adotado. Este *Act*, de 1958 foi parcialmente ab-rogado em 1960 e as adoções ordinárias ficaram consolidadas no *Adoption Act*, de 1976, após diversas emendas anteriores.

Com relação à Suíça, a Lei Federal de Direito Internacional Privado foi modificada em dezembro de 1987, sendo que no art. 85, ao cuidar da Tutela e Outras Medidas de Proteção, faz referência expressa à Convenção de Haia de 61/65, estendendo sua aplicação, por analogia, às pessoas que não tenham residência habitual em um dos Estados contratantes.⁵

Reporto-me, neste passo, a um parecer que exarei em 1978, a propósito da adoção de um menor, brasileiro, por escritura pública, no Brasil, comparecendo o adotante representado por procurador bastante. O fato já estava consumado quando a mãe biológica dessa criança pretendia incetar procedimentos judiciais, vez que o adotante falecera e o Tribunal de Tutela do Cantão de *Zurich*, nomeara tutor do menor, um cidadão suíço, solteiro, que não reunia condições para o exercício do *munus*. Tive a oportunidade de bem examinar à luz do Direito estrangeiro e nacional, as barreiras e percalços que a indigitada consulente teria de enfrentar. O parecer se acha publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 518, dez, 78, pp. 46 a 52, esclarecendo que não se cogitou da Convenção de Haia de 61/65, inaplicável ao Brasil.

4. Consulte-se: *Rivista di Diritto Internazionale e Processuale*, 1981, pp. 801 e ss.

5. Consulte-se: *Rivista di Diritto Internazionale e Processuale*, 1989, pp. 196 e ss.

5. Outros importantes aspectos da convenção sobre cooperação internacional e proteção de crianças e adolescentes em matéria de adoção internacional - entidades dedicadas à adoção.

Devo salientar a relevância dessa Convenção multilateral a que o Brasil se acha vinculado e o faço por motivos justos, humanos e humanitários, bem como porque se coaduna com o preceituado no Estatuto da Criança, especialmente no que concerne às condições para que se efetive a adoção: *Estado de origem do adotando*.

Lamentavelmente, razões sócio-econômicas, assimetrias existentes dentro do Brasil, ignorância de princípios de higiene e preservação da saúde em variados redutos nacionais, ausência de escolaridade, favorecimento à prostituição, à gravidez indesejada, ao uso e tráfico de estupefacientes têm contribuído para a marginalização de um percentual elevado de menores e adolescentes ampliando os índices de violência. A sociedade, de um modo geral, prefere rotulá-los de infratores, delinqüentes, esquecendo-se que são seres humanos, merecedores, pelo menos, de caridade cristã, sem assistencialismos, porém de atenção. É bem verdade que vários movimentos e organizações governamentais e não-governamentais vêm desenvolvendo esforços para redirecionar a vida destes menores. Umas, com êxito; outras, nem tanto.

Dispomos de lei especial que favorece às adoções e a colocação de menores em lares substitutos, quando deixados em abandono. Ocorre, porém, que as adoções pretendidas por nacionais, via de regra, perpetram discriminações.

Todavia, o estrangeiro que se dispõe a adotar menor em países que enfrentam dificuldades sócio-econômicas, é menos exigente e muitas vezes, aceita crianças com deficiências físicas e até mentais, pela possibilidade que vislumbram em lhe dar um atendimento melhor em seu país de origem.

Ora, com o objetivo transparente do âmbito de aplicação da Convenção de Cooperação Internacional em Matéria de Adoção, previsto no art. 1º. letras *a*, *b* e *c*, ou seja: o interesse superior da criança, com respeito aos seus direitos fundamentais, assegurando-se essas garantias e o reconhecimento das adoções realizadas segundo a Convenção, previne-se o seqüestro, a venda e o tráfico de crianças transfronteiras.

Alie-se, ainda, que dos arts. 6º a 13, a Convenção estabeleceu que o Estados designarão uma *Autoridade Central* encarregada de dar cumprimento às obrigações impostas pela própria Convenção e que intermediará a aproximação com

as autoridades públicas ou outros organismos credenciados, autorizados pelas autoridades competentes dos dois Estados envolvidos em uma adoção transnacional.

A esse respeito é conveniente lembrar-se que existem, em diversos países, agências especializadas em adoções, com nomenclaturas diferenciadas, com trabalho relevante na busca de pais para crianças abandonadas. Estas organizações contam com apoio de autoridades competentes em adoção, vez que são credenciadas, sérias, no mister a que se dedicam nos países onde estão sediadas. Para funcionarem em países outros, necessitam de autorização das autoridades locais, fornecendo-lhes relatórios das atividades que exercem.

A título de exemplo, elenco algumas: na *Suíça*, a *Terre des Hommes*, com sede em *Lausanne*, reconhecida por lei em 01.04.1973. Sem preocupações de ordem política, social ou confessional, realiza serviços especializados para adoção de crianças estrangeiras, em qualquer parte do mundo, prestando auxílio, *in loco*, para crianças desvalidas e infelizes.

Outra, com sede em Dakota do Norte, nos *EUA*, é uma entidade religiosa evangélica, que consegue tratamento gratuito para crianças do Brasil, Índia e Colômbia. Refiro-me à *SAME South American Missionary Evangelism*, que manteve convênio com a FEBEM. Recebe donativos particulares, consegue tratamento gratuito em hospitais norte-americanos e atende a um *pool* de agências de adoção dos *EUA*. Note-se que as crianças brasileiras, que obtiveram tratamentos com a intermediação da *SAME*, ficaram em casas de brasileiros, ou portugueses, no período.

Na *Itália*, com sede em Milão, posso citar o *Centro Italiano per l'Adozione Internazionale - CIAI*, que exerce atividades desde 1968 e a *Associazione Amici dei Bambini Ai-Bi*, criada em 1983, com base na Lei n. 184, de 1983, a que já me referi, que regula a adoção e guarda de menores na Itália e conta com prévia autorização dos ministros dos Negócios do Exterior e da Graça e da Justiça italianas. É associação católica; a *Ai-Bi* é representada, no Brasil, pela ABRACI, fundada por voluntários, inspirada nas idéias do padre Mário Colombo (recentemente falecido e assessor do Papa), que trabalhou como missionário aqui e que era solicitado por famílias italianas desejosas de adotar crianças brasileiras em estado de abandono. A sede da ABRACI é em São Paulo, na Rua Jandáia, 218 e representa, também, a *Adoptie Noor Nederland*, com sede na Holanda.

Os *Medicins du Monde* realiza trabalho voluntário no Líbano e também no Brasil, para adoções internacionais.

Tanto a Suécia, quanto a Noruega têm órgãos governamentais para controle de adoções internacionais que realizam em qualquer continente.

6. Conclusão.

A adoção internacional deve ser encarada com maior tranquilidade, nesta fase histórica, sem nacionalismos e assistencialismos, num país que continua em grande dificuldade para resolver problemas, hoje, estruturais que parecem infundáveis com as indecisões políticas no enfrentamento vigoroso dos mesmos.

Caberá à sensibilidade dos Juizados da Infância e Adolescência, coadjuvados pelos órgãos governamentais e pelo trabalho que vem sendo realizado em alguns setores da sociedade brasileira, examinar com percuciência e compreensão a viabilidade de adoções internacionais, sem que se promova um entreguismo de brasileiros a países estrangeiros. Não é este o espírito que norteia o instituto.

Atendidas as exigências da lei especial brasileira e do direito interno convencional, em benefício de crianças deixadas em abandono e rejeitadas, por vezes, por adotantes nacionais, renascem cidadãos em outros países. Essas crianças encontrarão amor, respeito, família, desfrutando de melhores condições de vida, que lhes devolverão a auto-estima.

São Paulo, maio de 1997.

DIREITO DO TRABALHO

MODERNIZAÇÃO E DESEMPREGO*

Cássio de Mesquita Barros Júnior
Professor Titular do Departamento de Direito do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

I - Introdução.

O mundo atual não se divide mais nos dois gigantes blocos político-ideológicos, Leste e Oeste. Ao contrário. Na nova ordem mundial a questão central é o fenômeno da globalização.

A globalização iniciou-se no pós-guerra, com a expansão acelerada da internacionalização da economia, com o crescimento do comércio internacional e dos investimentos externos, intensificada pela entrada em cena de instituições internacionais, tais como o GATT, o FMI, o BIRD, a FAO, etc., privilegiando o livre comércio, com redução ou abolição de tarifas alfandegárias, e induzindo a retração do Estado às funções de planejamento e produção através da privatização.

O avanço das novas redes de comunicação em escala planetária, a erosão da soberania dos Estados e a gravidade dos problemas globais - só possíveis de serem enfrentados pelo esforço mundial - se inserem neste contexto. Vale repetir, a propósito, a constatação feita por Norberto Bobbio:

*A história humana, embora velha de milênios,
quando comparada às enormes tarefas que estão diante
de nós, talvez esteja apenas começando.*

Gorbatchev, líder da democratização da ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, assinala uma saída sensata de mecanismos de correlação entre os interesses nacionais e estatais com os de toda humanidade. São suas palavras:

* Aula inaugural do curso de graduação da Faculdade de Direito-USP, em 24 de fevereiro de 1997.

"Hoje a única saída sensata é criar, utilizar e desenvolver mecanismos e instituições internacionais que permitam encontrar a ótima correlação dos interesses nacionais e estatais com os de toda humanidade"

No início dos anos 90 a Comissão Sul, formada por cientistas e homens públicos de projeção internacional, alertava que:

"Se os povos do mundo pretenderem garantir seu futuro terão agora de caminhar no sentido da unidade global através da cooperação cada vez mais alargada em bases equitativas." (O desafio do Sul - Relatório da Comissão Sul, Edições Afrontamento, 1991, p. 21).

O que se preconiza é a defesa, aplicação e consolidação do princípio do *Interesse Público*, especialmente aplicado à vida internacional.

A globalização tem sua base material na revolução tecnológica, cujos símbolos são o computador e a microeletrônica. Relacionada a fatores depressivos que estão em curso no sistema capitalista, a globalização projeta uma sociedade planetária unificada e, na perspectiva da sociedade global, se interpõem visões reconstrutivas e transformadoras. Para alguns, deve ser vista como um processo submetido a determinações, porém não a fatalismos. Acidentes de percurso com desvio de rumos não são improváveis.

A inquietação, que predomina hoje em todo o mundo com os problemas do desemprego, vem acompanhada de um pessimismo sobre a possibilidade de resolvê-los.

No seu relatório anual, informa a OIT que, em 1996, da população total estimada em 6 bilhões de pessoas, 1 bilhão, ou cerca de 30% da força de trabalho, não tem emprego ou estão subempregadas. Além disso, há cada vez mais *"uma tendência à desigualdade nos salários"*

É a seguinte, segundo esse mesmo relatório, a situação do desemprego no mundo:

- os países que compõem a OCDE Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - possuem atualmente cerca de 34 milhões de desempregados;

- em 1995 a taxa de desemprego nos países da Comunidade Européia era em média de 11,3%, registrando um "*notável crescimento*" em países altamente industrializados, como a Alemanha, França, Suécia e Itália; ocorreu, no entanto, o inverso o de uma baixa da taxa de desemprego - em países como o Reino Unido e os EUA. Nesses dois países "*se fez mais marcante a desigualdade nos salários*", diz a OIT, onde 12% a 15% estão abaixo da linha de pobreza;

já nos países que integravam o bloco comunista, o nível de desemprego caiu; a média, porém, supera ainda os 10%. Em alguns casos, como na Rússia, persiste a tendência de aumento do desemprego;

na América Latina e região do Caribe, o desemprego aumentou de forma generalizada, especialmente na Colômbia onde passou de 8% para 10%.

Criar um número suficiente de empregos para acabar com o desemprego, o subemprego e as remunerações baixas, constitui realmente o desafio fundamental da Política Econômica e Social em todos os países, seja qual for o seu grau de desenvolvimento.

Os diversos problemas que o desemprego engendra não parecem ser conseqüência inarredável da ação de forças incontroláveis, tais como a globalização, a concorrência mais intensa e o advento de nova tecnologia, mas se devem a uma decisão social que inclui tanto *defeitos* decorrentes de omissões da Política Econômica e Social como *deficiências* nos dispositivos institucionais.

A prova disso está em certos países detentores de níveis similares de desenvolvimento e submetidos às mesmas forças econômicas que obtêm resultados muito diferentes em matéria de emprego.

Após uma breve exposição sobre o desemprego, resta indagar: o que é *Pleno Emprego*?

Para a OIT, a definição de *Pleno Emprego* como a ausência de desemprego involuntário ou a existência de trabalho para todos aqueles que desejam trabalhar continua válida. Outras dimensões do conceito de desemprego, como a noção do que constitui um emprego aceitável, podem ser flexibilizadas para levar em consideração as realidades dos dias atuais: o aumento do trabalho em tempo parcial, o progresso tecnológico, especialmente na informação e comunicação e, ao mesmo tempo, mudanças na organização do trabalho com formas menos rígidas e menos regulamentadas.

A OIT, aliás, entende que "*não é verdade que a globalização seja uma força supranatural incontrolável que usurpou em grande parte a autonomia*

das políticas nacionais" Segundo essa organização, o Estado-nação é "ainda a influência dominante nos resultados econômicos e do mercado de trabalho", sendo o declínio do crescimento econômico a partir de 1974 a principal causa subjacente do aumento da desocupação, uma vez que "os mercados financeiros globais punem as políticas macroeconômicas incorretas que, em todo caso, são indesejáveis entre si" Assevera que "a evidência empírica sugere que o comércio com os países em desenvolvimento e a realocação das indústrias constituem apenas fatores menores por trás do aumento do desemprego e do declínio dos salários dos trabalhadores não-especializados nos países industrializados"

O Relatório da OIT de 1996 coloca em dúvida o conceito popular de que o mundo está ficando sem empregos. Acredita a OIT que *"grande parte da literatura sobre o fim do trabalho se baseia em extrapolações arbitrárias a partir de episódios dramáticos na reestruturação das empresas, ignorando a criação de empregos em outros setores da economia"* Afirma, ainda, face à reduzida taxa de crescimento econômico nas décadas de 70 e 80, que a taxa de crescimento do emprego permaneceu *"quase inalterada nas últimas três décadas e meia, e não se reduz significativamente desde 1973"* É contrária, também, à corrente que defende a idéia de que as mudanças de emprego estão se tornando cada vez mais frequentes, afirmando que, na verdade, houve um aumento e não um declínio na permanência no emprego: *"em média, os trabalhadores atualmente empregados têm estado em seus postos entre 6 e 12 anos, dependendo do país, e este número não caiu"* exceção feita à Espanha, *"provavelmente por causa de mudanças institucionais"*

Medidas podem e devem ser adotadas para evitar uma crise mundial de emprego. Algumas poderão ser fecundas desde o primeiro momento. Mas não é fácil alcançar a melhoria de uma só vez.

Entre elas está a *adoção de uma visão de conjunto da ação necessária.*

II Configuração do desemprego no Brasil.

O relatório sobre o desenvolvimento social do Brasil, concebido para contemplar os temas centrais da *Cúpula Mundial sobre a Pobreza, Expansão do Emprego Produtivo e Integração Social*, realizada em Copenhague em março de 1995, síntese abrangente de um processo de debates que contou com a participação

ampla e democrática dos segmentos sociais interessados, afirma que a industrialização acelerada do país não foi suficiente para gerar empregos para todos os setores modernos urbanos.

Mas apesar disto, o desemprego aberto não tem constituído, nem nos anos 80, nem agora nos anos 90, o mais agudo problema do mercado de trabalho brasileiro.

Apesar do número absoluto de desempregados, a duração média do desemprego e sua taxa vêm sendo reduzidas, quando comparadas com a média internacional.

No decorrer da década de 80, as características do mercado de trabalho brasileiro eram as seguintes:

1. *baixa taxa de desemprego aberto*;
2. *elevado grau de informalidade nas relações de trabalho*, que aumentou, acentuadamente, nos últimos anos;
3. *alta taxa de rotatividade de mão-de-obra*, sobretudo para os trabalhadores menos qualificados;
4. *baixa intensidade e forte desigualdade em termos de capital humano*. Em 1990, o número médio de escolaridade acima de 25 anos era de quatro anos; 11,30% haviam chegado à Universidade; 34% dos adultos permaneciam analfabetos;
5. *grande heterogeneidade de situações de emprego e trabalho*, em termos de acesso à renda, a direitos trabalhistas e a benefícios sociais. Assim, vejamos:

no mercado formal de trabalho, onde o empregado tem direito a salário-mínimo, jornada fixa de trabalho, férias, acesso à Previdência Social e remuneração, a heterogeneidade, na média, era mais elevada do que a obtida nos segmentos informais;

no mercado informal, embora o contrato possa ser rompido mais facilmente e o trabalhador não tenha, mesmo após a Constituição de 1988, nem os direitos previstos na legislação trabalhista nem os benefícios da Previdência Social, a renegociação dos contratos realizava-se com mais facilidade. Os salários eram menos sensíveis aos surtos inflacionários porém mais sensíveis aos ciclos econômicos de longo prazo; finalmente,

os trabalhadores por conta própria caracterizam-se por uma ampla gama de situações desde o pequeno e médio empresários aos prestadores de serviços

e comércio ambulante. Apesar do alto grau de competitividade, o setor apresentou maior capacidade relativa de defesa dos rendimentos frente à inflação.

Ainda, segundo o mesmo relatório, na década de 80,

"essa heterogeneidade de situações associada ao alto grau de rotatividade e elevada presença no setor informal, é que imprime grande elasticidade ao mercado de trabalho brasileiro, bem como explica a extraordinária capacidade da economia brasileira para a geração de empregos, traduzida nas relativamente baixas taxas de desemprego aberto"

Já no início dos anos 90, o mesmo relatório constata "*drástica mudança*" nesse perfil, quando o mercado informal passa a ser uma alternativa real em face da forte queda da participação dos trabalhadores formais na força de trabalho.

De 1989 a 1992, o aumento das situações informais foi superior a 8%, o que significa, em tese, que para cada contrato de trabalho a menos no setor formal apresentava-se uma situação a mais no setor informal.

As determinantes do aumento do segmento informal se deveram ainda, segundo o mesmo relatório, a múltiplos fatores. Dentre estes, estão:

1. *o aumento de encargos trabalhistas introduzidos pela Constituição de 1988;*
2. *o longo período de recessão econômica (desde 1987 a economia brasileira não crescia dez anos seguidos);*
3. *o descrédito no poder de fiscalização do governo; e*
4. *o imperativo das empresas de enfrentarem a abertura da economia e a concorrência externa, o que veio a acarretar mudança nos perfis ocupacionais e na organização do processo de produção econômica.*

Ressalte-se que o aumento da informalidade fragiliza as relações trabalhistas e agrava as características da pobreza. Ressalte-se que a pobreza não decorre exclusivamente da não-inserção no mercado de trabalho ou da inserção precária, no geral associada à falta de qualificação profissional. O baixo nível educacional, a pouca ou quase nenhuma qualificação, famílias numerosas chefiadas por mulheres particularmente vulneráveis à pobreza, chefes pardos ou pretos que

perdem na seletividade do mercado, que é a favor dos brancos e mais jovens, incluem-se entre os atributos da pobreza.

No início de 1996, constatava-se que o número de trabalhadores contratados com carteira assinada já era menor em 550 mil pessoas em relação ao início do Plano Real, que havia, em um primeiro momento, expandido o emprego (entre julho de 1994 e julho de 1995, 113 mil vagas com carteira tinham sido abertas).

Segundo dados do IBGE, de setembro de 1996, o desemprego atinge atualmente cerca de 5,2% da População Economicamente Ativa. Até o emprego informal, no 1º trimestre de 1996, caiu 5,9% na Grande São Paulo. Já em setembro de 1996 porém, o aumento do trabalho autônomo do comércio reduziu o desemprego na Região Metropolitana de São Paulo. No mês de novembro de 1996, entre vagas abertas e fechadas, o saldo líquido foi de 24 mil novos postos de trabalho na Região Metropolitana de São Paulo: o comércio criou 34 mil novas vagas e o setor de serviços 5 mil postos, enquanto a indústria cortou 9 mil vagas e a construção civil e os serviços domésticos tiveram uma redução de 6 mil vagas.

A dificuldade de um trabalhador para encontrar nova colocação no mercado de trabalho está se acentuando de tal forma, que muitos estão se utilizando de um novo expediente como alternativa de renda e que seria uma versão improvisada do seguro-desemprego: a reclamação trabalhista. Reclama-se de tudo, a fim de se obter qualquer ganho, o que veio transformar a Justiça do Trabalho em uma indústria de acordos e indenizações.

Segundo dados recentes (Ação trabalhista vira alternativa de renda *in O Estado de S. Paulo*, caderno Economia & Negócios, p. B 1, 17 de fevereiro de 1997) o número de reclamações trabalhistas nas JCS da 2ª Região - que abrange a Região Metropolitana de São Paulo e grande parte do interior - cresceu 39% em relação a 1993 último ano com índices de inflação descontrolada. Estabelecendo-se um quadro comparativo entre 1995 e 1996, o número de reclamações cresceu 8%, índice muito próximo ao da eliminação de 7,7% dos postos de trabalho na indústria do Estado nos últimos doze meses, conforme dados da FIESP. Hoje, só na cidade de São Paulo, diariamente, 1,5 mil novos processos dão entrada na Justiça do Trabalho. Há tramitando na 2ª Região cerca de 1 milhão de processos. Ressalte-se que entre as reclamações trabalhistas vamos encontrar um volume cada vez maior de ações movidas por portadores de doenças profissionais, que foram demitidos e que buscam

a reintegração, pois que esta se torna, com a crescente falta de emprego, uma das únicas chances do trabalhador de continuar no setor formal.

III - Flexibilização do mercado de trabalho brasileiro.

Há, segundo o relatório sobre o desenvolvimento social do Brasil, concebido para contemplar os temas centrais da *Cúpula Mundial sobre a Pobreza, Expansão do Emprego Produtivo e Integração Social*, já mencionado no item II, suficientes evidências de que o mercado de trabalho brasileiro é extremamente flexível, ou melhor, tem a capacidade de se ajustar a choques exógenos, sem gerar taxas elevadas de desemprego aberto.

O elevado nível de flexibilidade vem, todavia, acompanhado de uma crescente participação de trabalhadores informais, sem direitos trabalhistas e, no geral, com rendimentos inferiores aos do setor formal. A flexibilidade, acrescenta o relatório, deriva também da crescente terceirização da força de trabalho. Como parte do processo de reestruturação das empresas, estão surgindo novas formas de contrato de trabalho, visando flexibilizar ainda mais o emprego.

Os mecanismos institucionais e legais, associados às características do mercado de trabalho, acabam por incentivar os contratos de curta duração e a criar postos de trabalho que exigem baixa qualificação, baixo investimento em treinamento, o que conseqüentemente resulta, em baixa produtividade.

Existe forte apelo para que os trabalhadores prefiram os contratos a curto prazo. Os custos são baixos, as indenizações reforçam o orçamento do trabalhador, que retira o FGTS. Este pode mesmo associar o seguro-desemprego com outro emprego em virtude da fraca ou nenhuma fiscalização criando-se assim, um mecanismo perverso de aliança entre trabalhador e empregador. Essa aliança a médio e longo prazo pode degenerar na deteriorização da qualidade dos empregos, pois os empregadores não investem no empregado periódico.

IV - Flexibilização das condições de emprego - exemplos externos.

Há, basicamente, dois modelos principais de mercado de trabalho: o europeu e o anglo-saxão (EUA, Canadá e Reino Unido).

Vejamos, primeiramente, o sistema anglo-saxão, representado aqui pelos exemplos dos Estados Unidos da América do Norte e do Reino Unido.

Nos Estados Unidos, a doutrina do *employment at will*, traduzido pela expressão *emprego discricionário* está, em Direito, atrelada à plena liberdade do empregador de fixar os termos e as condições do contrato de trabalho. As limitações provêm da negociação coletiva ou, então, do fato de certas empresas se guiarem por uma política de aproximação simpática com seus empregados. Para evitar a sindicalização decidem essas empresas respeitar regras vizinhas das engendradas pelas convenções coletivas. Em relação à despedida, a regra geral é o princípio da despedida potestativa (*termination at will*). Por sua vez, a ação principal dos governos e empresas inglesas visa contornar as imposições do sindicalismo. Regras convencionais e costumeiras definem minuciosamente o conteúdo das tarefas, a classificação das empresas, as fronteiras do trabalho qualificado; numa só expressão, as "*working practices*"

Conquanto tenha havido alguma flexibilidade na legislação trabalhista de alguns países que adotam o sistema europeu de mercado de trabalho, esse sistema é, ainda, caracterizado por uma legislação amplamente protetora. Cite-se, como exemplo, a Espanha, que criou sucessivamente doze regimes de contratos de trabalho visando favorecer a isenção ou reinserção profissional das categorias de mão-de-obra mais atingidas pela recessão.

O que se constata é que, no modelo europeu, o trabalho é mais protegido, enquanto no sistema anglo-saxão (EUA, Canadá e Reino Unido) há uma precariedade das condições de trabalho. Em contrapartida, a taxa de desemprego é mais elevada nos países que adotam o sistema europeu e mais débil nos países anglo-saxões.

Daí a indagação formulada pelo Presidente Jacques Chirac no "*G-7 Emprego*", reunião especial do clube dos 7 países mais ricos do mundo, concluída em 2 de abril de 1996, fazendo uma alusão aos defeitos básicos dos dois principais modelos de mercado de trabalho:

"Estamos condenados a escolher entre o desemprego e a precariedade (do trabalho)?"

Embora reconheçam os integrantes do Grupo dos Sete que os Estados Unidos (modelo anglo-saxão) tiveram os maiores êxitos nos três últimos anos e que é necessário uma maior flexibilização no mercado de trabalho, entende o ministr

alemão da Economia, Gunther Rexrodt, que "*não podemos ter na Alemanha um mercado no estilo norte-americano*", embora admita que a Alemanha "*precisa flexibilizar para baixo os salários*" "*O vínculo profundo com o modelo social europeu*", defendido por Chirac, parece, de qualquer forma, menos sólido do que a defesa que os britânicos fazem da flexibilização das regras trabalhistas (Impasse sobre desemprego in *Folha de S. Paulo*, 1º caderno, p. 11, 2 de abril de 1996).

O Japão, com o sistema de emprego vitalício, pelos efetivos estáveis de grandes empresas, oferece dois instrumentos de flexibilidade:

a. a mobilidade interna absoluta no seio de grandes grupos assegura, sem obstáculos, vastos deslocamentos de efetivos em função das estratégias de reemprego intersetorial; e

b. o bônus salarial que permite variabilidade salarial suficiente.

Mesmo a Alemanha oferece um bom exemplo de flexibilidade. Lá as empresas se beneficiam da moderação dos sindicatos em matéria salarial e aceitam a reestruturação industrial. Outra margem de flexibilização é o contrato a tempo parcial com as mulheres e o por tempo determinado para os imigrantes. A eficácia dual da aprendizagem assegura forte mobilidade da mão-de-obra qualificada e formas de combater o desemprego dos jovens.

V - Flexibilização das leis e instituições trabalhistas.

Os problemas do desemprego, tanto nas economias desenvolvidas quanto nas economias em desenvolvimento ou em transição, estão estreitamente relacionados a vínculos que existem entre o comércio, as inversões diretas estrangeiras e os fluxos financeiros.

Além da OIT, também o economista Jorge Mattoso, do Instituto de Economia da Unicamp, discorda da corrente que apregoa que os problemas do mercado de trabalho, no Brasil, estão relacionados à inovação tecnológica, à globalização e à reestruturação produtiva. Segundo ele, três causas internas são determinantes para o crescimento do desemprego e da ocupação precária:

"a forma subordinada pela qual o País está se inserindo na economia mundial, a abertura indiscriminada e a ausência de mecanismos de combate à concorrência externa desleal e a política econômica

atual, especialmente juros altos e câmbio desvalorizado"
(in Em oito meses, 664 mil demitidos, *O Estado de S. Paulo*, de 28.4.1996, caderno Negócios e Economia, p. B 1).

Por outro lado, a atenuação da rigidez, a simplificação das leis e instituições trabalhistas e a diminuição dos encargos trabalhistas sobre os salários aparecem como medidas nacionais que, realizadas de forma coerente, contribuirão para que novos empregos sejam criados.

Assim como se impõem soluções tecnologia e capital dos países avançados freqüentemente, também se importam soluções sociais para o Terceiro Mundo, mesmo quando os problemas não são os mesmos.

Esse processo de difusão das leis trabalhistas no Terceiro Mundo, nelas incluídas as de Previdência Social, pode explicar o paradoxo de existirem classes trabalhadoras que ainda dependem de uma produção de subsistência direta para sobreviver, convivendo junto a Ministérios, Tribunais e Juízes para fazê-las cumprir. Essas leis aliadas à burocracia têm conseqüências na realidade social e estas conseqüências diferem daquelas que seus róseos preâmbulos levariam a supor.

A dificuldade básica da aplicação da legislação protetora do Terceiro Mundo é a existência de uma grande massa de mão-de-obra excedente, nem toda ela sem qualificação. Empresas modernas se confrontam com um dilema entre cumprir a aparatosa regulamentação e serem assoberbadas com leis, regulamentações, convenções custosas e inflexíveis, ou tentar contorná-las com a chance de lucros extras. Uma vez que uma empresa "drible" as outras precisam fazer o mesmo.

As pressões da competição geralmente levam as empresas a se decidirem pela combinação das duas práticas; a situação tende a se estabilizar num arranjo trabalhista misto, no qual as empresas observam o mínimo necessário da legislação de modo a evitar sanções governamentais ou denúncias públicas, recorrendo a formas alternativas flexíveis, tais como subcontratações, trabalhadores assalariados "disfarçados", que trabalham para empresas modernas sem serem por elas formalmente contratados.

A estratégia do desenvolvimento voltada para a exportação encoraja esse processo de desobediência às leis. Veja-se o que aconteceu com a indústria exportadora de couro do Uruguai onde o governo concordou em manter nas fábricas os aspectos menos especializados e custosos e subempreitar o restante para os

artesãos. As ZEPs (Zonas Especiais de Produção) são outro exemplo de estímulo da economia de exportação. Localizadas longe dos sindicatos, nelas não se aplica nem a legislação trabalhista, nem a tributária.

No Brasil, México e Peru, sindicatos independentes e poderosos representam o setor protegido da classe trabalhadora. Embora com retórica populista e até radical, a verdade é que representam apenas uma fração mais bem remunerada e mais estável da classe trabalhadora, ao lado da qual trabalha o grande proletariado desprotegido, empregado em oficinas artesanais, pequenas empresas que, ou estão isentas legalmente da legislação trabalhista, ou simplesmente não a observam.

Esse proletariado está ligado por vínculos ocultos às empresas do setor moderno. A América Latina é um bom exemplo, porque é uma região que vivenciou um desenvolvimento industrial rápido e ininterrupto, desde o após-guerra até 1980.

VI Desregulamentação.

Nos países da América Latina é impressionante o peso que tem a lei e a presença da autoridade pública.

O direito do trabalho nos diversos países é, na verdade, o resultado de uma técnica intervencionista ou regulamentadora que invade todos os aspectos das relações trabalhistas.

Se analisarmos os métodos de composição dos conflitos de trabalho, o estupor é, todavia, maior. Parece muito difícil descobrir espaços nos quais a autonomia coletiva pode expressar-se livremente, sem a presença do legislador demasiadamente preocupado em garantir ao país a racionalidade social através de variadas técnicas de composição dos mesmos.

O controle das tensões é, na verdade, não só social mas também público; as organizações sindicais, a negociação coletiva e a autotutela coletiva nos países latino-americanos, à exceção do Uruguai, têm conhecido historicamente um continuado processo de juridificação da vida coletiva. Essa atitude também se produz no setor das relações individuais.

A desregulamentação tem conhecido mudanças mas estas não constituem um curso linear no Brasil, pois, nos mesmos textos, normas flexibilizadoras coabitam com outras, que estendem ou ampliam as normas protetoras.

A nota que tem em muitos casos permitido no aranzel da legislação vigente a convivência entre empregados e empregadores é a de que a extensa legislação não é eficaz em todo o território nacional, nem em todas as regiões que guardam, entre si, grandes diferenças.

Essa falta de efetividade das normas trabalhistas não é privilégio nosso já que a Convenção Trabalhista da América do Norte, México e Canadá, de 1993 (sigla - NAFTA), que complementa o Tratado de Livre Comércio da Região, tem como um dos seus objetivos "*promover a observância da aplicação efetiva da legislação trabalhista*" (vide art. 1º "f" da Convenção) para a melhoria das condições de trabalho e de vida. A melhor proteção outorgada pelas normas legais pode assim ser uma vantagem puramente formal.

Esse desordenado crescimento das leis trabalhistas, em detrimento dos espaços dentro dos quais deveria evoluir a negociação coletiva, torna inadiável a tarefa de rever e modernizar a legislação brasileira.

A modernização implica na redefinição do papel do Estado como única e exclusiva fonte formal do Direito do Trabalho.

Os caminhos possíveis da modernização, que impõem tanto a simplificação das leis e instituições trabalhistas e como as readaptações mais urgentes, podem ser considerados à luz dos exemplos internacionais que devem ser refletidos. Mostram eles caminhos já palmilhados, que permitem avaliar os resultados alcançados.

Os novos princípios informadores do Direito do Trabalho passam pela revisão dessa centralização obsoleta do sistema de relações do trabalho no Estado e pela revisão da priorização dos interesses de classe em detrimento do bem-comum. Assim, no lugar do corporativismo a autonomia privada coletiva. O Estado, como fonte exclusiva do direito, é substituído pelo pluralismo jurídico que reconhece as fontes não-estatais do Direito do Trabalho.

As relações coletivas são prioritárias. Não foi por outra razão que a Comissão de Modernização das Leis do Trabalho, a que tive a honra de pertencer, preconizava erigir, como fonte do direito, a convenção ou acordo coletivo elevados ao mesmo nível da lei. Dessa forma, as leis reformuladas e restritas aos princípios gerais de proteção, hoje direitos humanos, prevalecerá no caso concreto se não houver convenção ou acordo coletivo.

A negociação coletiva deve ser o braço principal de adaptação do Direito do Trabalho às novas realidades.

VII Soluções e alternativas.

Preliminarmente, o que se impõe é a reflexão sobre cada um dos tópicos considerados.

Não dispomos de uma teoria geral de simplificação das leis e instituições, nem são conhecidos rumos ótimos ou metas infalíveis para a economia em transição. É que nestas, as mudanças no mercado de bens, o fator monetário e os fluxos internos de produtos formam uma frente ampla.

É preciso coordenar de maneira coerente e simultânea a globalização, a modernização e a flexibilização com essa frente ampla, pois a atenção concentrada somente no mercado de trabalho poderá não alcançar resultados claros.

A tarefa difícil é encontrar um sutil equilíbrio entre a estabilidade social e o grau adequado de reestruturação econômica. Nesse passo a rede adequada da Previdência Social, cuja reforma é prioritária, constitui poderoso instrumento para manter o consenso social, num momento de desemprego e desmantelamento dos antigos dispositivos da Previdência Social.

A simplificação das leis e instituições trabalhistas, com diminuição dos encargos decorrentes da complexa estrutura atual, constituem aperfeiçoamento que o recente acordo político com a Força Sindical sobre contrato especial de trabalho mostrou ser de interesse, notadamente dos trabalhadores que querem trabalhar, talvez pensando que *é melhor salário mais baixo do que salário zero*.

A aludida aliança entre empregadores e empregados deverá, portanto, ser conduzida pelo sutil equilíbrio existente entre as exigências da nova estrutura de produção, o esforço de formação e readaptação profissional e a qualidade do trabalho.

Não se pode esquecer um aspecto eminentemente positivo que é o da possibilidade de novos empregos e oportunidades de trabalho criadas pela modernização da economia.

Ter como meta política o *Pleno Emprego* responde a uma exigência social e moral, de vez que o desemprego ocasiona prejuízos não-só de ordem econômica, mas sobretudo na vida social comunitária, com a desestabilização do casamento, da saúde física e do equilíbrio emocional individual, familiar e coletivo.

Um compromisso renovado dos governos com o conceito de pleno emprego, acompanhado de uma taxa de crescimento global sustentado superior a 3,5%, poderia, segundo a OIT, contribuir para resolver a crise conforme o relatório, o pleno emprego *"não é ultrapassado"*, mas *"ainda viável e extremamente desejável"*

São Paulo, fevereiro de 1997.

MEDICINA FORENSE

CONCEITO MÉDICO-FORENSE DE MORTE

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos

Professora Associada do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do
Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O ser humano seja ele um homem, uma mulher, ou uma criança, é formado por dois intrincados componentes, porém, conceitualmente distintos: a entidade biológica e a pessoa. Por isso, costuma-se afirmar que o ser humano pode ter mais de uma morte: a denominada morte biológica e a morte jurídica. A morte biológica é a cessação de todos os processos biológicos e constitui uma irreversível perda de toda a unidade biológica. As razões para termos distintos critérios de morte são as de diagnosticar a morte e as de pronunciar uma pessoa morta. A sociedade poderá, então, realizar suas cerimônias fúnebres, seus ritos religiosos, funerais, etc., aceitando a chamada morte biológica. Os bens e propriedades são distribuídos, os seguros reclamados, a sucessão tem lugar, bem como os demais procedimentos legais. Também o transplante de órgãos pode ocorrer, o que implica em difíceis e complexas decisões bioéticas. O critério de Havard, de 1968, estabeleceu como critério de morte, a morte encefálica. Atualmente, existem várias controvérsias sobre esse critério.

Abstract:

An human being is a man, woman, or child who is a composite of two intricately related but conceptually distinguishable components: the biological entity and the person. Therefore, human beings can suffer more than one death: a biological death and decay, and another death. Biological death is a cessation of process of biological synthesis and replication, and is an irreversible loss of integration of biological units. The reasons for having criteria for death are to diagnose death and pronounce a person death. Society can then begin to engage in grief, religious rites, funerals and accept biological death. Wills can be read, property distributed, insurance claimed, succession can take place, and legal proceedings can begin. Also, organ donation can take place, which entails difficult bioethical decisions. The Harvard criteria of 1968 were devised to set forth brain –death criteria with whole brain death in mind. Currently, there are several controversies regarding these criteria

Unitermos: entidade biológica; pessoa; morte biológica; morte jurídica.

Sumário:

Introdução.

1. O problema do conceito.
2. Conceito jurídico de morte.
3. Conceito médico-jurídico de morte.
4. Tanatologia. Critérios de morte.
5. Perspectiva histórica.
6. Classificação médico-legal das formas de morte.
7. Fenômenos cadavéricos.
8. Morte rápida ou súbita e morte lenta.
9. Morte natural.
10. Morte violenta.
11. Morte suspeita.
12. Morte sem assistência. Diagnóstico de morte. Morte encefálica. Legislação aplicável.

Conclusões.

Introdução.

A morte do homem como destino final e inexorável transcende o mero processo biológico para levantar importantes repercussões. A mensagem da ressuscitação da morte é relevante para notarmos que a vida e a morte são interdependentes: existem de forma simultânea e não-consecutiva. Os estóicos diziam que *"a morte é o fato mais importante da vida"*; e entre os romanos Cícero, proclamava que: *"Filosofar é preparar-se para a morte"* e para Seneca *"ninguém desfruta o verdadeiro gosto para a vida, até que esteja pronto para abandoná-la"* Santo Agostinho expressou a mesma idéia: *"O verdadeiro ser do homem nasce para a morte"*.

O limite biológico entre a vida e a morte pode ser preciso, mas do ponto de vista psicológico ambas se fundem. A morte é um fato da vida e não o seu último momento. *Morremos desde o nascimento, o final está presente desde o princípio. Ela é incomparável.* Martin Heidegger (1926) e Jasper (que posteriormente denominou-a de situação limite), afirmavam ser *"a condição que nos permite viver a vida de maneira autêntica"* Freud acreditava que a transitoriedade

da vida aumenta o desfrute que experimentamos com a morte. Sustentou, ainda, que possuímos dentro de nós um instinto voltado para a vida (instinto de vida Eros) e um instinto voltado para a morte (instinto de morte - Tanatos). Mostramos uma patente inclinação a prescindir da morte, a eliminá-la da vida. Tentamos silenciá-la, medicalizá-la, evangelizá-la, legalizá-la e enquanto pudermos continuaremos sendo meros espectadores. Ninguém crê na própria morte.

A morte possui riquíssima importância no sentido de nossa existência: sabemos que somos mortais mas, somos beneficiados pelo desconhecimento do momento de nossa morte; em decorrência, lança-mô-la no indefinido, ou seja, no infinito e, em consequência, vivemos como se fôssemos imortais... - sabendo que não o somos. Qualquer aproximação da morte determina substanciais alterações no sentido de nossas vidas. Da mesma forma, a capacidade humana para a virtualidade, isto é, a capacidade de transformar o espaço-tempo real em espaço-tempo subjetivo, proporciona que, com o passar da idade, progressivamente, vamos lançando a velhice e a morte cada vez mais para a frente; caso contrário, viver transformar-se-ia em esperar a morte.

Seria simples continuarmos enumerando citações sobre a morte. Somos criaturas mortais que conhecemos nossa mortalidade, porque possuímos uma consciência de nós mesmos. Negar a morte a qualquer nível é negar a natureza básica do homem. O nosso medo de morrer é permanente e de tal magnitude que uma parte de nossa energia vital é consumida na tarefa de negar a morte. O homem constantemente busca transcendê-la. A *personalidade* do homem está inseparavelmente conectada à sua unidade (corpo e alma ou consciência).

Perante a lei, os médicos devem firmar um atestado de óbito, ou uma declaração de óbito. Para o professor dr. Marco Segre (*Compêndio de Medicina Legal*, 1987), escrito em co-autoria com o dr. Hilário Veiga de Carvalho e outros, "*o atestado de óbito tem por finalidade certificar a existência da morte e registrar a sua causa, quer do ponto de vista médico, quer de eventuais aplicações jurídicas - para permitir o diagnóstico da causa jurídica do óbito: seja o homicídio, o suicídio, acidente ou a morte chamada natural*"

Por vezes, as coisas mais simples e óbvias são as mais difíceis de *conceituar* e definir. É o que acontece com a morte, sempre rodeada de incertezas, dúvidas, temores e superstições. Trata-se de um fenômeno complexo que pode ser analisado sob diferentes ângulos: como fenômeno social, histórico, biológico, antropológico, bioético, religioso, cultural, médico e legal. Nas últimas décadas, os

estudiosos de *Bioética* tem se esforçado no sentido de clarificar, do ponto de vista técnico-científico, este tão-delicado momento.

Dada a magnitude do tema escolhido optamos por abordarmos especificamente uma proposta de reforma conceitual da morte, tendo em vista que os problemas médico-legais hoje existentes *são questões conceituais*, mais do que técnicas.

1. O problema do conceito.

A palavra "conceito", "concepto", "concepção", "conceição" envolve um juízo filosófico e lógico. Kant estabelecia o conceito como algo idealizado, gerado, concebido, convencionado.

Ensina o professor doutor Marcos de Almeida, em seu trabalho: *Morte: uma nova proposta de reforma conceitual*, que, "em filosofia, a palavra 'conceito' (da qual concepção é a equivalente mais antiga), é extensamente empregada. Na realidade é tão-conveniente a ponto de ser quase indispensável, apesar de seu uso algumas vezes ter suscitado dificuldades... Um aspecto proeminente do processo do pensamento humano é a utilização da abstração, em que categorias generalizadas são utilizadas para representar uma diversidade de objetos particulares e eventos. As idéias gerais para classes de itens são designadas *conceitos* e o processo pelo qual alguém vem dar a resposta comum (geralmente um nome), a uma classe geral de coisas que, apesar de diferir nos detalhes, tem certas características comuns, é chamado *formação de conceitos*. Diferentemente do conceito de doença, o conceito de morte não pode ser determinado *exclusivamente* pelo critério biológico. Isto pelo fato de que está relacionado com as crenças filosóficas mais gerais relativas ao significado da vida e da morte. O conceito de morte envolve necessariamente um julgamento filosófico de que ocorreu uma alteração muito importante e significativa, o que pressupõe uma idéia de *condições indispensáveis de vida*"

2. Conceito Jurídico de Morte.

Em Hermenêutica Jurídica o conceito de morte é um *conceito aberto*, assim considerado porque seus elementos constitutivos são dados pela ciência médica, mas sua interpretação é jurídica.

O conceito de morte interessando às diversas ciências biológicas, médicas, jurídicas e sociais, está longe de ter um consenso do momento real de sua ocorrência. Assim sendo, o Direito não define o que seja a morte, nem o que seja a vida. É preciso, porém, fazermos uma distinção entre a *morte*, o *morrer* e o *morto*.

3. Conceito Médico-Jurídico de Morte.

O professor dr. Irany Novah Moraes em seu artigo "A morte vista do espelho" (*Jornal da USP*, 3 a 9 de março de 1997, p. 2) afirma que a morte nunca é instantânea, há um intervalo de tempo entre a instalação e a sua consumação. *"Tratando-se de processo evolutivo, pode-se distinguir a morte do morrer. Enquanto ela é o final da vida, este é a sua progressão no organismo. Tal período é conhecido como agonia e temido pelo sofrimento que geralmente o acompanha. A essência da morte está na ativação da catepsina, ocorrida pela ausência de oxigênio, ou seja, pela anóxia. A diminuição de oxigênio determina autólise, ou seja, sua autodigestão e, assim, a morte. Inicialmente, morre a célula, depois o tecido e, a seguir, o órgão; trata-se de um fenômeno em cascata. Estabelecido o processo, ele pode atingir os órgãos, dos quais depende a vida do indivíduo, os chamados órgãos vitais. Desta forma, desencadeia-se a parada da respiração, do coração, da circulação e do cérebro"*

O organismo se mantém vivo à custa da morte de milhões de células que se renovam constantemente *num processo vital de contínuo equilíbrio*.

É que a morte, observada desde o ponto de vista biológico, e atentando-se para a corpo, como um todo, não é um fato único e instantâneo, é antes o resultado de uma série de processos, de uma transição gradual. Com efeito, levando-se em consideração a diferente resistência vital das células, tecidos, órgãos e sistemas, que integram o corpo à privação de oxigênio, forçoso é admitir que a morte é um verdadeiro "processo incoativo" que passa por diversos estágios no devir do

tempo. A Medicina Legal, segundo Derobert (Signes et Diagnostic de la mort, in: *Médecine Légale*, pp. 155/161) adotou uma etapa desse processo como seu *critério* de morte, o conceito tradicional da chamada *morte clínica*. Até pouco tempo uma das grandes questões era poder determinar se uma pessoa, realmente, estava morta ou se encontrava em um estado de *morte aparente*. Tudo isto visando evitar a inumação precipitada. O fato assumiu tal importância que chegou a influenciar os legisladores que colocaram na legislação prazos mínimos para a implementação de certos procedimentos como a necropsia e o sepultamento.

4. Tanatologia.

O professor doutor Moacyr da Silva em seu *Compêndio de Odontologia Legal*, recentemente editado nos ensina que "Tanatologia" provém do termo grego *thánatos*, morte, e *logia*, ciência, significando a ciência que estuda a morte e os fenômenos a ela relacionados.

Thanatos era um deus grego, irmão de *Hipnos*, deus do sono, em cujas asas as pessoas eram levadas. O que observamos em comum entre eles é o estado de inconsciência apresentado, tanto no sono, quanto na morte.

Na mitologia a *morte* aparece como a figura de uma caveira encapuçada com um manto negro, trazendo nas mãos uma foice com a qual pretende ceifar a vida das pessoas. Os pintores a retratam sob diferentes ângulos, desde o século XVI até o barroco alemão e espanhol. É famoso o quadro em que uma jovem ao olhar-se no espelho, é surpreendida pelo reflexo de um casal de idosos que se encontra às suas costas, cuja imagem, é vista como duas caveiras.

Hoje essa macabra figura foi, segundo Steven Miles, David C. Thomas e Thomasine Kushner (*Birth to Death. Science and Bioethics*, 1996), substituída pelo moderno e técnico *relógio da morte*. Isto ocorre porque o complexo médico legal de sua determinação é um dilema e não um sintoma. O curso e as condutas utilizadas para a sua constatação são largamente determinadas pelas leis. A morte não é mais um conceito fácil de se construir.

A afirmação de que um indivíduo está vivo ou morto, depende do entendimento que se tenha desse conceito de morte. O conceito pode variar segundo diferentes culturas, religiões ou enfoques científicos. Entendemos que, qualquer mudança na definição do conceito de morte traz consigo mudanças correspondentes

aos *critérios e provas diagnósticas do estado de morte*. Estes critérios só podem ter um verdadeiro significado se derivarem de um conceito apropriado e inequívoco. É preciso evitar a anômala situação em que: segundo alguns critérios estaria o indivíduo morto; e vivo, de acordo com outros critérios.

Critérios de Morte:

Em Medicina se estabelecem critérios que definem a morte. Critérios, segundo o professor titular doutor Marcos de Almeida, só tem significado, se se pode demonstrá-los como "*logicamente derivados do conceito apropriado de morte*". É portanto sem sentido, usar critérios "flutuantes" que não sejam derivados de um conceito de morte definido. Somente um conceito que especifique a perda irreversível de certas funções (devidas à destruição do substrato anatômico), podem evitar situações anômalas de um paciente estar vivo por um critério e, ao mesmo tempo, morto por outro... A definição médica e legal da morte mudou, há menos de trinta anos, da parada da função cardiorrespiratória, para a chamada morte neurológica. Embora estas alterações tenham sido sancionadas pela maioria das autoridades médicas e jurídicas, persiste um clima de muita controvérsia, reflexo do desarranjo conceitual da literatura sobre o que se deva entender por morte.

Em matéria de conhecimento diz, Rubens Limongi França (*O conceito de morte, diante do Direito ao Transplante e do Direito Hereditário*, RT 717, 1995), *tudo é impreciso e provisório, sub censura e sub conditione*. Louvando-se nos professores Almeida Júnior e Costa Júnior (*Lições de Medicina Legal*, 1978), lê-se que morte "*é o estado do ser humano, quando já não pode sobreviver por suas próprias energias, cessados os recursos médicos por um tempo suficiente*". Conforme ainda a lição desses mestres. "*isso se evidencia, averiguado o silêncio cerebral e concomitantemente, a parada respiratória em caráter definitivo*". Trata-se de um conceito dito "tradicional de morte" e como se pode aquinhoar, existem aí elementos relevantes que cumpre ressaltar, para melhor compreensão crítica da matéria.

Ab initio, parece-nos que a morte, é a desintegração do dinamismo vital, psicológico; sociológico e cultural do indivíduo humano, em Direito denominado *Pessoa* (do latim *persona, ae*) de modo total e irreversível. Ou como diz Daniel Callahan: "*There is nothing more that can be done*". A morte da pessoa e a morte médica precisam ocorrer juntas, a dignidade da pessoa humana deve ser preservada.

Colocação de Problema:

Término da Pessoa

"Entendendo-se que a existência da pessoa natural termina com a morte, tem-se que admitir que o morto não é pessoa e sim coisa" (França: 1992), o que não dispensa o nosso respeito, nossa piedade e nossa reverência, trata-se, não-obstante, de "coisa fora do comércio". O morto, *CAro DATA VERmibus*: cadáver, carne dada aos vermes; em sentido mais restrito, o corpo morto. *A Tanatologia Forense* é especificação legal dessa ciência. Para não adentrarmos de maneira menos oportuna todo o cipoal desses variados aspectos da matéria, havemos por bem examinar como a história da ciência médica e jurídica considera a morte e se o conceito de morte deverá ser o mesmo para ambas.

5. Perspectiva Histórica.

A primeira definição clássica dos signos do falecimento no ser humano se deve a Hipócrates (500 a.C., in: *DE MORBIS*, segundo livro, seção 5), onde descreve as modificações do rosto no período imediato *post mortem*, de cuja descrição ficou conhecida a expressão "*facies hipocrática*". Para os gregos a morte era determinada pela parada cardíaca. Não-obstante, Hipócrates já atribuisse a razão, a emoção e a sensação ao cérebro, era o coração o indicador de vida ou morte.

Para a tradição judaico-cristã, era o pulmão o indicador do critério de morte. A pessoa estava morta quando exalava o último suspiro (pneuma).

Para eles a vida humana é sagrada e o seu término prematuro é inaceitável. Um segundo de vida é tido como equivalente a cem anos de vida.

No século XVII, encontramos a primeira definição científica de morte com Marie François-Xavier Bichat (*Recherche sur la vie et la mort, Paris*), que afirmava ser a morte um processo cronológico que conduz a uma catástrofe fisiológica. Para o autor não existe o instante da morte, mesmo que seja identificado com a cessação dos batimentos cardíacos, ou com a ausência de movimentos respiratórios (o último suspiro), ou de destruição traumática do sistema nervoso central. Desde então ficou conhecida a denominada *trípode de Bichat*, em que as funções vitais do organismo humano são sustentadas pelo coração, pulmão e cérebro. O homem está morto quando está morta a trípode vital íntima, correlativa e

reciprocamente vicariante, Bichat já distinguia "a vida orgânica" da vida "animal", ou, sensação e vontade do cérebro.

Grande parte do impulso para o estudo dos signos de morte basearam-se na pressão social que exigia respostas fiáveis e válidas ao problema do diagnóstico de morte. Em 1742 Bruhier publicou a obra, *Les incertudes des signes de la mort et le abus des enterrements et des embaussements precipités*, recolhendo 189 casos de supostos enterramentos em vida. Foram criadas em 1793, na Alemanha e Itália, as chamadas câmaras mortuárias de espera. A Academia da França decidiu em 1837 estabelecer um prêmio aos trabalhos consagrados a esse tema. O prêmio foi obtido por Bouchut, com seu *Traité des signes de la mort et des moyens de prévenir les enterrements prématures* (1849). Hoje os prazos exigidos pela maioria das legislações, inclusive a nossa, é no mínimo de 24 horas para se efetivar as inumações. O regulamento dos cemitérios do Município de São Paulo Ato n. 326 de 21.3.32, registra em seu art. 16 que:

"Art. 16 Os enterramentos não podem, como regra, ser feitos antes de 24 horas do falecimento, salvo em casos especiais de moléstias contagiosas ou epidemias, ou ainda, se o cadáver apresentar sinais inequívocos de princípio de putrefação"

Quando a *praxis* médica e a teoria jurídica tentaram fixar o processo de falecimento, simbolizado pela morte, ficou claro que o desaparecimento da função circulatória e respiratória de forma definitiva, era o signo inconfundível da não-possibilidade de um "retorno à vida". Deste modo, acreditou-se encontrar um limite final juridicamente praticável da proteção da vida, que correspondia ao estado das possibilidades médicas de então. Com o desenvolvimento das modernas técnicas de reanimação e com a possibilidade de ressuscitação da atividade do coração e pulmão, surgiram objeções contra o conceito clássico de morte. É digno notarmos que este conceito não-fracassou, apenas a *reversibilidade do processo* se enriqueceu. A objeção decisiva contra o chamado conceito clássico de morte, acha-se em outro âmbito. As distintas células do corpo humano têm "um tempo de reanimação diferente" isto é, o período de sobrevivência sem o afluxo de sangue oxigenado é consideravelmente diverso segundo as diferentes espécies de células. Por exemplo, o cérebro morre dentro de três a quatro minutos na falta da circulação (exceção feita em crianças recém-nascidas ou muito pequenas, cujo tempo pode ser de oito a

quinze minutos). Outros órgãos, como o fígado e rins, sobrevivem de trinta minutos até uma hora e meia; as córneas em até seis horas, os espermatozóides em até dois dias. No encéfalo os danos são irreparáveis. Após um tempo, mais ou menos largo todas as atividades vitais cessam.

A evolução da Medicina e os avanços tecnológicos apresentam, no momento atual, novos problemas, novos temores e dúvidas, como ocorre com o diagnóstico de *morte encefálica*.

Uma vez que a morte é um fenômeno complexo, os critérios para sua determinação podem ser mais ou menos aplicáveis a um determinado campo das ciências médicas, jurídicas e sociais. Em Medicina Legal, podemos fazer uma classificação de suas formas, *pela sua certeza* (real e aparente); *pela sua rapidez* (lenta e rápida); *por sua causa* (natural, violenta, compreendendo o *suicídio*, *homicídio* e os *acidentes*, e *duvidosa* compreendendo a morte súbita, sem assistência e suspeita).

6. Classificação Médico Legal das Formas de Morte.

A morte não é um ponto final na existência humana, mas um elemento constitutivo dela. Situa-se mesmo, no fio direto da *evolução humana*. É essencial compreender a morte como um processo que, dependendo da intensidade e qualidade da agressão que a desencadeia, terá uma duração diferente, porque está constituída por uma sucessão evolutiva de fases de desestruturação progressiva do funcionamento integrado do organismo como unidade biológica. Estas fases não estão definidas claramente em seus limites, mas se confundem entre si, sem solução de continuidade, não se podendo precisar quando acaba uma fase e começa outra.

No trânsito da vida para a morte, do organismo como um todo, podemos reconhecer estágios intermediários concorrentes ou sucessivos, conforme o caso.

a. *Morte aparente* segundo Thoinot (1913), pode ser definida como um estado transitório em que as funções "aparentemente" estão abolidas, em consequência de uma doença ou entidade mórbida que simula a morte. Nestes casos que também podem ser provocados por acidentes ou pelo uso abusivo de substâncias depressoras do sistema nervoso central, a temperatura pode cair sensivelmente e ocorre um rebaixamento das funções cardiorrespiratórias de tal ordem que oferecem, ao simples

exame clínico, a aparência de morte real. É incontestável que a vida continua, porém seus sinais externos são imperceptíveis. Há perda de consciência, imobilidade, insensibilidade, ausência aparente de respiração, ausência de circulação, midríase paralítica. A duração deste estado aguçou a curiosidade dos pesquisadores, indo desde alguns minutos até dias. Sua causa é variada, podendo ser sincopal (perturbações encefálicas, metabólicas, cardiovascular, vascular central, etc.); histérica (letargia e catalepsia); asfíctica (mecânica e não-mecânica); tóxica (por utilização de morfina ou heroína em doses tóxicas, por anestesia,...); apopléctica; traumática; elétrica; térmica; e por causas gerais (segundo Vibert - 1900) a morte aparente pode ser observada em formas terminais de cólera e em algumas formas de epilepsia.

b. *Morte relativa* quando ocorre parada efetiva e duradoura das funções nervosas, respiratórias e circulatórias. É possível, porém a reanimação com manobras terapêuticas extraordinárias. É para Gisbert Calabuig, J.A. (*Medicina legal y toxicologia*, 1994, 4ª ed.) "*um prolongamento da agonia*"

c. *Morte intermediária* - é a extinção progressiva das atividades biológicas, sem que seja possível, de qualquer forma, recuperar a vida do organismo de forma unitária.

d. *Morte absoluta* - esta fase corresponde ao desaparecimento de toda a atividade biológica referida ao organismo primitivo.

Estas fases não estão definidas claramente em seus limites, mas para Luna Maldonado (*Diagnóstico de la muerte cierta*, 1994) se sobrepõem umas as outras, sem solução de continuidade, razão pela qual não se pode precisar quando acaba uma fase e começa outra.

Acerca do processo de morte existem várias possibilidades diagnósticas, dependendo do *momento* em que se queira estabelecer o diagnóstico (*Time Factor*). Ao nos aproximarmos do *hipotético* ponto de *não-retorno*, em função das *circunstâncias* do caso, chegamos ao chamado estado de morte absoluta ou real, cujo diagnóstico será feito na presença de signos de morte derivados dos fenômenos cadavéricos.

7. Fenômenos Cadavéricos.

Já C. Simonin (*Medicina Legal Judicial*) afirmava que: "*para o médico legista, o cadáver é o testemunho mudo de um fato judicial ou banal. Este apresenta no corpo, ou nas vísceras, vestígios reveladores que permitem 'fazê-lo falar'*" Suas investigações compreendem estudos importantes sobre fenômenos cadavéricos, levantamento do cadáver, sua identificação, casos de morte súbita, ou agônica, ..., que exigem técnicas particulares de ordem anatômica, física, toxicológica, biológica.

- A manutenção da vida exige um equilíbrio biológico e físico-químico - químico; a morte é o resultado da ruptura desse equilíbrio. O corpo, inerte, sofre ações de ordem física, química e microbiana que determina os chamados fenômenos cadavéricos.

Para se verificar a certeza da morte, é necessária a observação cuidadosa desses fenômenos que, Borri metodicamente divide em: a. Fenômenos Abióticos, Avitais, ou Vitais negativos e b. Fenômenos Transformativos ou de positivação da morte.

a. *Fenômenos abióticos*, por sua vez, se dividem em imediatos e consecutivos. Alguns desses sinais isoladamente não tem valor absoluto.

Fenômenos Abióticos Imediatos:

- *Perda da consciência.*
- *Perda da sensibilidade.*, estão abolidas as sensações táteis, térmicas e dolorosas. Cessa a sensibilidade geral e especial.
- *Abolição da motilidade e do tono muscular.* A "*fácies hipocrática*" pode ser observada: presença de "fronte enrugada e árida, olhos fundos, nariz afilado com orla escura, têmporas deprimidas, vazias e enrugadas, maçãs deprimidas, queixo enrugado e seco, pele seca e lívida, cílios e pêlos do nariz e das orelhas semeados por poeira brancacenta, semblante carregado e desconhecido"
- *Cessação da respiração.* Pode ser evidenciada pela ausculta pulmonar com ausência de murmúrios vesiculares. Uma prática antiga consistia em colocar um espelho diante da boca e do nariz e, em caso de embaciamento, admitia-se o sinal

de vida. Era uso também a aproximação de uma vela acesa; são processos de pouco valor no diagnóstico de certeza da morte.

- *Cessaçãõ da circulação.* A ausculta do coração (*senal de Bouchut*), a eletrocardiografia são elementos preciosos na caracterização do fenômeno da morte. Surgem no globo ocular modificações várias determinadas pela parada da circulação, dilatação das pupilas ou midríase paralítica, causada pelo relaxamento do pilóculo da íris.

Fenômenos Abióticos Consecutivos:

Diferentemente dos sinais abióticos imediatos que surgem no próprio instante do óbito, os sinais mediatos ou consecutivos, que vão se instalando progressivamente, de maneira paulatina, podendo ser verificados somente após transcorrido um certo tempo.

- *Desidratação.* O cadáver sujeito às leis físicas sofre a evaporação tegumentar, que se traduz por: *decréscimo de peso*, (mais acentuado nos fetos e recém-nascidos, alcançando até 8g por quilograma de peso em um dia, somados nas primeiras horas). Deve-se levar em conta que este fenômeno varia de indivíduo para indivíduo, de acordo com o tipo de morte e variações ambientais. *Pergaminhamento da pele* - por efeito da evaporação tegumentar, a pele se desseca, endurece e torna-se sonora à percussão. *Dessecação das mucosas dos lábios* - principalmente nos cadáveres de recém-nascidos e de crianças, a mucosa dos lábios sofre desidratação, tornando-se dura e de tonalidade pardacenta. *Achatamento do globo ocular*, formação de tela viscosa, perda da tensão do globo ocular; *perda da transparência da córnea*; *mancha negra da esclerótica* *senal de Sommer e Larcher*. A córnea, poucas horas depois da morte, perde sua transparência e se torna turva.
- *Esfriamento do corpo (equilíbrio térmico).* Com a morte, a tendência do corpo é equilibrar sua temperatura com o meio ambiente. A renovação do ar e a temperatura ambiente roubam calor, influenciando na marcha do esfriamento do cadáver. Na prática, esse esfriamento paulatino não segue uma curva assintótica, se inicia com um pequeno platô, durante o qual o declínio térmico é mínimo. Quatro mecanismos físicos contribuem para processar a perda de calor do corpo: convecção, radiação, condução e evaporação. Quanto maior for o panículo

adiposo do cadáver, mais resistência oferece à baixa temperatura. Crianças e velhos esfriam mais facilmente que os adultos. Roupas e ambientes fechados proporcionam resfriamento mais lento do que outras circunstâncias. No morto as temperaturas axilar e retal diferem de 2° a 5° C, entre duas a doze horas após a morte. O resfriamento é lento até três horas após a morte, rápido nas próximas seis horas e, em seguida, lento novamente (Arbenz). Em ambiente de 24°C, o equilíbrio se estabelece dentro de aproximadamente 22 horas (Flamínio Fávero). A maior ou menor rapidez de esfriamento depende de vários fatores: idade, constituição, *causa-mortis*, vestes, umidade, temperatura ambiente, hipotermia, etc.

- *Hipóstases*. É o fenômeno pós-mortal da deposição do sangue nas partes declivosas do cadáver por força da atuação da gravidade. Destarte, o sangue acaba acumulando-se, por congestão passiva, naquelas regiões que, pelas eventuais circunstâncias do momento ocupam a posição mais declive. Isto tanto é válido para a pele, quanto para os órgãos internos. Ao exame externo se evidencia, de vinte a trinta minutos após a morte, sob a forma de um fino pontilhado arroxeadado denominado sugilação hipostática. Aos poucos, este fino pontilhado transforma-se em manchas maiores, de coloração cada vez mais escura, atingindo o máximo de intensidade e extensão por volta de 12 a 15 horas após o óbito. Sua fixação se dá entre oito a doze horas. Mudado o cadáver da posição em que primitivamente se encontrava, as manchas hipostáticas também se mudarão. Essa mudança não será total, deixando vestígios nas primitivas zonas de aparecimento. Este fenômeno é conhecido como *migração das hipóstases*. Ultrapassadas as primeiras dozes horas, as mudanças de posição do corpo não mais se acompanham de modificações na localização dos libores. Diz-se, então, que ocorreu a fixação das hipóstases. Nas hipóstases incidindo a pele e o tecido celular, observa-se o gotejamento do sangue dos vasos venosos. Sua lavagem torna o tecido branco. Nas equimoses, com esse procedimento, verifica-se o sangue infiltrado nos tecidos. As manchas de hipóstases viscerais encontram-se principalmente nos pulmões, rins, intestinos e encéfalo.
- *Rigidez cadavérica (rigor-mortis)*. É o fenômeno que alcança as massas musculares, determinando modificações químicas (ATP e estado de hidratação das fibras musculares). O tempo decorrido entre o decesso e o aparecimento das primeiras manifestações de rigidez cadavérica, muito embora possa ser variável,

gira em torno de duas horas. Inobstante, tempos menores ou maiores podem ser detectados, aceitando-se que o tempo mínimo é de trinta minutos. Obedecendo à chamada *Lei de Nysten* a rigidez cadavérica aparece na seguinte ordem: músculos mandibulares, do pescoço, do tórax, dos membros superiores, do abdome e dos membros inferiores. O seu desaparecimento, por sua vez, obedece à mesma ordem de seu aparecimento. Decorridas 36 horas do óbito, em média, o processo de resolução da rigidez, já se instalou e completou. A rigidez é, portanto, um fenômeno físico-químico num estado de contratura muscular, devido à ação dos produtos católitos do metabolismo, correspondente a uma situação de vida residual do tecido muscular. Sua importância médico-legal não se restringe apenas ao diagnóstico de morte, mas também à determinação da data da morte, embora esteja sujeita a exceções apresentadas por elementos extrínsecos e intrínsecos.

- *Espasmo cadavérico*. Caracteriza-se pela rigidez abrupta, generalizada e violenta, sem o relaxamento muscular que precede a rigidez comum, também chamada rigidez cadavérica cataléptica, estuária ou plástica. Os cadáveres guardam a posição em que foram surpreendidos pela morte.

b. *Fenômenos transformativos*: Podem ser de duas ordens: *destrutivos* (*autólise, putrefação e maceração*) e *conservadores* (*mumificação, saponificação e calcificação*)

- *Fenômenos destrutivos*. Ocorrendo a cessação da vida, desde logo começa a produzir-se a lise das células, seguida da decomposição dos tecidos e das transformações morfológicas do próprio corpo.

1. *Autólise*. Cessada a circulação, as células deixam de receber, pela corrente plasmática, novos elementos, prejudicando as trocas nutritivas e sofrendo, pela ação dos fermentos, a acidificação, dando início à decomposição. O meio vivo é neutro. No momento em que surge a mais leve acidez, a vida se torna impossível. Tal fenômeno é resultante da predominância de íons de H sobre os íons OH nos tecidos e líquidos dos cadáveres. A variação de PH dos tecidos é um sinal evidente de morte.

2. *Putrefação*. Após a autólise, começa a putrefação por fenômenos biológicos e físico-químicos provocados por germens aeróbicos, anaeróbicos e facultativos. É o intestino o ponto de partida da putrefação, com exceção dos recém-nascidos e fetos. Nestes a putrefação invade o cadáver por todas as cavidades do

corpo por via externa, principalmente pelas vias respiratórias. A marcha normal da putrefação varia conforme a ação de fatores intrínsecos (idade, *causa mortis*, constituição) e fatores extrínsecos (temperatura, aeração). A putrefação é mais rápida nos recém-nascidos e nas crianças do que nos adultos. A constituição física (os obesos se decompõem com mais rapidez), a idade, influências patológicas, a *causa mortis*, são condições que modificam a evolução da putrefação. A primeira manifestação objetiva e visível da putrefação é a chamada *mancha verde abdominal*. De ordinário aparece no abdome, iniciando-se pela fossa ilíaca direita. A localização na fossa ilíaca direita é explicada, devido ao fato de ser o ceco a parte mais dilatada e mais livre do intestino grosso e por ser o segmento que mais acumula maior quantidade de gases, se encontrando mais próximo da parede abdominal. A princípio tem uma extensão reduzida e sua cor é verde claro ou ligeiramente azulada. Daí difunde-se por todo o abdome, pelo tórax, cabeça e membros. Sua tonalidade vai escurecendo até atingir o verde enegrecido, dando ao cadáver um tom bastante escuro. Esta fase da putrefação é conhecida como a fase ou período *cromático*. Embora não haja uma rigorosa precisão, a putrefação segue uma determinada evolução, passando por quatro períodos: *período de coloração*; *período gasoso*; *período coliquativo* e *período de esqueletização*.

O *período de coloração ou cromático*, como vimos acima, inicia-se pela mancha verde abdominal. Nos afogados, o período de coloração começa pela cabeça e parte superior do tórax (devido à posição assumida pelo cadáver submerso).

No *período gasoso* do interior do corpo, vão surgindo os gases da putrefação, com bolhas na epiderme, de líquido hemoglobínico. O cadáver toma um aspecto gigantesco, principalmente na face, no abdome e nos órgãos genitais masculinos, dando-lhe a posição de lutador. Esses gases fazem pressão sobre o sangue que foge para a periferia e, pelo destacamento da epiderme, esboça na derme o desenho vascular conhecido como *circulação póstuma de Brouardel*. Sais de chumbo neutro evidenciam a presença desses gases.

Período coliquativo. Esta fase se manifesta pela dissolução pútrida do cadáver, cujas partes moles vão pouco a pouco reduzindo-se de volume pela desintegração progressiva dos tecidos. Surge um grande número de larvas e insetos nesta fase. Este período varia de acordo com as condições do corpo e do terreno, podendo ir de um a vários meses.

Período de esqueletização. A atuação do meio ambiente e dos elementos faz com que o cadáver se apresente com os ossos quase livres, presos

apenas pelos ligamentos articulares. Os ossos resistem por muito tempo, porém, vão perdendo pouco a pouco, sua estrutura habitual, tornando-se cada vez mais frágeis e leves.

3 *Maceração.* É um processo especial de transformação que sofre o cadáver do feto no útero materno, do sexto ao nono mês de gravidez. Esse fenômeno pode ser séptico, de acordo com as condições do meio onde o corpo permanece. Fetos retirados do útero *post mortem* sofrem maceração asséptica. Os cadáveres mantidos em meio líquido sob a ação de germes, como os afogados, marcham para a maceração séptica. Como característica, observa-se no cadáver, o destacamento de amplos retalhos de tegumentos cutâneos que se assemelham a luvas. A epiderme se destaca facilmente e pode até rasgar-se em grandes fragmentos. O corpo perde a consistência, o ventre se achata e os ossos se livram dos tecidos ficando como se estivessem soltos.

Fenômenos conservadores:

Saponificação ou adipocera. É um processo transformativo conservador que se caracteriza pela modificação do cadáver em substância de consistência untuosa, mole e quebradiça, de tonalidade amarela escura, dando uma aparência de cêra ou sabão. Surge depois de um estágio mais ou menos avançado de putrefação. É raro encontrar um cadáver totalmente transformado por esse fenômeno especial. Mais comum é encontrar um cadáver com pequenas partes ou segmentos limitados, constituídos em adipocera. Esse fenômeno pode surgir espontaneamente, sendo porém a água e o solo os responsáveis. A água estagnada e pouco corrente, o solo argiloso, úmido e de difícil acesso ao ar atmosférico facilitam o processo. Na adipocera, a análise química revela a presença de ácidos graxos: ácido palmítico, esteárico e em menor quantidade ácido olêico e sabões. Em cadáveres com pânículo adiposo farto esse fenômeno é mais comum.

Mumificação. Se, ao contrário, tivermos um cadáver de indivíduo magro, em ambiente seco, bem ventilado e quente, a sua dessecação será tão-intensa, que por falta de condições apropriadas, as bactérias não poderão sobreviver e secando completamente, o corpo se mumificará. A mumificação pode ser produzida de forma natural ou artificial. Nas mumificações artificiais, os corpos são submetidos a processos especiais de conservação e tais artifícios datam da mais remota época, através dos embalsamamentos. Na mumificação natural são necessárias condições particulares que garantem a desidratação rápida, de modo a impedir a ação

microbiana responsável pela putrefação. O cadáver mumificado apresenta reduzido em peso, pele dura, seca, enrugada e de tonalidade enegrecida. Os dentes e as unhas permanecem bem conservados. Já a cabeça fica diminuída de volume.

Calcificação. Caracteriza-se pela petrificação ou calcificação do corpo. Ocorre mais freqüentemente nos fetos mortos e retidos na cavidade uterina.

8. Morte Rápida ou Súbita e Morte Lenta.

A velocidade de instalação e ultimação do processo de morte poderá ser útil para criar uma subdivisão que é usada pelos médicos legistas. Denomina-se morte súbita aquela que, pela brevidade de instalação do processo—desde segundos até horas—, não possibilita que seja realizada uma pesquisa profunda e uma observação apurada da sintomatologia clínica, hábil a ensejar um diagnóstico com certeza e segurança. O conceito mais aceito de morte súbita se deve a Vibert: "*compreendem-se, em Medicina Legal, sob o nome de morte súbita, os casos onde a morte sobrevem mais ou menos rapidamente, em alguns segundos, algumas horas, ou mesmo dias, mas de modo imprevisto, atingido, sem causa aparente um indivíduo até então de boa saúde ou que não apresentava se não ligeiros distúrbios ou que, pelo menos, assim parecia às pessoas que o circundavam*"

O professor doutor Marcos de Almeida, em sua tese de doutoramento, apresentada e defendida na Escola Paulista de Medicina: *Importância médico legal da drepanocitose na morte súbita*, pesquisou casos de drepanocitose, também conhecida como anemia falciforme ou estigma falciforme, ocorridas em mortes súbitas (chamadas de *necropsia branca*). Este defeito morfológico é mais comumente observado em indivíduos de raça negra que sofrem de anemia. Posteriormente, foi caracterizada como uma deficiência geneticamente determinada e ligada ao conteúdo hemoglobínico das hemácias. Em nosso país, foram encontrados, numa amostragem de mais de novecentos casos, dezenove pessoas que faleceram subitamente em consequência dessa deficiência, sendo possível, segundo o autor a atuação nos casos de acidente de trabalho.

O termo morte súbita tem uma dupla conotação:

1. objetiva, a rapidez com o que ocorre o óbito.
2. subjetiva, caráter inesperado com que se dá o decesso.

Recebe o nome de *morte lenta ou agônica* aquela que, em geral, vem de maneira esperada, devagar, significando a culminação de um estado mórbido, isto é, de uma doença ou da evolução de um traumatismo.

9. Morte natural.

É aquela que sobrevem como conseqüência de um processo esperado e previsível. Por exemplo, nos casos de envelhecimento natural, com esgotamento progressivo das funções orgânicas. Em outros casos, o óbito é um corolário de uma doença interna, aguda ou crônica, a qual pode ter acontecido e transcorrido sem intervenção ou uso de qualquer fator externo ou exógeno. É evidente que *strictu sensu*, a causa do óbito não é "natural" e, sim, patológica. Todavia, habitual do termo considera o tipo de morte como natural.

10. Morte violenta.

Um dos objetivos primordiais do estudo da Tanatologia médico legal é estabelecer o diagnóstico da causa jurídica de morte na busca de determinar as hipóteses de homicídio, suicídio ou acidente. A violência do latim *violentia e vis*, força, é um fenômeno no qual interveio a força externa como causa desencadeante.

Cada uma destas mortes que se atribuem a homicídio, suicídio ou acidentes apresenta particularidades, embora, por vezes, seja difícil estabelecer diferença precisa entre formas próximas. As características das lesões nem sempre permitem distinção clara entre as diferentes naturezas jurídicas. São incontáveis as situações em que pode ocorrer morte acidental. Por exemplo, acidentes de tráfego, acidentes domésticos. Quanto ao homicídio, o Código Penal trata da matéria no art. 121 (matar alguém). Homicídio, do latim *hominis excidium*, é definido com Carmignani como "*morte injusta de um homem, praticada por outro, direta ou indiretamente*". Mas também cogita de casos em que o evento ocorre em conseqüência de outro delito que o precede: art. 127 (se do aborto resulta a morte da gestante); art. 129, § 3º (se da ofensa à integridade resulta a morte); art. 133, § 2º (se

do abandono de incapaz lhe resulta a morte); art. 134, § 2º (se do abandono de recém-nascido lhe resulta a morte); art. 135 (se de omissão de socorros resulta a morte), etc. Da perícia médico-legal muito se espera para o estabelecimento da natureza jurídica do fato.

Morte voluntária (*suicídio*). "*Chama-se suicídio todo caso de morte que resulta, direta ou indiretamente de um ato positivo ou negativo, realizado pela própria vítima, a qual sabia dever produzir este resultado*" (Durkheim). As causas são inúmeras. Segundo Bonnet podem ser exógenas (socioambientais) e endógenas (biopsíquicas). Na velha Roma punia-se o suicídio do soldado, pelo prejuízo causado ao Estado. Punia-se, também o do réu e o do escravo, pelo prejuízo patrimonial. A pena se consubstanciava na mutilação do cadáver. O Código Penal brasileiro vigente, pune apenas o induzimento, instigação e o auxílio ao suicídio no art. 122.

11. Morte Suspeita.

Rotula-se como morte suspeita aquela que, mesmo com testemunhas, e com alguns dados de orientação diagnóstica, se mostra duvidosa quanto à sua origem. Sua frequência é bastante elevada. Segundo Armando Canger Rodrigues, de acordo com estatística realizada na cidade de S. Paulo, foi observada uma incidência de 12% de mortes de causa indeterminada.

12. Morte sem Assistência.

As maiores dúvidas que suscitam este tipo de óbito se relacionam com o fato de ocorrer sem testemunhas, em locais isolados ou em pessoas que moram sozinhas e que, tampouco procuram auxílio. Os SVO, Serviços de Verificação de Óbito são instituições que têm por finalidade a determinação da realidade da morte, bem como a sua causa - desde que natural e não-externa - nos casos de óbitos ocorridos sem assistência médica ou com assistência médica, mas em que este sobreveio por moléstia maldefinida. Lei n. 5452, de 22.12.86 reorganizou esses serviços. Ver também os arts. 15, 72, 114 do Código de Ética Médica, Resolução CFM n. 1.246, de 8.1.68.

Diagnóstico da Morte

Vimos que o diagnóstico da morte no ser humano tem variado ao longo do tempo. Assim é que depois do estabelecimento sucessivo da putrefação, do estado de rigidez e do resfriamento cadavérico, bem como da cessação da respiração como sinais primários da tanatognose, passou-se a encarar o coração como órgão principal da vida e sua parada como indicação definitiva de morte. Com o desenvolvimento de meios mecânicos extraordinários, artificiais, substitutivos da diáde funcional coração-pulmão, para a manutenção da atividade cardiorrespiratória, e a possibilidade de reanimar um coração parado através de massagens, drogas cardiotônicas e estímulos elétricos, a parada cardíaca teve sua posição fortemente abalada. Tal fato não chegara a suceder com a revelação feita por Brouardel, no fim do século passado de que o coração de decapitados, desde que tomadas certas medidas, continuava a bater por períodos que podiam atingir até uma hora. Culpa, talvez, da precariedade dos meios de divulgação da época.

As coisas caminhavam de modo aparentemente sereno, sem maiores disputas conceituais, quando o transplante de coração realizado por Christian Barnard, na África do Sul, em fins de 1967, precipitou de maneira inevitável os acontecimentos. Denise Ann Darvall, tinha 25 anos quando por um acidente de trânsito teve seu crânio e cérebro quase que totalmente esmagados. Seu coração foi retirado e transplantado no comerciante Louis Washkansky. Após dezoito dias o comerciante também faleceu. *"E o fato, já aceito pela classe médica, da precedência em nível de importância funcional do encéfalo sobre o coração, teve que ser trazido à baila. Essa verdade incontestável seria cedo ou tarde inevitavelmente incorporada de forma progressiva e natural, pela população, não fosse o modo brusco e inopinado como foi posta em cena. É traço instintivo da natureza humana a resistência a qualquer tentativa de modificação rápida das idéias estabelecidas e conceitos estratificados por longo período de tempo. E isto é particularmente notável nas formulações de caráter médico que transcendem as fronteiras da própria medicina e entram nas cogitações de todos os grupos humanos."* (Marco Segre, op. cit., p. 236).

Alega-se que os parâmetros éticos atuais mantêm a função cardiorrespiratória como o elemento capital na determinação da morte. Isso, todavia, não-implica considerá-los como definitivos e acima de qualquer discussão. Como mencionamos vários fenômenos funcionaram como sinais eleitos de morte em outras épocas, a Medicina Legal, mesmo, rejeitava a morte se não se instalassem os

processos de putrefação ou rigidez cadavérica. Tais questões levam, não-só os médicos como os juristas ao reexame da conceituação da morte, já que a ausência das funções cerebrais não impedem que sejam mantidas artificialmente as funções da respiração e de circulação, o que os fisiologistas denominam *vida técnica*. A chamada *brain death* exsurgiu *pari passu* com o advento dos transplantes de órgãos e tecidos humanos. Os avanços tecnológicos da medicina propiciaram prolongar indefinidamente uma vida, por intermédio da circulação extracorpórea e respiradores artificiais, possibilitando ainda, a ressuscitação cardíaca e modificando o conceito de morte clínica. A realização de transplantes exige órgãos íntegros, viáveis, hígidos e perfundidos; o que ensejou os mais variados debates sobre o assunto, na busca de uniformização de conceitos.

Em 1959, Mollaret e Gaulon utilizaram o termo "*coma dépassé*" para descrever o coma vegetativo. Coma é uma síndrome caracterizada, clinicamente, por perda mais ou menos completa da consciência, da motricidade voluntária e da sensibilidade, com conservação das funções vegetativas intactas ou modificadas. Trata-se de situação de urgência e de extrema gravidade, traduzindo sempre profundo sofrimento de estruturas encefálicas.

De acordo com as alterações do estado de consciência e das funções vegetativas, assim como da reatividade elétrica obtida aos estímulos, os comas são classificados em graus de intensidade.

Grau I- *Obnubilação*, coma vigil, torpor ou semicomá. Neste tipo há apenas uma depressão da consciência, persistindo algum contato com o meio.

Grau II- *Coma superficial*. Neste grau o comprometimento da consciência se acentua, interrompendo-se as conexões do paciente com o meio. As funções vegetativas permanecem inalteradas.

Grau III- *Coma profundo ou "coma carus"* Neste grau há abolição completa da consciência e de toda conexão com o meio. O paciente não reage a estímulos, qualquer que seja sua intensidade.

Grau IV- *Coma dépassé*. O grau III nas antigas classificações correspondia as formas mais avançadas de coma. Recentemente, em consequência das novas técnicas de reanimação observam-se estados que ultrapassam esse estágio. Neste grau o eletroencefalograma revela silêncio elétrico. Trata-se de coma geralmente irreversível.

Definições Hipotéticas de Morte:

Vimos que a denominada *morte clínica* não-coincide com a *morte biológica*, mas necessariamente, a precede. Ferrando Mantovani (*I trapianti e la sperimentazione umana*, p. 353), para evitar equívocos, propõe uma distinção preliminar: 1. a morte do organismo humano inteiro em todos os seus componentes, chamada morte biológica e 2. a morte do indivíduo humano representada pela morte clínica. Esta última intimamente relacionada com o conceito de pessoa (*persona*) não leva em consideração as manifestações biológicas da sobrevivência.

a. *morte cortical* é entendida quando é irrecuperável a atividade cerebral superior isto é, aquela do centro cortical e subcortical que condiciona a vida intelectual e é a sede da vida sensitiva. Possibilita as relações, valores e significados sociais, embora resultem conservadas as funções vegetativas e, em particular, a função cardiorrespiratória. Tais lesões cerebrais permitem ao indivíduo sobreviver, porém, em condições puramente vegetativas, ou, nos dizeres de Marcozi "*como um cadáver vivente*", porque privado das funções especificamente humanas.

b. *morte cerebral ou descerebração* ocorre quando irreversivelmente cessa a atividade do sistema nervoso central. Caracteriza-se pela cessação total das atividades cerebrais, atingindo a estrutura encefálica, hoje caracterizada como *morte encefálica*. As imprecisões conceituais entre morte cerebral e morte encefálica tem gerado inúmeras dúvidas. É imperioso distingui-las.

c. *morte cardíaca* a opinião minoritária é a de que há morte só quando cessam irreversivelmente não-só a atividade encefálica, mas também a cardiorrespiratória, isto é, quando não possam mais ser mantidas, nem com o auxílio de meios artificiais.

Morte Encefálica:

Em 1968, quando o Comitê *ad hoc* de Harvard foi requisitado para dar uma definição de Coma Irreversível, o referido Comitê afirmou que só poderia definir um *status de vida*, por ser o coma uma espécie de vida, ainda que mínima. "Ser uma pessoa" não termina pelo processo de morrer. A personalidade do homem está inseparavelmente conectada a sua unidade. *Brain Death* apenas marca um decisivo ponto durante o processo de morrer e não pode ser definido como a morte do ser humano "em geral" As objeções ao novo dualismo do encéfalo e corpo como

também as do corpo e personalidade "alma" são muitas. A questão se refere ao problema de sobrevivência de pacientes em cuidados intensivos e sem nenhuma possibilidade de recuperação. Os cuidados intensivos são anti-econômicos, não apenas do ponto de vista técnico, mas também sob o ponto de vista humano. O Comitê elaborou critérios de avaliação de morte encefálica citando o Papa Pio XII que, em 1958, disse que o processo de morrer deveria ter um tempo no qual uma vez ultrapassado os médicos deveriam parar de lutar contra a morte e poderiam deixá-lo morrer.

Critério de Harvard, 1968 - Tabela 1:

- Coma arresposivo, temperatura maior que 32°
- Ausência de drogas depressoras
- Ausência de movimentos espontâneos
- *Apnéia* da V.M. por 3 minutos aa
- *Arreflexia* incluindo:
 - Ausência de corticação ou descerebração
 - Pupilas fixas e dilatadas
 - Ausência de vocalização
 - Ausência de reflexos faríngeos e corneanos
 - Ausência de reflexos tendinosos profundos
 - EEG isoelétrico
- Todos deveriam estar presentes por 24 horas

Estes critérios são muito específicos. Apenas 4,1% dos pacientes que evoluíram para óbito preenchem os critérios. A repetição da avaliação após alguns dias diagnosticou em 20,2% dos casos. Reflexos medulares podem ocorrer em 50% dos pacientes com morte encefálica, não invalidando o diagnóstico. Frequentemente aparecem após as primeiras 24 horas do diagnóstico clínico.

Até hoje não existem claras regras para definir que espécie de vida está ou não o médico obrigado a deixar morrer, ou seja, não temos regras de uma definição unanimemente aceita. A dificuldade em encontrarmos regras ou definições para esses pacientes dependem das técnicas possíveis de um lado e, de outro, das chances de ressuscitação de uma vida aceitável que nos sirva de guia. O Comitê de Harvard conhecia bem esta dificuldade e procurou encontrar para ela uma solução. Finalmente, sem nenhuma dúvida, não existe possibilidade de recuperação quando o

encéfalo está morto. Para responder a questão, quando a morte encefálica é ainda uma espécie de coma ou não, isto significa que uma espécie de vida, ou não, não é mais necessária. Então, o Comitê preferiu responder a questão de quando o médico pode e precisa encerrar o tratamento, mas isto não é suficiente. Para uma resposta inequívoca, a questão continua aberta, porque a cessação da ressuscitação normalmente ocorre antes da morte encefálica. Complicações legais segundo o Comitê podem ocorrer na declaração do óbito se definimos este *status*. Então, a questionada definição de coma irreversível pode ser uma definição de morte? Quando o encéfalo está morto, é possível retirar órgãos desse paciente. Este é o segundo efeito desta definição. Mais tarde, a nova definição de morte recebeu uma base mais filosófica por outros povos. Isto é o que chamamos de conceito antropológico. É o término da consciência e da habilidade de se comunicar e raciocinar, que são essenciais ao homem em relação aos demais animais. As conseqüências dessa filosofia são: primeiro, quando o término dessas essências humanas significam o fim da vida humana, quando o começo dessas essências não são localizadas, teríamos o começo da vida humana? Segundo, a morte encefálica parcial é também considerada como a morte do ser humano? O campo para os valores individuais está aberto. Por estas razões, o conceito de morte encefálica para a morte do homem inclui perigosas conseqüências. Por exemplo, os bebês com anencefalia não pertencem mais à comunidade do homem. Não há mais alguém, mas apenas alguma coisa. Não obstante, o conceito de morte encefálica é aceito mundialmente. A razão para isso é que existem erros conceituais da "*brain death*" pelo Comitê de Harvard. A morte encefálica não pode ser mais um conceito antropológico, mas precisa ser um conceito biológico. Isto significa que o ser humano apenas por um motivo biológico tem um ponto terminal. Por isso, a morte encefálica é um seguro sinal de morte do organismo e, concorrentemente a morte do homem. Convém lembrar a distinção: *brain* significando encéfalo e, *córtex* significando cérebro. É comum o erro na tradução.

Critérios do Royal College, 1976, Inglaterra Tabela 2:

Observamos serem dispensáveis os exames subsidiários na presença de:

- ausência de reflexos medulares
- pupilares
- corneanos

- óculo-vestibular
- tosse

Apnéia com retirada da V.M.

Reflexos podem estar positivos

Repetir testes após observação

EEG e estudos do fluxo sanguíneo não necessitam serem confirmados por mais dois colegas.

Pré-requisitos:

coma profundo

temperatura maior que 35°

Destrutural do SNC (não-metabólica)

Lancet 1976 2: 1069

USA - Comissão Presidencial para o Estudo dos Problemas Éticos em Medicina e Pesquisa Biomédica e Comportamental- para adultos e crianças maiores de cinco anos Tabela 3:

Task Force 1987

- Coma e apnéia devem existir
- Ausência de atividade do tronco cerebral
- Pupilas médio fixas ou midriáticas sem rfm.
- Ausência de movimentos oculares espontâneos
- Ausência de movimentos oculares induzidos
- Oculocefálico (Doll'eyes) e óculo-vestibular (P calórica)
- Ausência de movimentos musculares bulbares incluindo faciais e orofaríngeos
- Movimentos respiratórios ausentes fora da V.M. (Teste da Apnéia)
- Não deve haver hipotermia e hipotensão
- Tônus flácido com ausência de movimentos espontâneos ou induzidos, excluindo os reflexos medulares
- Este exame deve ser mantido e consistente com ME em todo o período de teste
- O período de observação varia com a idade

Pediatrics 1987 80:298

Em 1987, um Grupo Tarefa Especial, baseando-se nas normas da Comissão Presidencial, estabelece normas para serem aplicadas em crianças menores. Atualmente, a maioria dos protocolos sobre morte encefálica, são baseados nessas recomendações. Como podemos observar nas tabelas 3 e 4, é utilizado o exame neurológico completo, associado ou não a exames subsidiários, dependendo da faixa etária em estudo. O tempo de observação também é variável, sendo maior nos lactentes e recém-nascidos e após quadros de hipóxia acentuados. Até o momento, não existe consenso na literatura a respeito dos critérios a serem utilizados em recém-nascidos com menos de sete dias.

Tabela 4: Morte encefálica, Task Force

idade	avaliação	período de observação
7 dias a 2 meses	2 exames clínicos 2 EEG	48 horas
2 meses a 1 ano	2 exames clínicos 2 EEG	24 horas

Não é necessário o segundo EEG se for disponível uma arteriografia cerebral com radionuc.

Maior de um ano	2 exames clínicos s/exame subsidiário	12 horas
Se encefalopatia hipóxica ISQ		24 horas

O período pode ser reduzido se o EEG ISQ ou angiografia com radionucleotídeos: sem fluxo.

Na Alemanha o "Bundesärztekammer" durante muitos anos aceitou o conceito de morte encefálica como morte do homem e publicou regras de trabalho com este conceito; agora, aceita o conceito biológico ao invés do conceito antropológico de morte encefálica para a morte do homem. A Itália identifica a morte encefálica como a morte do homem.

A questão de quando a pessoa morre é agora reduzida à questão, quando o organismo do homem morre, e a resposta é simples: quando morre todo o encéfalo. Restam ainda duas dificuldades. Primeiro, se pudermos restabelecer a

função do encéfalo por alguma forma de prótese ou transplante, poderá a vida do organismo então continuar? Temos que responder não, porque esta essencial função biológica do organismo virá de fora desse organismo. A espontaneidade precisa ser autônoma, bem como a comunicação, controle e a integração. Segundo, a morte humana ocorrida sob condições de cuidados intensivos parece ser a vida. A morte é visível e não mais pode ser uma experiência direta, mas apenas técnica e com o auxílio de especialistas. Este é o preço que temos de pagar quando abandonamos o caminho da natureza ("*Shizen*" em japonês). Com a esperança de uma vida melhor em um mundo parcialmente artificial.

Desde que Mollaret e Goullon examinaram a questão em 1959, denominando de "*coma dépassé*" esta singular situação de um "cérebro morto em um corpo vivo" muitos têm tentado demonstrar de maneira objetiva a morte encefálica. Os critérios em uso atualmente são basicamente parecidos, diferindo fundamentalmente no tempo de observação e na necessidade ou não de exames comprobatórios. Quaisquer que sejam os critérios, existem dois pontos básicos indispensáveis: 1. a causa da lesão encefálica deve ser necessariamente conhecida, quer por lesão estrutural, quer metabólica; 2. as estruturas vitais do encéfalo, necessárias para manter a consciência e a vida vegetativa, estão lesadas irreversivelmente.

No Brasil, o conceito de morte encefálica foi feito por ocasião do primeiro transplante a partir de cadáver em 26 de maio de 1968, quando Euríclides de Jesus Zerbini trocou o coração do boiadeiro João Ferreira da Cunha por outro sadio de Luís Ferreira Barros, vítima de acidente de trânsito. João Ferreira morreu em 22 de junho de 1968. A pedido dos Professores Zerbini, Campos Freire e Paulo Vaz de Arruda foi estabelecido no Hospital das Clínicas da FMUSP, o conceito e comprovação de morte real, calcado somente em critérios eletroencefalográficos. O conceito é baseado na constatação clínica de coma aperceptivo e ausência de reflexos ou movimentos supraespinais, excluídos hipotermia e depressão medicamentosa, com a observação mínima de seis horas. O achado clínico deverá necessariamente ser respaldado por um exame subsidiário que demonstre inequivocamente ausência de atividade elétrica cerebral, ou ausência de perfusão sanguínea cerebral ou de atividade metabólica. O cérebro pode ser deprimido por drogas até níveis afuncionais, não perdendo entretanto a capacidade de recuperação, como por exemplo em anestesia geral. Em diversos centros neurotraumatológicos se usam rotineiramente doses elevadas de barbitúricos, como medida de proteção

cerebral, e o paciente nestas condições se apresenta arreativo e com traçado eletroencefalográfico isoeétrico. Acredita-se que a hipotermia reproduza este quadro. Abundante experiência clínica e laboratorial demonstra que um cérebro sem estar sob o efeito de drogas depressoras e que mostre ausência de função por um período de poucos minutos, após uma agressão estrutural ou metabólica, não tem chances de melhorar. Nos diversos critérios existentes, entretanto, o período de observação varia de 6 a 24 horas. A grande maioria dos critérios excluem as crianças, não havendo ainda um consenso no diagnóstico e na confirmação da morte encefálica.

O exame da atividade do tronco encefálico na morte encefálica em crianças de mais de três anos de idade e adultos compreende os seguintes achados:

1. Pupilas Paralíticas - devem estar fixas e arreativas frente a um estímulo luminoso;

2. Arreatividade Supra-Medular;

3. Ausência do Reflexo Córneo Palpebral;

4. Ausência de Reflexos Óculo Vestibulares - pesquisando pela movimentação lateral ou vertical da cabeça ou então pela irrigação dos condutos auditivos com 50 cm de água gelada:

5. Apnéia - é o exame mais importante. Deve-se lembrar que a maioria dos pacientes comatosos encontram-se em hipocapnia e hiperoxigenados. Por isso deve-se realizar a prova da Apnéia de acordo com o seguinte protocolo:

- ventilar o paciente com FO_2 de 100%
- desconectar o ventilador
- instalação de cateter traqueal de oxigênio com fluxo de 6 litros/minuto
- observar os movimentos respiratórios por 10 minutos, visto que a cada minuto de apnéia a $PaCO_2$ aumenta de 3mmHg, portanto após 10 minutos teremos uma ascensão da $PaCO_2$ em 30 mg.

As falhas diagnóstico-clínicas se associam a doenças prévias, drogas anticolinérgicas e bloqueadores neuromusculares.

Os exames subsidiários que confirmam o diagnóstico clínico da morte encefálica são vários. A ausência de atividade elétrica é evidenciada pelo EEG e pelo estudo dos potenciais evocados. A ausência de perfusão sangüínea cerebral é evidenciada pela arteriografia, pelo estudo radioisotópico, pelos estudos ultrasonográficos transcranianos e pela monitorização da pressão intracraniana. A

ausência de atividade metabólica é evidenciada pelo *Pet Scan* e por métodos que medem a extração e consumo de oxigênio.

A preocupação recente em caracterizar a morte encefálica como morte clínica, segundo o doutor Luis Alcides Manreza, diretor técnico do serviço de saúde Serviço de Neurologia do Hospital das Clínicas e membro da Comissão de Transplante de Órgãos, "*relaciona-se com os pacientes que se tornaram inviáveis nos leitos de terapia intensiva e aos programas de transplantes de órgãos. Um progresso da legislação se iniciou em 3/3/1988, quando o Congresso determinou ser da competência do Conselho Federal de Medicina todo ato médico. Em 1990 o CFM determinou que a morte encefálica tem o valor de morte clínica*"

Em 8 de agosto de 1991 o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 1.346 (em anexo).

Avaliando a resolução, alguns pontos merecem maior reflexão:

1. a referida resolução foi elaborada em 1991 e desde então vários anos se passaram;
2. o CFM considera que não existe consenso sobre a aplicabilidade em crianças menores de dois anos;
3. o diagnóstico de morte encefálica é clínico, através do exame neurológico completo, sendo ressaltada a utilização do Teste da Apnéia;
4. foram excluídos dos critérios os casos de intoxicação metabólica, intoxicação por drogas ou hipotermia, consoante literatura a respeito;
5. o período de observação clínica para a confirmação do diagnóstico de morte de pelo menos seis horas é muito restrito (deveria ser, no mínimo 12 horas);
6. é obrigatória a utilização de um exame complementar para confirmação diagnóstica, podendo ser o eletroencefalograma ou um estudo de perfusão encefálica;
7. após confirmado o diagnóstico de morte encefálica, o fato deverá ser comunicado aos responsáveis legais, antes de se adotar qualquer medida adicional. O diagnóstico de morte encefálica encontra respaldo legal em nosso país, na atual Lei de Transplante de Órgãos n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispôs em seu art. 3º:

"Art. 3º A retirada post-mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplantes ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não-participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina"

E, em seu art. 7º, parágrafo único estabelece:

"Parágrafo único No caso de morte sem assistência médica, de óbito em decorrência de causa maldefinida ou de outras situações nas quais houver indicação de verificação da causa médica da morte, a remoção de tecidos, órgãos ou partes de cadáver para fins de transplante ou terapêutica, somente poderá ser realizada após a autorização do patologista do Serviço de Verificação de Óbito responsável pela investigação e citada em relatório de necrópsia"

O problema da morte encefálica é sobretudo um problema de ordem prática --- diagnóstico que resguarda uma possibilidade científica de acerto. O primeiro problema a ser focalizado é o da caracterização do *silêncio cerebral*, distinguindo-o de outros aspectos com que pode ser confundido:

- a. o traçado achatado;
- b. o traçado deprimido.

Particularidades da distinção:

a. silêncio elétrico ou traçado nulo --- esta particularidade se caracteriza pela abolição total da atividade cerebral, manifestada pela presença de uma linha isoeétrica, mesmo utilizando-se a amplificação máxima, somente interrompida pela eventual intercorrência de artefatos;

b. traçado deprimido --- esta particularidade é caracterizada por potenciais lentos, de muito baixa voltagem, chegando mesmo a se limitar, por vezes, a pequenas oscilações da linha de base. É um caso inteiramente patológico, que tem sido confundido com o silêncio cerebral.

O segundo problema é que o silêncio elétrico pode se apresentar de duas maneiras, a saber: contínua ou descontínua. O silêncio difuso contínuo merece especial atenção, uma vez que de sua identificação podem ser deduzidas conclusões pertinentes ao prognóstico para se estabelecer a distinção entre a morte real e a aparente. Adotamos aqui os parâmetros propostos por Schneider referentes à caracterização do tempo de sobrevida, do tempo de latência de recuperação, do tempo de recuperação e, finalmente, do tempo de reanimação. Em conclusão, a linha isoeétrica, como expressão da morte cortical, deve ser caracterizada por um silêncio elétrico cerebral global e contínuo, com a duração mínima de dez minutos, salvo se o paciente estiver sob a ação hipotérmica induzida.

Outros aspectos a serem considerados:

- Não podemos nos esquecer que o entendimento do conceito de morte varia segundo a cultura e o momento histórico, e que existe sempre uma valoração crítica das idéias, atitudes e mitos em torno do simbolismo da morte.

Os condicionamentos no momento atual impostos pela sociedade e nossa cultura na forma de sentirmos, vivenciarmos e conceituarmos a morte estão

Subordinados aos seguintes marcos de referência:

- a valorização das mortes rápidas, instantâneas, indolores, acidentais.
- o deslocamento progressivo do fenômeno da morte do domicílio para o hospital (aproximadamente só de 25 a 30% ocorrem no domicílio familiar).
- as mudanças na forma de viver o luto e as cerimônias fúnebres.
- a substituição de conceitos tradicionais por causa dos avanços técnicos.
- os pacientes terminais e o conceito de futilidade terapêutica.
- eutanásia.
- transplante de órgãos.

Legislação Aplicável

- O Código Civil vigente, em seu art. 10 define que a existência da pessoa natural se extingue com a morte. O artigo seguinte estabelece a comoriência, prescrevendo que se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se alguns dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos. O art. 315 estabelece que a sociedade conjugal

termina pela morte de um dos cônjuges. No seu parágrafo único, o casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. O art. 392 do mesmo dispositivo legal, prevê a extinção do pátrio poder pela morte dos pais ou do filho.

- Também o Código Penal prevê, no art. 107 a extinção da punibilidade pela morte do agente. O art. 121 fala "*Matar a alguém: Pena: reclusão de seis a vinte anos*". O art. 122 pune o induzimento, instigação e auxílio ao suicídio. O art. 210, em violar ou profanar sepultura ou urna funerária; o art. 211, em destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele; o art. 212, em vilipendiar cadáver ou suas cinzas, todos punidos com reclusão de um a três anos e multa. A Lei de Contravenções Penais, no art. 67 pune quem inumar, ou exumar cadáver, com infração das disposições legais.
- O Código de Processo Penal, em seu art. 162, prevê "*que a autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto*". Parágrafo único: nos casos de morte violenta, bastará o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte, e não houver necessidade de exame interno para verificação de alguma circunstância relevante. Os arts. 158, 159, 161, 163, 164, 165, 167, 170, 182, também estão relacionados com o conceito de morte.

Devem ser considerados ainda os seguintes dispositivos legais: Lei de Acidente do Trabalho, n. 8.213, de 24 de julho de 1991, art. 74, que fala na pensão por morte, o art. 75, que estabelece o valor desta pensão por morte, e o 81, que estabelece os pecúlios; o Código Nacional de Saúde, Decreto n. 49.974-A, de 21 de janeiro de 1961, art. 13; o Serviço de Verificação de Óbito, Decreto n. 51.014, de 5 de dezembro de 1968, arts. 2º e 3º; a Lei sobre Cremação de Cadáver n. 6216, de 30 de junho de 1975, art. 77; o Provimento 13/80, de 21 de maio de 1980, da Corregedoria Geral de Justiça, a atual Lei de Transplante de Órgãos, de 2 de fevereiro de 1987 e a sua regulamentação, entre outros.

Conclusões.

Os argumentos apresentados buscando um novo paradigma na conceituação médico-forense de morte, como vimos, são confundidos com a sua verificação, diagnóstico e, até mesmo, seu prognóstico.

Se não sabemos o que é a morte, como então conceituá-la?

Vivemos hoje mais da metade da chamada "Década do Cérebro" Em 25 de junho de 1989, o então presidente, George Bush assinou decreto que, transformado em lei pelo Congresso dos Estados Unidos, consignou a presente década, a partir de 1990, como década do cérebro. Desta forma, as pesquisas em neurociências se tornaram prioridade nacional e internacional.

Uma bateria de novos recursos-diagnósticos, como a tomografia computadorizada, a ressonância magnética, a magnetoencefalografia, a tomografia por emissão de pósitrons (*pet-scanner*), a radiocirurgia estereotáxica, a neuronavegação, etc., têm tornado a neurocirurgia verdadeira ciência do futuro.

A morte encefálica é, segundo o *American Society of Neuroradiology* (AJMR 17: 731-735, abril de 1997):

"O estado irreversível de cessação de todo o encéfalo e funções neurais, resultante de edema e maciça destruição dos tecidos encefálicos, apesar da atividade cardiopulmonar poder ser mantida por avançados sistemas de suporte vital e mecanismos de ventilação"

"A ausência de fluxo sanguíneo encefálico é geralmente aceita como signo da morte encefálica. A razão desse signo é, porém, incerta. Uma pressão intracraniana alta não a única explicação para a ausência de perfusão cerebral. Estudos vasculares cerebrais com angiografia por contraste SPECT tem sido usados para a confirmação e documentação do diagnóstico clínico"

Modernamente, a angiografia por ressonância magnética mostrou ser um método mais preciso, não-invasivo e de mais alta resolução (Turski P, "*Magnetic Resonance Angiography: Central Nervous System Applications*", 1994).

Novos conhecimentos sobre o metabolismo das células nervosas têm aberto caminho para a prevenção, a cura ou o alívio de muitas doenças neurológicas; algumas delas, já claramente vistas em imagens a cores na tela do *Pet-Scanner*, um tomógrafo que permite ver "a função" da área do cérebro através do metabolismo da glicose radioativa, injetada no paciente.

Os transplantes de tecidos heterólogos ou fetais para o cérebro humano já são uma realidade.

Conforme anunciado pelo psicólogo inglês Jeffrey Gray, chefe do Departamento de Psicologia da Universidade de Londres, em conferência feita na USP, em 8.9.97, é possível que "*migrações de células possam tratar danos no cérebro*" Baseando-se em experiências com ratos, o pesquisador conseguiu fazer com que células primordiais (retiradas de fetos de ratos) migrassem exatamente para os lugares nos quais eram necessárias. Ou seja, depois de implantadas em cérebros, propositalmente danificados, elas seguiam para os locais lesados e passavam a trabalhar como se tivessem sido programadas para atuar naquela área, suprimindo a falta das células perdidas.

A conquista mostra a possibilidade de se utilizar células fetais ainda não-diferenciadas (isto é, sem endereço certo) em transplantes para a recuperação de funções cerebrais perdidas. A técnica atenuaria o problema ético de se usar células de fetos em idade gestacional avançada. Os neurônios humanos que atuam no hipocampo (região cerebral envolvida na memorização e no processamento de emoções), por exemplo, só ficam prontos para atuar especificamente por volta dos seis meses de gestação. Em um transplante de neurônios humanos, as células utilizadas seriam retiradas de fetos, vítimas de abortos espontâneos, mais freqüentes até os três meses.

Fazer com que células primordiais migrem para as regiões cerebrais onde seriam necessárias, é uma ótima notícia. Vislumbramos através destas novas técnicas a neurologia do futuro, em que células embrionárias poderão substituir células doentes. Trata-se de linha de pesquisa que vem ganhando importância muito rapidamente e que virá, em futuro próximo, revolucionar o atual *conceito médico-forense de morte encefálica*.

O problema fundamental que o tema propõe e que não é suscetível de solução pelos juristas é o da definição da morte. Eram as seguintes as palavras do professor Paulo Vaz de Arruda a este respeito, quando da elaboração da Lei de Transplantes anterior:

"Verificar, constatar a morte dos outros é algo profundamente angustiante. Na filosofia da ciência, já está estabelecido que o que é mais valioso é a hipótese, desde que seja uma hipótese de boa qualidade. A hipótese é mais importante que a própria conclusão, pois uma vez chegada à conclusão, não se tem nada mais em disponibilidade; é tão verdadeira a relatividade e a mutabilidade dos conceitos científicos que os encarregados da reformulação procuram dar um conceito vasto e mais amplo do problema da vida real e da vida aparente. Embora seja profundamente angustiante verificar e constatar a morte dos outros, estamos acostumados a fazê-lo. E tudo isto tem sentido, porque existe a perspectiva de uma nova vida real"

Não cabe à Lei, porque lhe seria impossível, definir ou determinar quando se deu a morte. Caberá aos médicos, à Ciência estabelecer os critérios para quando se considere tenha aquela ocorrido. Nesta seara o Direito só pode intervir para exigir segurança quanto à realização do ato em determinados estabelecimentos, sempre porém, a última palavra caberá à Medicina, à decisão do facultativo e de sua consciência.

O conceito médico-forense de morte é um *conceito dinâmico, aberto e funcional*; por isso permite que sejam mudados, no tempo e no espaço, os critérios e indicadores de sua constatação e não propriamente o seu conceito.

São Paulo, novembro de 1997.

Bibliografia.

- AD HOC COMITEE OF HARVARD MEDICAL SCHOOL TO EXAMINE THE DEFINITION OF BRAIN DEATH. *A definition of irreversible coma*, in: J.A M A, 205:337-340, 1968.
- ALMEIDA, Jr. & Costa Jr. *Lições de Medicina Legal*, 14ª ed., Ed. Nacional, 1977
- ALMEIDA, Marcos de. *Importância médico-legal da drepanocitose na morte súbita*. Tese de Doutorado em Medicina Legal da Escola Paulista de Medicina, S. Paulo, s/d.
- Considerações de ordem ética sobre o início e o fim da vida. Tese de Livre-Docência em Medicina Legal, Medicina Social e do Trabalho e Deontologia Médica, da Faculdade de Medicina da USP, S. Paulo, 1988.
- Morte: Uma nova proposta de reforma conceitual. Curso sobre Bioética.
- ARBENZ,G. *Compêndio de Medicina Legal*. Ed. Ateneu, 1983.
- ATOLKER, Careel J. The unconscious plaintiff: conscious ness a prerequisite for compensation for non pecuniary loss, in: *International and Comparative Law Quaterly*. London, 39(1): 82-100, jan. 1990.
- BERLIN, I. *Two Concepts of Liberty*. Oxford, Clarendon Press, 1958.
- BERLINGUER, Giovanni. Bioética da prevenção, in: *Bioética, Brasília*, 2 (2): 117-22, 1994.
- BERISTAIN, Antonio- Bioética y nuevos "deveres"- derechos humanos, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. S.Paulo, 4 (13): 21-31, jan-mar, 1996.
- BESPALI DE CONSENS, Yubarandt. *Bioética y asistencia a los enfermos*, in: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 85 (726): 475-81, abr. 1996.
- BICHAT, Marie François-Xavier. *Recherche sur la vie et la mort*. Paris, 1800.
- BLACK, P.M.L. Brain Death, in: *New England Journal of Medicine*, 299: 338-344, 1978.
- BONNET,E.F.P. *Medicina Legal*. Buenos Aires, Lopez Ed., 2ª ed., 1980, 2v.
- BORRI, P apud Scigliano H; Berro, G & Soiza. A Formas de muerte, in: *Medicina Legal - Facultad de Medicina de Montevideo*, Montevidéo: 141-155, 1989.
- BOUCHUT. *Traité des signes de la mort et des moyens de prévenir les enterrements prematurees*. Paris, 1849.

- BROUARDEL, P.C. L' incertudes des signes de la mort et les inhumations prématureés, in: *La mort et la mort subite*, 1ª ed. J. B. Baillièrre, 1895.
- BYARD, Roger W. Autoerotic death, in: *The American Journal of Forensic Medicine and Pathology*. New York, 12 (1): 74-6, mar. 1991.
- CALABUIG, Gisbert J. A. *Medicina Legal y Toxicologia*. Barcelona, Masson Salvat Medicina Ed., 1994.
- CASABONA, Carlos M.R. *El medico y el Derecho penal*. Barcelona, Bosh, 1981.
- CANGER RODRIGUES, Armando. et alii, Problemas jurídicos e médico- legais do transplante do coração humano, in: *Arquivos da Polícia Civil de S. Paulo*, v.XXVI, 1º sem. 1975.
- CALLAHAN, Daniel. *Genetic Knowledge: some legal and ethical questions*. Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- COHEN, Cláudio & SEGRE, Marco. Breve discurso sobre valores, moral, eticidade e ética, in: *Bioética. Brasília*, 2 (1): 19-24, 1994.
- Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.346/91*.
- CHARLESWORTH, Max. *La bioética en una sociedad liberal*. Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- CHIVELL, Wayne. *Drugs and brain death: a legal perspective*. Austrália, Adelaide, Coroner's Court, 1996.
- DALY, David D. et alii - *Current Praticice of Clinical Eletroencephalography*. New York, Raven Press, s/d.
- DAY, Lisa. Practical Limits to the Uniform Determination of Death Act, in: *Ethics and Law. California*, 1997.
- DÉROBERT, L. et alii, *Médecine Légale*. Paris, Ed. Flammarion.
- DEI, H. Daniel. *Antropodicea: la question del hombre*. Buenos Aires, Almagesto, 1977
- ENGELHARDT, H.Tristram. *The Foundations of Bioethics*. Oxford, Oxford Univ. Press, 1995.
- FÁVERO, Flamínio. *Medicina Legal*. S. Paulo, Martins Fontes, 8ª ed., 1966.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. S. Paulo, Fundo Ed. BYK, 1987.
- Medicina Legal*. Rio de Janeiro, Guanabara Koogan Ed., 4ª ed., 1995
- Comentários ao Código de Ética Médica. Rio de Janeiro, Ed. Guanabara Koogan, 1997.

- FRANÇA, Rubens Limongi. O conceito de morte, diante do Direito ao transplante e do Direito hereditário, in: *Revista dos Tribunais*, S. Paulo, 84 (717): 65-74, jul. 1995.
- FREUD, Sigmund. *Obras completas*. Madri, V.II, 1968.
- GEBSATTEL, V. E. Freiherr Von. *Antropologia Médica*. Madri, Ed. Rialp, AS., 1966.
- GIACOMO, Perico. *Problemi di Etica Sanitária*. Milano, Ed. Ancora, 1985.
- GIBBS, Nancy. Love and Let Die, in: *Time*, march 19: 32-38, 1990.
- GOGLIANO, Daisy. Pacientes Terminais. Morte encefálica, in: *Bioética* 1: 145/156, 1993.
- GOMES, H. *Medicina Legal*, 18º ed., Freitas Bastos, 1977.
- GUBERNATIS, G. Allgemeine Aspekte der Organspende, in: *Der Chirurg*, 67: 300000000-309, 1996.
- ICARD, S. *Le signe de la mort réelle en absence du médecin*. Paris, Ed. A Maloine, 1907.
- LACASSAGNE, A. Questions générales relatives à mort, au cadavre et aux taches, in: *Précis de Médecine Légale*, Paris, Masson, 1909.
- LAURENTI, Ruy. *O atestado de óbito*. Série Divulgação, São Paulo, 1996.
- LUTTGER, Hans. *Medicina y Derecho Penal*. Madri, Instit. de Criminologia de Madri, 1984.
- MARCÍLIO, M. Luíza et alii. *Ética na virada do século. Busca do sentido da vida*. S. Paulo, Ed. LTR, 1997.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*; São Paulo; 8ª ed.; 1996.
- MANTOVANI, Ferrando. *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*. Padova, CEDAM, 1974.
- MEIRA, Clovis. Os legistas e as córneas, in: *Revista dos Tribunais de Justiça do Pará*. Belém, 34(49): 33-41, 1990.
- MORAES, Irany Novaes. A morte vista do espelho, in: *Jornal da USP* de 3/4 mar., 1997, p. 2.
- PEREIRA, Victor & MARREY NETO, José Adriano. O momento da morte, in: *RJDTACRIM*, SP, (14): 15-8, abr./jun, 1992.
- PESSINI, Leo. Distanasia: até quando investir sem agredir? In: *Bioética*, Brasília, 4(1): 31-43, 1996.

- SANVITO, Wilson Luiz. *Propedêutica neurológica básica*. S. Paulo, Gráfica Ed., 1981.
- SEGRE, Marco & COHEN, Claudio. org. - *Bioética*. S. Paulo, Ed. USP, 1995.
- SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. I- Fundamentos de Ética Biomédica*. S. Paulo, Ed. Loyola, 1992.
- SILVA, Moacyr da. *Compêndio de Odontologia Legal*. S. Paulo, MEDSI ED., 1997.
- SIMONIN, C. *Medicina Legal Judicial*. Trad. Esp. Barcelona, Ed Jims, 1962.
- ROJAS, Nerio. *Medicina Legal*. Buenos Aires, Ed. Ateneo, 12º, 1987.
- THOINOT, L. Diagnostic de la mort, in: *Précis de Médecine Légale*. Paris, Ed. Bailliére, t. I, 1913.
- THOMASMA, David C. & THOMASINE, Kushner. *Birth to Death. Science and Bioethics*. Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- VANRELL, Jorge Paulete. *Manual de Medicina Legal- Tanatologia*. S. Paulo, LED Ed., 1996.
- VAZ de ARRUDA, Paulo. Morte encefálica. Análise, in: *Pediatria*, 16(3): 102-112, 1994.
- VEATCH, R. *Death, dying and the biological revolution*. Yale Univ. Press, 1976.
- VEIGA DE CARVALHO, H., ALMEIDA, Marcos. SEGRE, Marco *et alii*. *Compêndio de Medicina Legal*. S. Paulo, Saraiva, 1987.
- VIBERT. *Signes et constatation de la mort* Paris. Ed. Bailliére, 1900.
- YALON, Irvin D. *Psicoterapia Existencial*. Barcelona, Ed. Herder, 1984.
- ZACHARIAS, M. & ZACHARIAS, E. *Dicionário de Medicina Legal*. Curitiba, EDUCA Ed. Univ. Campagnat, 1988.
- ZARZUELA, José Lopes. *Medicina Legal para concurso*. S. Paulo, Angelotti, 1993.
- ZUCKER, Majorie B. & ZUCKER, Howard D. *Medical Futility and the evaluation of life - sustaining interventions*. Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

TRABALHOS ACADÊMICOS

AS PENAS ALTERNATIVAS EM PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO UM NOVO MODELO RESSOCIALIZADOR

André Cardoso da Silva

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Este artigo tem por tema a análise atualizada do Sistema Penal, principalmente das novas formas de Penas à serem aplicadas, denominadas "Penas Alternativas"

No título deste trabalho verifica-se a utilização da expressão "globalização" e tal colocação decorre do fato de que, assim como ocorre na economia, também no tocante às penas há interação e intercâmbio de informações e experiências entre os países, trocadas preponderantemente na Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Penal das Nações Unidas (ONU) que se reúne todos os anos.

Abstract:

The subject of this article is an uptodate analysis of the Penal System, mainly of the new forms of Punishment to be applied, called "Alternative Punishments"

In this work's title one can verify the utilization of the expression "globalization", such entry elapses from the fact that, like in the world's economical market, there is interaction and exchange of information and experiences among the countries. This exchange happens mostly by the Criminal Court and Prevention of Crime Commission of the United Nations Organization (UNO) in this yearly meetings.

Unitermos: prisão; penas alternativas; ressocialização.

1. Direito, sociedade e a dicotomia entre a pena privativa de liberdade e as penas alternativas.

1.1. Introdução.

Os denominados substitutivos penais integram uma parcela relevante das respostas e soluções referentes aos questionamentos a respeito da validade e eficácia da pena de prisão e principalmente de sua forma de execução. Todavia, as preocupações a respeito da aplicação e criação de alternativas à pena privativa de

liberdade vão muito além do que simplesmente a uma questão de aplicação da pena alternativa em detrimento da pena privativa de liberdade, atingem e dizem respeito também ao orçamento que dispomos, à questão da efetiva "ressocialização"¹ e comportamento do infrator, durante e depois do cumprimento da pena, e principalmente à justiça social através de uma convivência pacífica, visando, dessa forma, que cada cidadão possa realizar a plenitude de seu ser, e a sociedade atingir um máximo de bem-estar.

É nesse ponto de intersecção entre sociedade como bem-estar e o Direito que devemos utilizarmo-nos dos importantíssimos conceitos contratualistas, dentre os quais podemos citar Rousseau e Kant que nos deixaram seus pensamentos e idéias como uma espécie de herança cultural inesgotável e inestimável e que auxiliam nossos legisladores e magistrados, ou pelo menos deveriam auxiliá-los, na medida correta, na elaboração e aplicação de novas leis. É, também, da análise dos pensamentos contratualistas que podemos compreender de forma mais clara e objetiva, o porquê da necessidade, celeridade e "exigência social" na elaboração e aplicação de novas formas de penas alternativas e a intensificação na aplicação das já existentes.

Através da contribuição da Deontologia Jurídica, que trata da justiça dos valores fundamentais do direito, inserida nos fundamentos contratualistas, encontraremos em grande parte, a motivação e a fundamentação na elaboração e aplicação daquilo que denominamos substitutivos penais, veja como exemplo dessa motivação e fundamentação o trecho citado na obra *Filosofia do Direito* do eminente jurista Miguel Reale: "*Segundo Kant, no momento em que os homens se encontram, permutam utilidades e vivem em comum, já são governados por um contrato condicionante da vida social, que tem valor puramente lógico. No fundo, podemos dizer que, segundo os contratualistas mais evoluídos, nós vivemos como se tivesse havido um contrato. É uma ficção de ordem lógica e ética, para se explicar o fundamento da sociedade, do poder político e do Direito.*"²

Devemos ter em mente que as penas alternativas à de prisão são formas mais dignas, corretas e eficazes, e devem ser aplicadas e executadas, obviamente, que somente diante de determinados delitos, levando-se em

1. O termo "ressocialização", utilizado em destaque, no decorrer deste ensaio foi um termo cunhado pela Escola da Nova Defesa Social, apresentando aqui, entretanto, sentido diverso do por ela aventado e que será explicado no item 2.1.

2. Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, p. 276.

consideração a culpabilidade do agente e o "bem jurídico" lesado, podemos ainda adiantar que esses delitos são, pelo menos *a priori*, as infrações penais de menor potencial ofensivo, podendo e devendo posteriormente, conforme os progressos, e resultados obtidos dessas aplicações, de novas pesquisas e estudos, serem estendidas a outros tipos de infrações, entrando assim em consonância com os valores da cidadania, da dignidade humana e do trabalho, pois como diz Heleno Cláudio Fragoso: "*O sistema será, portanto, mais eficiente, se evitar, tanto quanto possível, mandar as pessoas para a prisão, nos crimes pouco graves, e se, nos crimes graves, evitar o encarceramento demasiadamente longo.*"³

Dentro do processo evolutivo das formas de execução penal e do ingresso dos substitutivos penais devemos lembrar que, *natura non facit saltus*, a natureza não precede por saltos, e os progressos sempre decorrem de uma seqüência lógica e coerente de aprendizados e conquistas, que derivam de conferências, congressos, pesquisas, *workshops* (painéis), projetos de lei, novas leis, etc., como por exemplo a reunião da ONU, que ocorrera em Viena (Áustria), entre 21 e 31 de maio de 1996, o 9º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, o Sistema Criminal e as Penas Alternativas, realizado no Centro de Convenções do Cairo, Egito, entre 29 de abril a 08 de maio de 1995,⁴ as Leis ns. 7.209 e 7.210, de 11.07.1984, e, ainda a título exemplificativo de processo evolutivo, a Lei n. 9.099/95. Ou seja, são imprescindíveis as experiências anteriores, que justifiquem e sirvam de apoio às posteriores.

1.2. Breve perfil histórico das leis de execução penal no Brasil.

A legislação penal portuguesa passou a ser aplicada no Brasil logo após o descobrimento, dada nossa condição de colônia. Essa aplicação deu-se através das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas (Livro V) consecutivamente. A legislação penal era terrível e muitas vezes as penas eram executadas com requintes de crueldade, assim eram todas as legislações da época, como afirma Heleno Cláudio Fragoso: "*o sentido geral dessa legislação é o da*

3. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, p. 305.

4. Damásio E. de Jesus, *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, p. 17.

intimidação feroz, puramente utilitária, sem haver proporção entre as penas e os delitos, confundindo-se os interesses do Estado com os da religião."⁵

Com o Código Criminal de 1830, podemos observar os primeiros grandes progressos efetivos, na legislação penal brasileira, e podemos classificá-los da seguinte forma: a imensa contribuição do projeto de código criminal, elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcelos, o qual transformou-se em lei a 16 de dezembro de 1830, sendo o primeiro Código Penal autônomo da América Latina, o fato que, a partir desse momento, estavam extintas inúmeras barbáries e arcaicas formas de pena, e a grande influência sofrida pelas idéias e princípios do Iluminismo e sobretudo da obra de Jeremias Bentham, ao qual ainda hodiernamente podemos observar sua contribuição.

Atendendo às necessidades da época, principalmente em razão da abolição da escravatura, em 1888, é proposta uma revisão do Código, a qual geraria como consequência o Código Penal de 1890, que apesar de prever a prisão celular, atenuação de penas e um progresso referente às penitenciárias agrícolas, não saiu da teoria, e como é dito na Exposição de Motivos do CP de 1940, com o Código Penal de 1890 nasceu a tendência de reformá-lo. Anteriormente ao Código Penal de 1940 surge, em 1932, a Constituição de 1932, dispondo de inúmeras medidas dentre as quais podemos citar a suspensão condicional da pena e o livramento condicional, observe que estas já têm relação direta com o que hoje denominamos substitutivos penais.

Apesar de ter sido elaborado sob a égide de um regime ditatorial (o chamado Estado Novo), o Código Penal de 1940 incorpora primordialmente as bases de um direito punitivo, democrático e liberal. O Código incorpora o princípio de reserva legal, o sistema do duplo binário (que no Direito moderno será abandonado, tendo em vista o sentido de uma concepção unitária da sanção penal), o sistema progressivo para o cumprimento das penas privativas da liberdade, a suspensão condicional da pena e o livramento condicional. A legislação penal fora completada com a Lei das Contravenções Penais, em 1941.

A abertura política iniciada pelo presidente Geisel e ampliada pelo presidente João Figueiredo levou a grandes reformas e progressos no âmbito penal; a criação e instalação do CNPP, Conselho Nacional de Política Penitenciária, a origem

5. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições do Direito Penal*, p. 58.

da Lei n. 7.209⁶ e da Lei n. 7.210,⁷ e, mais recentemente, a elaboração e promulgação da Lei n. 9.099/95 representam avanços importantíssimos ao Direito Penal e à sociedade de forma geral.

2. Alternativas à pena de prisão, gênese de um novo modelo penalizador.

2.1. Conceito e finalidade da pena - Pena alternativa um "novo" elemento.

Há vários conceitos da pena, podemos citar entre eles o de Bettiol: "*consequência jurídica do crime, ou seja, a sanção prefixada pela violação de um preceito penal*",⁸ e o de Sebastian Soller, o qual diz o seguinte: "*a pena é uma sanção afliativa imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos.*"⁹

Vale ressaltar que o direito de punir (*jus puniandi*)¹⁰ do Estado, está ligado aos conceitos contratualistas, e à necessidade de defesa dos bens comuns em detrimento aos interesses particulares, e, neste aspecto, deve ser observado o caráter da justiça¹¹ das penas em relação ao grau de disponibilidade do bem juridicamente protegido e à culpabilidade do agente.

6. Miguel Reale Júnior et al., *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código Penal*, p. 29. Se objetiva na reforma penal "*uma postura realista, sem ortodoxia e comprometimentos teóricos, instaurando-se um realismo humanista que vê a pena como reprimenda; que busca humanizar o Direito Penal recorrendo a novas medidas que não o encarceramento: que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado, mas sem a presunção de transformar cientificamente sua personalidade*"

7. Irene Batista Muakad, *Pena Privativa de Liberdade*, pp. 34-40.

8. Paulo José da Costa Júnior, *Curso de Direito Penal*, p. 123.

9. Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, p. 246.

10. Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, p. 45. "*Foi, portanto, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade: é certo, pois, que cada um só quer colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste para induzir os outros a defendê-lo. A agregação dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir, tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não é direito.*"

11. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução do Estudo do Direito*, pp. 354-355. "*O direito é um jogo de igualdades e desigualdades. No correr do jogo, porém as "jogadas" ou "atos de jogar" são decodificações, fortes ou fracas, que admitem variedades e composições nem sempre universalizáveis no tempo e no espaço. Por isso, se a justiça, no seu aspecto formal, exige igualdade proporcional e exclui a desigualdade desproporcionada como princípio estrutural sem o qual não há sentido no jogo jurídico, no seu aspecto material se denuncia um campo de probabilidades e possibilidades que*

A finalidade da pena se dá de acordo com a evolução das Escolas Penais e suas teorias, são elas: *teorias absolutas ou retribucionistas*, que diziam, ter a pena, natureza retributiva, natureza esta dada através do caráter divino (Bekker, Sthal), ora moral (Kant), ora jurídico (Hegel, Pessina); *teorias relativas ou utilitaristas*, que envolvem na pena um misto de educação e correção e teorias ecléticas, que como assinala Júlio Fabbrini Mirabete: "*passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não-só a prevenção, mas também um misto de educação e correção.*"¹² Mais recentemente com a Escola da Nova Defesa Social, de Marc Ancel, preconiza-se a idéia de que a sociedade apenas é defendida na medida em que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social (*teoria da ressocialização*). Todavia, o que pode ser observado é, se não um antagonismo total entre a Escola da Nova Defesa Social e o caráter e termo ressocializador presente, no caso específico das penas alternativas, pelo menos um antagonismo parcial é certo que ocorre, pois observe que, a partir do momento da instituição e aplicação de penas alternativas, o caráter da sanção penal e do termo "ressocialização" adquirem uma nova concepção e dimensão jurídico-social, tendo em vista que estamos diante de uma nova presunção, *juris tantum*, a qual indica que o apenado, no momento da aplicação é imposição do substitutivo penal, é considerado e tido como apto a permanecer e continuar em liberdade, em constante contato com o corpo social, enquanto que, de forma alternativa cumpre sua pena.

2.2. Das penas vigentes na legislação brasileira, aplicabilidade destas, e o conseqüente reflexo no sistema penitenciário e na sociedade.

Na atual Constituição Federativa do Brasil, em seu art. 5º, § XLVI, são citadas as possíveis formas de penas, são elas: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. O Código Penal, no título V, que fala Das Penas, no seu capítulo I, art. 32, determina que as penas podem ser: as privativas de liberdade, as restritivas de direito ou de multa. Para tratarmos o objeto de nossa análise e estudo

tornam a justiça o problema que dá também sentido ao jogo. Em suma, a justiça é ao mesmo tempo o princípio racional do sentido do jogo jurídico e seu problema significativo permanente"

12. Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, p. 245.

de forma mais concreta, direta e específica, não abordaremos os tópicos referentes às medidas de segurança e à prisão cautelar,¹³ tendo em vista que estas não devem ser consideradas como penas propriamente ditas.

As penas privativas da liberdade, previstas no Código Penal e na Constituição, são as de reclusão (regime fechado, semi-aberto ou aberto) e detenção (regime semi-aberto ou aberto) e deverão ser executadas de forma progressiva, com transferência para um regime menos rigoroso, conforme o mérito do condenado (art. 33, § 2º, CP), e de acordo com a determinação do juiz, quando o preso já tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior (art. 112 da Lei de Execução Penal).¹⁴

Mantendo-se em dia com a tendência da legislação, o Código Penal vigente, previu também as penas restritivas de direitos, que subdividem-se em: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos (cf. art. 47, CP) e limitação de fim de semana. Essas penas serão aplicadas de acordo com requisitos legais e preferencialmente à pena privativa, quando assim for possível.

Pena de multa implica na obrigatoriedade imposta ao condenado de pagar ao Estado determinada soma em dinheiro, conforme indica o art. 49 do Código Penal. A pena de multa, apesar de, em certos casos, poder ser aplicada em substituição à pena privada de liberdade,¹⁵ deve também ter um caráter punitivo, não sendo aconselhável multa simbólica ou de valor meramente decorativo.¹⁶

Apesar desse rol de possibilidades de penas a serem aplicadas, ainda ocorrem graves imperfeições no que tange as formas de execução e da aplicação da pena propriamente dita, juntamente a esses fatos, torna-se necessário e urgente uma maior abrangência no que diz respeito à elaboração e execução de sanções penais

13. Luiz Flávio Borges D'Urso, *A Prisão Cautelar. Origem e Evolução Histórica*. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, p. 75. "*Portanto é necessária esta ressalva para se ter em mente que sempre ao se utilizar a expressão Prisão Cautelar, estar-se-á designando as modalidades de privação de liberdade antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.*"

14. Damásio E. de Jesus, *Código Penal Anotado*, p. 123.

15. Alberto Silva Franco et al., *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, t. I, p. 621. "*A multa é pena que substitui vantajosamente as privativas de liberdade e se integra, hoje, nas legislações penais com peculiaridades características. Possui o condão de liberar o condenado de escassa ou nenhuma periculosidade, tão-logo ocorra seu pagamento, dos gravames e inconvenientes da pena carcerária desde logo aplicada.*" (TACRIM-SP-AC-Rel. Néelson Fonseca - RT 441 384).

16. Ob. cit., p. 620.

mais condizentes com o bem-estar social e com o infrator, e, é dentro desse "novo" quadro de sanções penais que se inserem as penas alternativas.

A não-tomada de atitude nesse sentido, e a omissão diante da situação carcerária atual, implica em uma série de revoltas sociais, reflexo do recrudescimento da vida social, manifestações e protestos impulsivos que acabam gerando atitudes e tomada de decisões políticas desorientadas e desconexas com o planejamento político inicial, e mesmo do governo anterior, insuficiente tentativa de remediar uma situação que por sua própria natureza torna-se cada vez mais grave e clama por soluções que, de fato, venham de encontro a atender, pelo menos de forma satisfatória, os escopos político, jurídico e social.

Temos como resultado dessa caótica conjuntura a idéia de que se o Estado é incapaz de defender a sociedade ela deve fazê-lo, por suas próprias mãos, na falta de credibilidade e na capacidade de reabilitação e ressocialização do criminoso, o crescente aumento da reincidência, aliado do desrespeito às regras do sistema progressivo, uma vez que além de não se alcançarem os efeitos positivos com a aplicação da pena de prisão, o próprio delinqüente confia na impunidade, o desrespeito às normas estabelecidas pelos regimentos internos dos presídios e a tendência social visando a aprovação e reivindicação de formas punitivas como a pena de morte.

Deve ficar bem colocado, que apesar da necessidade e urgência das penas alternativas atingirem um campo mais abrangente de delitos e agentes, e serem aplicadas e fiscalizadas com mais intensidade e rigor, a pena privativa da liberdade deverá ser mantida, pois faz-se necessária frente a periculosidade do indivíduo '(exame criminológico)¹⁷ e a gravidade do delito, como afirma Cézár Roberto Bitencourt: "*a prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível.*"¹⁸ Também podemos ainda citar como fator da não-abolição e extinção completa da pena de prisão o fato de que esta em determinados casos alcança os seus objetivos; esses casos não são freqüentes, entretanto, devem ser levados em consideração quando se tratar de uma análise mais profunda, veja por exemplo a bem-sucedida experiência que ocorre no Instituto Presídio "Prof. Olavo Oliveira" - IPPOO, no Estado do Ceará.¹⁹ Os resultados obtidos nesse presídio remete-nos ao fato de que muitas

17. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, p. 296.

18. Cézár Roberto Bitencourt, *Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas*, p. 11.

19. Irene Batista Muakad, *Pena Privativa de Liberdade*, p. 83. "*Experiência muito interessante está sendo realizada neste presídio. Francisco Nazaré Cavalcante Feitosa, dono de uma*

etapas do processo de produção, comercialização e negociação poderiam ser cumpridas através de penas alternativas, conforme a qualificação de cada condenado envolvido com a atividade da pequena indústria.

2.3 Alternativas à pena privativa de liberdade, "novas" formas de aperfeiçoamento e valorização dos direitos individuais, coletivos e difusos.

Frente ao genérico quadro de ineficácia da pena de prisão, torna-se necessária a análise mais profunda e célere dos denominados substitutivos penais, entre eles podemos citar as penas pecuniárias, penas restritivas de direitos (especialmente nas penas de multa e na interdição temporária de direitos, os legisladores e magistrados devem estar atentos, quando da elaboração e aplicação destas, tendo em vista a nossa realidade, que até o início do ano de 1994 estava envolvida constantemente em crises econômicas e com índices inflacionários assustadores, e que atualmente passa por uma relevante discrepância entre as taxas de juros e a correção salarial, desemprego, muitas vezes consequência de uma excessiva informatização no setor terciário e robotização na indústria e uma brutal desigualdade na distribuição de renda), livramento condicional, etc. Este é um tema em pauta não-só no Brasil, como também em inúmeros países como a Suécia, Alemanha e outras nações. Isto se deve ao dever de esclarecimento da sociedade a respeito de que a pena de prisão não é a única forma de sanção estatal àqueles que delinquem e nem sempre a mais eficaz, razão pela qual o assunto deve ser abordado levando-se em consideração preponderantemente o aspecto jurídico e sociológico, mas também devem ser enquadradas nessa análise e estudo as características tangentes à Psicologia (efeitos psicológicos gerados pela prisão, e no caso da

microempresa que fabrica selas, cintos, bolsas e artefatos de couro em geral, foi preso por homicídio. Com a ajuda da família levou para dentro do presídio os equipamentos necessários e montou uma pequena fábrica de cintos. Aos poucos, em virtude do aumento dos pedidos, passou a dividir seu trabalho com os outros presos que ganham por produção. Mas, manter uma empresa dentro do presídio não é fácil. A compra de matéria-prima é feita por telefone, assim nem sempre é enviado o pedido de acordo com a qualidade solicitada, e quando há reclamação novos fornecimentos são negados. O pagamento deve ser a vista e isto dificulta ainda mais pelo fato de ser proibido ao preso possuir dinheiro consigo. A comercialização do produto final normalmente depende de pessoas de fora do presídio que nem sempre têm o tempo disponível para auxiliar na negociação. Todavia, apesar dessas dificuldades, os pedidos aumentam a cada dia em razão da qualidade e preço do produto. No geral, paira um otimismo por parte de todos os envolvidos, e Francisco Nazaré, em fins de 1993, já estava estudando a possibilidade de ampliação de sua empresa."

aplicação das penas alternativas, quais as conseqüências psicológicas seriam decorrentes ao condenado e à sociedade).

Devemos ter em mente que o objetivo de uma intensificação na elaboração e aplicação das penas alternativas vai muito além do que simplesmente desafogar o judiciário,²⁰ atenuar a crise penitenciária ou reduzir as custas processuais, a função dos substitutivos penais é mais nobre e digna do que se pode imaginar, sua função também deve ser, mesmo que de forma implícita e indireta, valorizar e proteger os direitos e garantias individuais,²¹ do condenado e sua família, os direitos coletivos e difusos, da sociedade que necessita de resultados mais efetivos, duradouros e que evitem a transformação de questões interindividuais (condenado visto em sua individualidade) em questões estruturais²² (condenados observados como um conjunto, que atuam através de motins, aumento da criminalidade, conseqüente reincidência, superlotação nos presídios, fechando-se assim o ciclo).

Através da cominação, aplicação e da execução adequada das penas alternativas, estaremos dando um grande passo rumo ao aperfeiçoamento cada vez mais completo de nosso sistema penal e da sociedade.

É importante distinguirmos a expressão "alternativas para a pena de prisão" da expressão "alternativas na pena de prisão" como bem faz René Ariel Dotti: "*na primeira hipótese, substitui-se a perda da liberdade por outra espécie de sanção; na segunda, escolhem-se novos meios e métodos para aplicação e a execução da pena de prisão*"²³

No caso das penas alternativas à de prisão temos basicamente as seguintes espécies, que em muitos casos adquirem subdivisões e desdobramentos, que serão aplicados distintamente em cada caso concreto, levando-se em

20. Cézár Roberto Bitencourt, *Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*, p. 14. "*Registre-se, por derradeiro, que o sucesso ou insucesso do novo modelo de Justiça Criminal não será medido pela felicidade estampada nos rostos de Juízes e Promotores, satisfeitos por terem esvaziados os escaninhos dos Foros, deixando vítimas e acusados satisfeitos, mas sim pelo reflexo na comunidade, pela maior ou menor segurança ou insegurança social de que será vítima. Será pela maior ou menor impunidade que se poderá valorar o acerto ou desacerto desta ousadia.*"

21. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 190-193.

22. José Eduardo Faria, *Justiça e Conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*, pp. 21-22.

23. René Ariel Dotti, tese de Concurso para Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná, p. 408.

consideração a periculosidade do agente delituoso, a infração penal cometida, as condições econômicas do infrator e outros aspectos: penas pecuniárias (pena de multa), suspensão condicional da pena (*sursis*), penas restritivas de direitos (limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade, etc.), e o livramento condicional.

Recentemente, verificamos em nossa legislação um grande avanço no sentido de prevalecer a finalidade sobre as formas na parte relativa à competência e aos atos processuais, e também um grande progresso no que diz respeito às penas alternativas. Estamos falando da Lei n. 9.099/95, que traz consigo importantíssimos elementos como a transação penal, suspensão condicional do processo ("*sursis processual*"), penas de multa, indenização à vítima, reparação do dano causado, interdição temporária de direitos, etc. Esta nova lei entra em harmonia com as necessidades e "exigências" sociais na medida em que procura evitar, sempre que possível e necessário, o encarceramento.

3. As penas alternativas em processo de "globalização", uma tendência mundial.

3.1. Organização das Nações Unidas: penas alternativas e Lei n. 9.099/95.

As questões referentes a ineficácia, execução inadequada, aplicação irrestrita da pena de prisão e seu agravamento, assim como, simultaneamente são colocadas e debatidas as vantagens das penas alternativas, como a prestação de serviços à comunidade e interdição de direitos, e as medidas alternativas, como a *probation* e a *plea bargaining* (possibilitando o encerramento do processo em qualquer fase), são pólos opostos que tomam dimensões e contornos mundiais, no que diz respeito a troca de informações, pesquisas e experiências, no sentido de tornar as legislações penais mais céleres, eficazes e conseqüentemente os objetivos e funções das nações serem realizados de forma mais condizente e respeitosa para com seus povos, na medida em que procuram seguir e aplicarem de forma efetiva, os princípios fundamentais inerentes aos direitos humanos, à cidadania, aos direitos sociais e às Constituições.

Podemos dizer analogicamente que, quando a ONU e outros Organismos Internacionais promovem e realizam debates e reuniões como a que ocorrera na Quarta Sessão da Comissão do Crime e Justiça Criminal, realizado em Viena, de 30 de maio a 9 de junho de 1995, ou o 9º Congresso das Nações Unidas

sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, o Sistema Criminal e as Penas Alternativas, é como se estivesse ocorrendo, assim como ocorre na economia mundial, um processo de "globalização" das penas alternativas, uma tendência evolutiva universal no sentido de ampliar a elaboração e aplicação dos substitutivos penais, obviamente que levando-se em consideração, e sendo respeitadas as peculiaridades, legislações, princípios e a soberania de cada país.

No 9º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente foram apresentados importantes resultados e experiências no tocante as penas alternativas, veja os exemplos: "*Cuba descriminalizou 28% das contravenções. As penas privativas de liberdade até três anos podem ser substituídas por sanções alternativas, como multa, restrições de direitos etc.*"²⁴ no Canadá, quando ocorre o não-pagamento da multa, sem justa causa, não gera mais conversão em detenção, a Alemanha declarou que somente 17% dos réus são encarcerados, merecendo os 83% restantes penas alternativas (multa, restritivas de direitos, etc.), no Japão, acima de 90% das penas aplicadas são de multa (observe que na realidade brasileira a pena de multa não iria adquirir números tão-expressivos, em virtude das condições sócio-econômicas de grande parcela do nosso povo, logo seria o caso de elaborá-la e aplicá-la após longas reflexões e análises, e também substituí-la, em certos casos, pela pena de prestação de serviços à comunidade, realização de tarefas, como exemplo visitas a hospitais ou casas de caridade, limitações de fim de semana e outras alternativas que sejam mais convenientes e corretas frente a nossa realidade. O Brasil apresentou como importante avanço na extensão e aplicação dos substitutivos penais a Lei n. 9.099/95.

É importante colocarmos que, segundo estatísticas da ONU, a reincidência fica em torno de 80% para aqueles que já estiveram na prisão, caindo este índice para 25%, quando são aplicadas penas alternativas.²⁵

24. Damásio E. de Jesus, *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, p. 21.

25. Eunice Nunes, *Penas Alternativas à prisão trazem soluções rápidas-método reduz reincidência*, *Folha de S. Paulo*, 15.06.1996, p. 2 e Caderno 3.

4. Considerações de caráter pragmático frente à realidade brasileira.

4.1. As penas alternativas como fator de "ressocialização" do infrator e a geração de possibilidade de inserção no mercado de trabalho.

A necessidade e o processo de ampliação efetiva das penas alternativas devem primeiramente romper a barreira de resistência cultural frente aos substitutivos penais. Lamentavelmente ainda existente em nosso país, assim como, no ato da elaboração e aplicação nossos legisladores e juízes devem estar bem atentos às condições sócio-econômicas da nossa população.

Traçaremos um perfil genérico dos presos existentes no Brasil, e após a análise dos dados, poderemos verificar que existem penas alternativas que devem ser elaboradas e aplicadas com inúmeras restrições, pois vão em sentido contrário à realidade brasileira e ao desenvolvimento econômico e social.

Os dados fornecidos pelo Ministério da Justiça, através do Censo Penitenciário Nacional de 1994,²⁶ trazem, entre outras, as seguintes indicações: 96,3% dos presos do Brasil são homens, 52,6% tem entre 18 e 30 anos, 74,5% não têm o 1º grau completo, 42,5% são negros e mulatos e 95% são pobres (para o IBGE, são pobres, famílias com quatro pessoas, cuja renda seja dois salários mínimos).

Observe que para o "cidadão" possuidor das características citadas acima, torna-se praticamente impossível penetrar e se estabilizar num mercado de trabalho extremamente competitivo e restrito como o nosso, além do que, estamos diante de uma sociedade onde ocorre uma discriminação e preconceito racial, muitas vezes velados, que dificultam ainda mais sua inserção no já tão-competitivo mercado de trabalho, se também levarmos em consideração a queda na oferta de emprego, simultaneamente ao aumento dos índices de desemprego, muitas vezes ocorridas em razão da crescente informatização e robotização principalmente na indústria, a situação torna-se-á ainda mais gritante.

Em razão dessa conjuntura que fora apresentada é que devemos apontar como formas de penas alternativas, que melhor se enquadrem ao perfil dos infratores, gerando dessa maneira, resultados altamente positivos no que diz respeito

26. Julita Lemgruber, *A necessidade da aplicação e ampliação das alternativas à pena privativa da liberdade*, Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, p. 58.

a "ressocialização" do infrator e conseqüentemente uma diminuição da criminalidade e da reincidência, a pena de limitação de fim de semana, realização de tarefas (ex: visitas a creches, hospitais, etc.), proibição de freqüentar certos lugares, pena de prestação de serviços à comunidade, e outros, (desde que não-prejudiquem as atividades produtivas e familiares deste indivíduo, assim como, o padrão de vida, que na maioria das vezes já são precários, dele e de sua família). Entretanto, apontamos como sendo a forma de pena alternativa mais correta, equilibrada e digna, tanto em relação ao condenado quanto a sociedade de forma geral, aquela que gera possibilidade de aprimoramento do ser humano, de fornecer-lhe conhecimentos e através desses atuar de maneira a contribuir para a sociedade, sua família e a si próprio, que desperte no condenado, assim como assinala Louk Hulsman, o sentimento de solidariedade e ajuda mútua, estamos falando da pena alternativa que implica na freqüência a cursos escolares e profissionalizantes, que num processo a longo prazo, conforme os resultados que fossem sendo obtidos, poderia gerar a possibilidade de indicações a empregos e terceirizações.

A pena alternativa que consiste na perda de cargo, função ou mandato eletivo, deve ser analisada e aplicada com enormes restrições, pois frente ao crescente desemprego presente na realidade brasileira, não convém ao Estado, através de seu próprio ato, permitir que mais desempregados se agreguem aos milhões já existentes.

No caso da pena de multa, quando os infratores não-enquadrarem-se no perfil geral dos presos, ou seja forem de nível sócio-econômico médio ou alto, esta terá grande possibilidade de ser aplicada, verificando-se, então, apenas qual modalidade de multa será utilizada, se a multa convertida em recolhimento aos cofres públicos, se multa indenizatória (destina-se à vítima) ou multa assistencial (destinada a instituições públicas ou privadas de assistência social), deve também ficar bem claro, como já fora dito em capítulo anterior, que a multa não poderá ter valor meramente decorativo.

5. Construção das penas alternativas à privativa da liberdade sob a luz da Constituição. Viabilização e eficácia das penas alternativas na conjuntura sócio-econômica brasileira. A gênese de uma nova conscientização sócio-jurídica.

5.1. Conclusão.

Diante deste ensaio, aqui apresentado, podemos chegar à conclusão de que as Penas Alternativas constituem formas penalizadoras que vão de encontro ao aprimoramento, aperfeiçoamento e desenvolvimento individual e pessoal do condenado, e também ao desenvolvimento e aumento do bem-estar social na medida em que procuram ajustarem-se às condições sócio-econômicas de nosso povo e do país. Os fundamentos e princípios, que levam à elaboração e aplicação dos substitutivos penais, repudiam a pena privativa da liberdade, a medida que esta é altamente onerosa aos cofres públicos, sendo prevista e aplicada exageradamente e descriteriosamente, como comumente ocorre, além do que é ineficaz e imprópria, não gerando os resultados e efeitos almejados. As penas alternativas evitam os efeitos perniciosos da prisão, vão contra a desobediência e ineficácia da Lei das Execuções Penais e do Sistema Progressivo, procurando dessa forma reduzir os índices de reincidência, criminalidade, a superpopulação carcerária e a sensação popular de impunidade.

Apesar da necessidade e urgência na elaboração e aplicação efetiva de novos substitutivos penais, estes processos devem ser realizados e concretizados à luz da Constituição, de seus princípios fundamentais e através de fundamentações e justificativas coerentes e democráticas.²⁷ Quanto as penas alternativas, estas devem ser aplicadas de forma concreta, sempre que possível e necessário, objetivando-se dessa maneira, mesmo que a longo prazo, tornar a pena de prisão a exceção, enquanto os substitutivos penais a regra, conseqüentemente estaremos diante de uma

27. René Ariel Dotti, Tese de concurso para professor titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná, pp. 407-408. *"Mas não se trata de um simples processo de substituição assim como se mudasse o curso do sistema abolindo algumas penas e introduzindo outras sem que a este fenômeno se apresentassem as justificativas necessárias. Alternar não é somente a escolha como também um processo racional de escolha. Daí então ser possível falar-se de uma orientação filosófica e política subjacente aos mecanismos de alternativas que, portanto, reverterá numa doutrina jurídica. Essa composição de etapas é imprescindível para que se formem as bases racionais do sistema, evitando que o processo de alternância se transforme no mudancismo anárquico."*

justiça mais ágil e inspiradora de credibilidade em seus procedimentos e decisões, pois os Juízos Criminais ficarão desafogados tendo assim mais tempo para tratar com mais cuidado das infrações penais de maior gravidade.

As penas alternativas constituem formas mais justas e solidárias de penalização na medida em que procuram efetivamente proteger e ajudar não-só a sociedade, mas o próprio condenado, através de medidas mais positivas como assinala Louk Hulsman (ver quadro abaixo), e que são características de um Estado mais democrático, justo e valorizador dos direitos humanos.

<i>POSITIVAS</i>	<i>NEGATIVAS</i>
Proporcionar meios e formas	Levantar barreiras
Resolver, restaurar, recompensar, premiar	Punir
- Ajudar	Reprimir
- Guiar, Informar	Impedir
- Apelar para a responsabilidade e solidariedade	Separar e dividir

Fonte: Louk Hulsman (1990) Alternativas à Justiça Criminal: *In*: James Tubenchalak; Ricardo Silva de Bustamante. Livro de Estudos Jurídicos, p. 346.

Finalizando, devemos ter em mente que tanto num período anterior como durante os processos de elaboração e aplicação dos substitutivos penais, deve-se ter como objetivo a busca no sentido da criação e instauração de uma cultura das penas alternativas, cultura esta que praticamente inexistente em nosso país.

São Paulo, janeiro de 1997.

Bibliografia

- ANTUNES ANDREUCCI, Ricardo et al. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- ARIEL DOTTI, René. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. Curitiba, 484 p. (Tese de concurso para professor titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná), Universidade Federal do Paraná, 1980.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa, 1991.
- BORGES D'URSO, Luiz Flávio. A Prisão Cautelar. Origem e Evolução Histórica. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, v. 1, n. 3. pp. 75-79, 1994.
- BITENCOURT, César Roberto. *Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.
- BITENCOURT, César Roberto. *Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*. 2. ed., Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 1996.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada em 5 de outubro de 1988, organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 13 ed., São Paulo, Saraiva, 1996.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 2. ed., São Paulo, Saraiva. v. 1, 1992.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed., São Paulo, Ed. Atlas, 1995.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 15. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- HULSMAN, Louk. *Alternativas à Justiça Criminal*. In: Tubenchalak, James, 1990.
- BUSTAMANTE, Ricardo Silva de. *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, pp. 339-373.
- JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 5. ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1996.

- LEMGRUBER, Julita. A Necessidade da Aplicação e Ampliação das Alternativas à Pena Privativa da Liberdade. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, v. 1, n. 1, pp. 57-69, 1995.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 9. ed., São Paulo, Ed. Atlas. v. 1, 1995.
- MUAKAD, Irene Batista. *Pena Privativa de Liberdade*. São Paulo, Ed. Atlas, 1996.
- NUNES, Eunice. *Penas Alternativas à Prisão*. *Folha de S. Paulo*, 15.06.1996, p. 2, Caderno 3.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 5. ed., São Paulo, Saraiva. v. 2, 1969.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1996.
- SILVA FRANCO, Alberto et al. *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, t. I, 1995.

INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS

Hugo Brazioli Slivinskis

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O artigo principia com a análise dos influxos de investimentos internacionais, e para tanto relaciona-os com o crescimento dos principais setores da economia brasileira, com os investimentos brasileiros e estrangeiros no país, com os fluxos de investimentos estrangeiros diretos e em portfólio, com os investimentos externos em moeda e com a captação de recursos externos.

Abstract:

This article begins with an analysis of international investments inflow, relating them to the growth of main sector of Brazilian economy, to brazilian and foreign investments in Brazil, to the foreign direct investments and portfolio investments, to foreign currency investments as well as to inflow of external resources.

Unitermos: caracterização dos fluxos de capitais; modalidades de investimentos.

Sumário:

a. Introdução.

b. Caracterização dos fluxos de capitais.

- Os fluxos de investimentos internacionais relacionados com o crescimento dos principais setores da economia brasileira.
- Os investimentos brasileiros e estrangeiros no País.
- O fluxo de investimentos estrangeiros diretos e em portfólio.
- Os investimentos externos em moeda.
- Captação de recursos externos.

c. Modalidades de Investimentos.

- Investimentos diretos.
- Investimentos em carteira ou portfólio.
- Fundos de renda fixa para o capital estrangeiro.
- Fundos de privatização.

- Fundos de investimento imobiliário.
 - Fundo de investimentos em empresas emergentes - FIEE.
 - Outras formas de captação de recursos externos.
- d. Importância dos investimentos estrangeiros.
- e. O tratamento jurídico dos investimentos internacionais no Brasil.
- Conceito de investidor.
 - As exceções à isonomia específica dos capitais estrangeiros.
 - O registro do investimento.
 - Proteção jurídica do investimento.
 - O direito de expropriar.

a. Introdução.

Inicialmente o processo de industrialização estava restrito à economia nacional, tanto para a produção de bens de consumo quanto para a comercialização dos mesmos.¹ Com a crescente especialização e acumulação de capitais emergiu lentamente uma nova perspectiva de economia baseada principalmente na difusão de mercados² como princípio norteador do lucro, diversificação dos riscos e caráter assecuratório oligopolista.

A difusão de mercados principiou pelo comércio internacional de bens (importação e exportação), sendo seguida pelos movimentos de capitais, dos quais constitui modalidades o investimento direto e o investimento indireto ou *Nonofficial, Long Term (Portfolio, Direct), Short Term, Official*.³

1. Sobre o porquê da existência da comercialização entre países ver a *Teoria das Vantagens Comparativas*, que em linhas gerais afirma que duas nações têm relações comerciais quando apresentam custos de produção diferentes. Montoro Filho, André Franco e outros. *Manual de economia*. Coordenadores: Diva Benevides Pinho, Marco Sandoval de Vasconcellos, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, p. 238.

2. World Investment Report, 1994. *Transnational Corporations, Employment and the Workplace*. United Nations. New York and Geneva, 1994.

3. International Factor Movements, p. 260.

Nesse contexto de integração internacional econômica o processo de globalização foi inevitável e tendente a aprofundar cada vez mais a integração contínua entre empresas, mercados e Estados.⁴

A globalização abarca em si os benefícios de aumento de empregos e desenvolvimento de outros setores industriais, extrativos e agrícolas e os riscos de uma economia mundial porosa e interdependente - principalmente para os países de economias "emergentes"

Um exemplo dessa interdependência negativa, das economias, foram as conseqüências da crise do Sudeste Asiático, que caracterizaram-se pelas mudanças bruscas da taxa de câmbio que levaram a perda de US\$ 2 trilhões, reduzindo a liquidez internacional, aumentando a aversão ao risco e expondo os países (como o Brasil) de regime cambial pouco flexível e extremamente valorizado, sistema financeiro desequilibrado, desajustes e dificuldades de financiamentos de contas externas, problemas de paralisia política e ativos sobrevalorizados ao ataque especulativo.⁵

Atualmente o termo "globalização" conota mercados completamente integrados para bens, serviços e fatores de produção⁶ e pode-se dizer a princípio, sem no entanto incorrer em erro conceitual, que o nível de globalização dependerá em grande parte da política do país receptor dos investimentos. Um exemplo deste fato foi a classificação do Brasil, em 1993, entre os cinco países de maior risco (77%), conforme foi divulgado pela revista de *The Economist*, que considerou os fatores endividamento, saldo no balanço de pagamentos e estabilidade, ou seja: quanto à política e as questões sociais.⁷ A título de exemplo, em novembro deste ano o IPC em São Paulo, apurado pela FIPE, foi de 35,84% e a legislação brasileira restringia à alíquota de 5% a dedução como despesa operacional do preço líquido de vendas de produto resultante de tecnologia importada, assim se a empresa tivesse que pagar 10% de *royalties* para o exterior só poderia deduzir 5% como despesa, o

4. Pode-se dizer inclusive, como afirma o promissor advogado penalista e dos direitos das comunicações Victor Gabriel de Oliveira Rodriguez, que " .. o símbolo principal da globalização tem sido a evolução dos processos comunicativos"

5. Kandir, Antonio. *Resposta do Brasil à crise*.

6. World Investment Report 1994. *Transnational Corporations, Employment and the Workplace*. United Nations. New York and Geneva, 1994, p. 149.

7. Estado de São Paulo de 05.09.93.

que obviamente diminuía a transferência de tecnologia e o interesse dos investidores estrangeiros em investimentos diretos.⁸

Outro fato difícil de ser divorciado na análise da globalização é a presença das companhias transnacionais que, desde 1993, são responsáveis por quase metade das trocas internacionais.⁹

As companhias transnacionais (TNCs *transnational companies*) são empresas que operam em mais de um país beneficiando-se das patentes, *trademarks*, reputação e experiência administrativa na exploração da sua marca no mercado, utilizando-se de várias estratégias para aumentar o lucro ou para simplesmente assegurar o produto em mercado estrangeiro.

Dentre as estratégias de aumento do lucro temos a mundialização da produção que pode ocorrer em relação à totalidade das etapas que levam ao produto final ou a parte dessas etapas.

No primeiro caso tem-se as empresas que devido a expansão no mercado consumidor internacional apresentam custo menor em produzir no país estrangeiro do que realizar as constantes exportações, como por exemplo a Indústria Polti européia fabricante do Vaporetto que passou a vender mais no mercado brasileiro do que no mercado nativo, o que ocasionou um investimento direto de US\$ 15 milhões (60% da matriz italiana) para montar uma filial no Brasil, fato que gerou mais de duzentos empregos diretos na região de Araras e uma perspectiva de exportação de 20% das vendas para outros países sul-americanos.¹⁰

Já no caso da mundialização, ocorre em cada país as etapas de produção mais adequadas aos recursos disponíveis e à política econômica vigente, como é o caso das indústrias automotivas, onde, por exemplo, o motor é francês, o freio é alemão e o chassi e a montagem são brasileiras.

Dois outros fatores que contribuem para a presença das TNCs em um país são a diversificação do risco e a proteção do produto no mercado internacional.

8. Ver posterior gráfico sobre o comportamento dos investimentos diretos e portfólio durante os anos de 1977 à 1997, apresentado no item investimentos diretos.

9. Vernon, Raymond. *Research on transnational corporations. shedding old paradigms*. Transnational Corporation, v. 3, n. 1, fev. 1994, p. 137.

10. Novais, Marcelo. *Dinheiro a vapor*. Dicas de Negócios, Oesp Mídia Direta, RPM, ano 1, n. 7.

Sobre o segundo tem-se a tese de Stephen Himer,¹¹ segundo a qual todo investidor no exterior é um monopolista ou um oligopolista quanto ao produto que investe em um mercado estrangeiro. O caráter monopolista levaria o investidor a desbravar novos mercados e o caráter oligopolista ocasionaria investimentos no mercado desbravado de produtos de alta elasticidade cruzada dos concorrentes do investidor pioneiro, assim, citando o professor doutor Luiz Olavo Baptista, "*onde a Ford investir, a GM estaria investindo, onde a Shell investisse, a Exxon estaria presente*"¹²

Com a crescente interação entre mercados aumentou a importância da análise dos investimentos estrangeiros, especialmente os investimentos diretos, que têm sido uma das áreas de maior atenção na economia internacional da segunda metade do século XX, frente às preocupações da desnacionalização da economia e às necessidades de crescimento da economia que estas modalidades de investimentos proporcionam.

Assim, frente à realidade da dispersão dos mercados, pode-se distinguir entre dois meios de se suprir um mercado internacional: via exportação ou investindo na produção do país exportador. Somente a segunda contribui efetivamente no mercado suprido para geração de empregos, transferência de tecnologia, desenvolvimento de outros setores da economia e aportes expressivos de capitais, mas é extremamente dependente do regime de investimentos internacionais adotados pelo país.

Assim, é intuito do presente capítulo analisar os investimentos estrangeiros sobre a óptica do fluxo, modalidades, importância e tratamento pelo Brasil.

11 *The International Operation of National Firms: A Study of Direct Foreign Investment*, Cambridge, Mass.: MIT Press, 1976, passim *apud* Baptista, Luiz Olavo. *Investimento internacionais no direito comparado e brasileiro* - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 25.

12. Baptista, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro* - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 25.

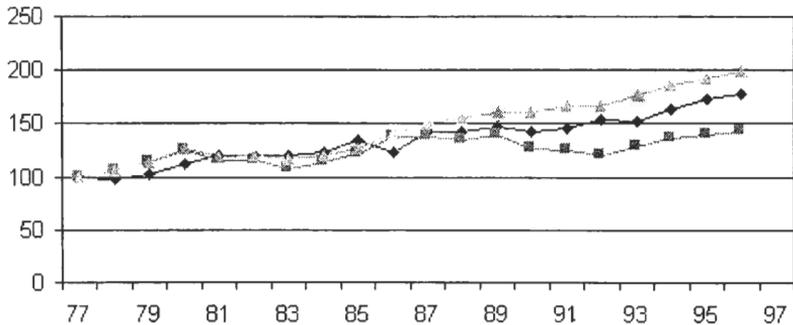
b. Caracterização dos fluxos de capitais.

O presente item tem por objetivo documentar as principais tendências dos fluxos de investimentos estrangeiro no Brasil, fornecendo os subsídios necessários para que se possa entender, em linhas gerais, o impacto que o capital estrangeiro vem exercendo na economia brasileira.

- Os fluxos de investimentos internacionais relacionados com o crescimento dos principais setores da economia brasileira.

GDP GROWTH BY MAJOR SECTORS

(Index 1977=100)



Source: IDB Statistics and Quantitative Analysis

◆ Agriculture ■ Industry ▲ Services

A globalização dos mercados traz a necessidade de operações financeiras globalizadas ("casas de títulos", corretoras, bancos de investimentos e bancos de negócios)¹³ e o desenvolvimento do setor de "serviços industriais"¹⁴

13. Barros, Octavio de. *Estudo da competitividade da Indústria brasileira. Oportunidades abertas para o Brasil face aos fluxos globais de investimento de risco e de capitais financeiros nos anos 90*. Bloco: *Condicionantes internacionais de competitividade*. Work Shop, Campinas, 1993, p. 45.

14. Barros, Octavio de. *Estudo da competitividade da Indústria brasileira. Oportunidades abertas para o Brasil face aos fluxos globais de investimento de risco e de capitais financeiros nos*

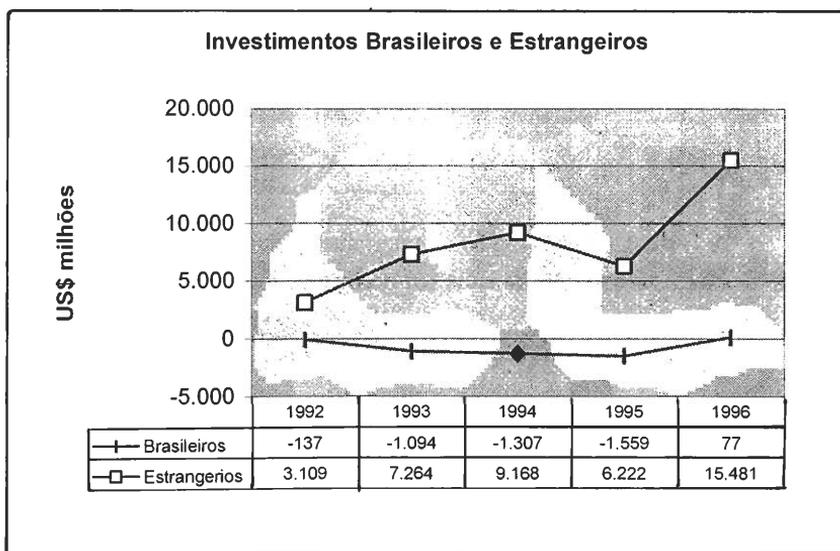
(controle e gerenciamento de atividade produtivas ou de outros serviços que tem por escopo diminuir o custo de produção de empresas).

Desta forma nota-se um aumento do crescimento do setor de serviços com os influxos do capital estrangeiro, o que demonstra o elemento central do processo de transnacionalização: "interpenetração patrimonial".

- Os investimentos brasileiros e estrangeiros no País.

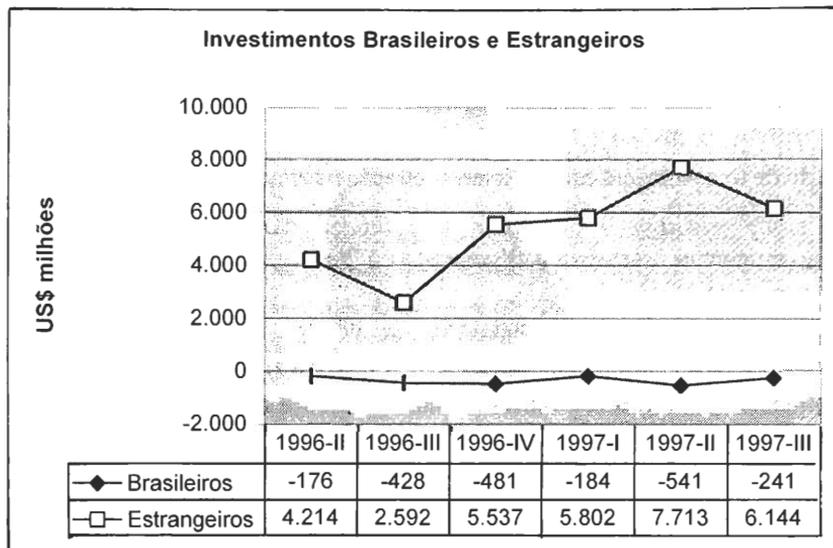
Colocada a particularidade de que o mercado global cresce em investimentos nas áreas de serviços e que o Brasil tem acompanhado esta tendência, faz-se interessante registrar os investimentos brasileiros e estrangeiros realizados no País.

Esse registro far-se-á em duas etapas, a primeira demonstra os dados dos investimentos de 1992 a 1996 e a segunda os dados dos três últimos trimestres de 1996 com os três primeiros trimestres de 1997.¹⁵



anos 90. Bloco: Condicionantes internacionais de competitividade. Work Shop. Campinas, 1993. p. 47

15. Dados extraídos do Boletim do Banco Central.

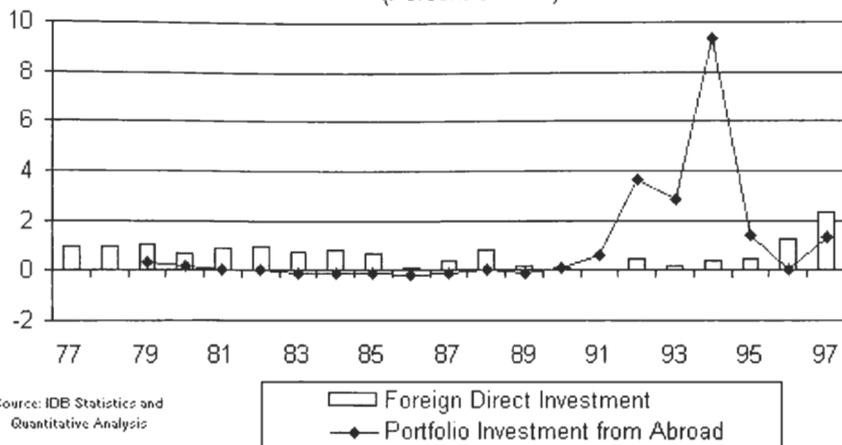


O fluxo de investimentos estrangeiros vêm-se apresentando constantemente superiores aos investimentos brasileiros, o que ocasiona uma atenção maior à destinação desses investimentos.

- O fluxo de investimentos estrangeiros diretos e em portfólio.

As modalidades mais importantes de investimentos são os investimentos diretos e os investimentos em portfólio, sendo que os últimos sofrem bruscas mudanças em decorrência de alterações macroeconômica-políticas, caracterizando-se por serem pouco estáveis.

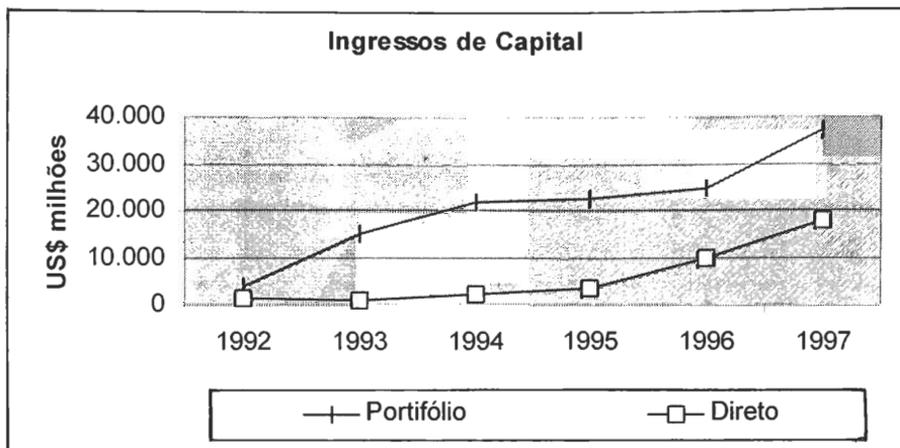
DIRECT AND PORTFOLIO INVESTMENT (Percent of GDP)



Esta instabilidade pode ser facilmente percebida no gráfico acima considerando a retirada brusca em 1995 dos investimentos em portfólio devido a uma crise financeira interna e a queda do crescimento da economia.

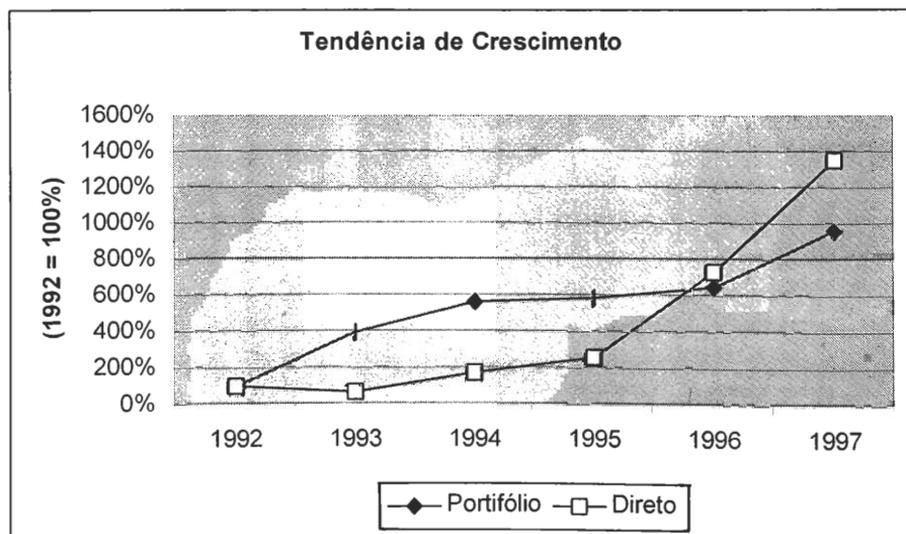
Assim, é imperioso observar a tendência desses investimentos externos no Brasil, a fim de questionar a estabilidade do crescimento econômico proporcionada por estes influxos externos.

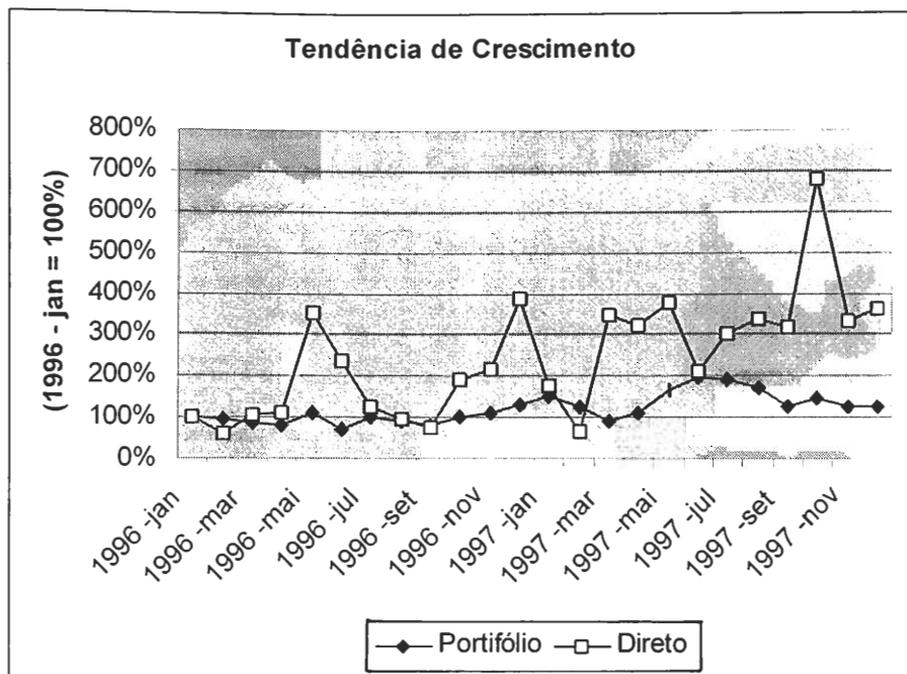
Os primeiros dados que devem ser apresentados para se obter uma idéia geral são os que demonstram a quantidade de capitais externos destinadas a essas duas modalidades.



Pelo gráfico exposto percebe-se que os investimentos em portfólio são superiores aos investimentos diretos, no entanto não se pode a partir desses dados verificar um tendência de crescimento.

Desta forma, apresenta-se a seguir os crescimentos percentuais dos investimentos em portfólio e direto, a fim de se poder concluir sobre uma tendência de crescimento.





Desta forma pode-se perceber que ao longo dos anos a tendência de crescimento dos investimentos diretos sobre os investimentos em portfólio vem se acentuando, especialmente durante os dois últimos anos, possibilitando um crescimento econômico de maior estabilidade frente a crises bruscas.

Um fato atual que tem influenciado substancialmente - nos últimos dois anos¹⁶ o ingresso de investimentos diretos estrangeiros são as privatizações, que em 1997 constituíram 38,88% dos investimentos diretos e em 1997, 34,06%.¹⁷

Outros dados recentes do PND¹⁸ são a participação de 100% do capital estrangeiro na desestatização da Malha Oeste da Rede Ferroviária Federal e a participação de 61% (US\$ 1.384 milhões) no caso da Light.¹⁹

16. Em 1995 não houve participação do capital estrangeiro em programas de privatização.

17. BNDES/ Privatização - Moedas.

18. Empresas desestatizadas na forma da Lei n. 8.031 de 12.04.90.

19. BNDES/ Privatização - Moedas.

- Os investimentos externos em moeda.

Apresentada de modo geral a entrada dos investimentos estrangeiros no Brasil é imperioso individualizar os investimentos externos em moeda.

A próxima tabela apresentada²⁰ relaciona os investimentos diretos, em portfólio, os investimentos em fundo de renda fixa²¹ e nos demais fundos (como os fundos de renda variável e os fundos Hedge).

(em US\$ milhões)

Período	Portfólio			Direto			Fundos renda fixa			Demais fundos			Total		
	Ingressos	Retorno	Líquido	Ingressos	Retorno	Líquido	Ingressos	Retorno	Líquido	Ingressos	Retorno	Líquido	Ingresso	Retorno	Líquido
1992	3.854	2.180	1.704	1.324	170	1.154	0	0	0	0	0	0	5.188	2.330	2.858
1993	14.971	8.380	6.591	877	480	397	80	0	80	0	0	0	15.928	8.860	7.068
1994	21.600	16.521	5.079	2.241	329	1.912	1.434	86	1.348	1.939	956	983	27.214	17.892	9.322
1995	22.559	17.806	4.753	3.285	315	2.970	211	1.196	-985	1.955	1.451	504	28.010	20.768	7.242
1996-jan	2.146	1.062	1.084	466	11	455	2	1	1	610	282	328	3.224	1.356	1.868
1996-fev	2.012	1.405	607	273	38	235	2	0	4	166	96	70	2.453	1.539	916
1996-mar	1.784	1.827	-43	482	3	479	4	0	2	0	21	-21	2.270	1.851	417
1996-abr	1.729	1.155	574	510	32	478	2	0	3	1	3	-2	2.242	1.190	1.053
1996-mai	2.345	1.622	723	1.641	18	1.623	3	0	0	2	75	-73	3.991	1.715	2.273
1996-jun	1.502	1.720	-218	1.105	2	1.103	0	0	0	0	2	-2	2.607	1.724	883
1996-jul	2.131	2.199	-68	597	12	585	0	2	-2	11	0	11	2.739	2.213	526
1996-ago	1.961	1.234	727	434	5	429	0	1	1	40	-39	2.396	1.280	1.116	
1996-set	1.731	1.100	631	354	6	348	0	1	-1	54	52	2	2.139	1.159	980
1996-out	2.180	1.479	701	888	64	824	-1	2	-1	18	3	15	3.065	1.548	1.539
1996-nov	2.365	1.647	718	1.014	115	899	0	1	-1	5	110	-105	3.384	1.873	1.511
1996-dez	2.798	2.116	682	1.816	79	1.737	0	0	0	8	26	-18	4.622	2.221	2.401
1996-total	24.684	18.566	8.118	9.580	385	9.195	12	8	4	876	710	166	35.152	19.689	15.483
1997-jan	3.238	1.806	1.402	831	31	800	0	129	-129	15	98	-83	4.054	2.064	1.990
1997-fev	2.713	1.514	1.199	304	32	272	0	0	0	1	2	-1	3.018	1.548	1.470
1997-mar	1.984	1.320	674	1.617	0	1.617	0	29	-29	0	11	-11	3.611	1.360	2.251
1997-abr	2.328	1.805	523	1.496	30	1.466	0	210	-210	35	63	-28	3.859	2.108	1.751
1997-mai	3.579	1.707	1.872	1.747	2	1.745	1	39	-38	84	26	58	5.411	1.774	3.637
1997-jun	4.241	3.271	970	994	11	983	58	67	-9	241	25	216	5.534	3.374	2.160
1997-jul	4.143	3.393	750	1.400	19	1.381	7	112	-105	258	59	199	5.908	3.583	2.225
1997-ago	3.658	2.947	711	1.577	186	1.391	2	1	1	241	87	174	5.478	3.201	2.277
1997-set	2.716	2.437	279	1.485	58	1.427	0	67	-67	63	106	-43	4.264	2.688	1.596
1997-out	3.183	3.739	-556	3.164	770	2.394	0	736	-736	64	162	-98	6.411	5.407	1.004
1997-nov	2.711	3.869	-1.558	1.553	330	1.223	3	386	-383	68	18	50	4.335	4.603	-668
1997-dez	2.716	2.967	-251	1.696	65	1.631	327	50	277	197	60	137	4.936	3.142	1.794
1997-total	37.190	30.775	6.015	17.864	1.534	16.330	398	1.826	-1.428	1.267	697	570	56.719	34.832	21.487

- Captação de Recursos Externos.

Observados os investimentos externos em moeda, pode-se apresentar um resumo de como ocorreu a captação dos recursos externos nos últimos quatro anos. Sendo que a discriminação das modalidades dos recursos externos será feita no item relacionado às modalidades de investimentos.

20. Dados colhidos no Banco Central.

21. Sobre o caráter pouco volátil dos fundos de renda fixa tem-se que: "o segredo dos fundos de renda fixa é a idéia do condomínio, ou seja, embora os aplicadores tenham o mesmo direito de resgatar suas cotas em curto prazo, nem todos o fazem ao mesmo tempo, isto é, sempre fica uma grande soma disponível, que pode ser aplicada em títulos mais rentáveis". Fortuna, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços*, São Paulo, Qualitymark Editora, 10ª ed., 1997. p. 230.

(em US\$ milhões)

Discriminação	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1996	1997	1996	1997	1996	1997	
	Total					I	II	III	III	(I+II+III)	(I+II)		
Total	17 791	32.667	43.073	53.885	78.999	15.260	19.042	20.907	33.028	15.873	39.453	52.040	91.523
Investimentos	5.188	15.928	27.214	28.010	35.152	7.947	10.683	8.838	14.804	7.274	15.550	24.059	41.037
Em carteira	3.863	14.971	21.600	22.559	24.684	5.942	7.915	5.576	10.148	5.823	10.517	17.341	28.580
Direto	1.325	877	2.241	3.285	9.580	1.221	2.752	3.256	4.237	1.385	4.462	5.862	11.451
Fundos de renda fixa	0	80	1.434	211	12	8	0	3	59	0	9	11	68
Fundos de privatização	0	0	1.939	1.955	779	776	0	1	320	0	522	777	842
Fundos de investimentos imobiliário	0	0	0	0	92	0	16	2	37	62	40	64	93
Fundos de investimentos em empresas emergentes	0	0	0	0	5	0	0	0	3	4	0	4	3
Empréstimos em moeda	7.979	11.031	8.756	15.883	28.078	4.484	4.150	7.731	9.093	4.575	12.019	16.790	25.262
Comunicado Firce n° 10	922	769	1.053	2.170	2.626	631	889	722	973	525	1.265	1.878	3.127
Resolução n° 63	856	597	201	817	376	307	47	16	71	40	558	363	676
Resolução n° 2.148 - Financiamento rural direto	0	0	0	1.067	4.866	573	653	1.461	731	1.121	4.065	3.155	5.449
Resolução n° 2.170 - Financiamento imobiliário	0	0	0	0	5	5	0	0	1	0	3	5	4
Resolução n° 2.312 - E Exportadora	0	0	0	0	631	0	62	0	24	0	10	0	96
Commercial Paper	1.190	338	182	381	633	161	107	55	8	379	10	595	125
Bônus e notes	4.833	7.594	5.961	9.650	18.046	2.618	2.371	5.117	7.238	2.465	5.973	10.200	15.582
Export securities	30	675	261	494	297	112	0	95	0	32	56	239	56
Renovações	148	1.054	1.098	1.304	598	77	21	265	47	13	79	355	147
Financiamentos	2.332	3.282	4.353	4.576	6.828	968	4.290	2.032	5.491	1.712	8.047	4.712	17.828
Registrados	447	449	630	1.074	1.422	242	623	500	2.214	351	4.119	1.093	6.956
Autorizados	1.885	2.833	3.723	3.502	5.406	726	1.867	1.532	3.277	1.361	3.928	3.619	9.072
Leasing e aluguel	1.173	1.005	842	1.143	1.868	328	526	755	964	268	1.300	1.351	2.790
Pagamentos antecipados de exportação	1.119	1.421	1.908	4.273	7.073	1.533	1.193	1.551	2.676	2.044	2.537	5.128	6.406

Para completar uma análise geral faz-se necessário quantificar os investimentos e os reinvestimentos estrangeiros relacionados por país,²² a fim de demonstrar os principais países investidores.

(em US\$ milhões)

País	ano	Invest.	Reinv.	Total	País	ano	Invest.	Reinv.	Total
África do Sul	1992	0	0	0	Alemanha	1992	95.491	20.567	116.058
	1993	0	0	0		1993	108.187	-766	107.421
	1994	0	0	0		1994	323.645	17.014	340.659
	1995	0	0	0		1995	-9.687	0	-9.687
Andorra	1992	0	0	0	Angola	1992	0	0	0
	1993	0	0	0		1993	0	0	0
	1994	0	0	0		1994	0	0	0
	1995	0	0	0		1995	0	0	0

Antilhas Hol.	1992	9.166	10	9.176	Arábia Saud.	1992	0	0	0
	1993	134.958	-7.375	127.583		1993	0	0	0
	1994	152.413	25.068	177.481		1994	0	0	0
	1995	-172.541	0	-172.541		1995	0	0	0
Argentina	1992	12.904	2	12.906	Austrália	1992	6.882	2.681	9.563
	1993	12.229	273	12.502		1993	176	0	176
	1994	70.720	0	70.720		1994	15.103	0	15.103
	1995	-21.200	0	-21.200		1995	0	0	0
Austria	1992	2.734	3.643	6.377	Bahamas	1992	114.953	-1.480	113.473
	1993	8.660	-150	8.510		1993	653.115	3.373	656.488
	1994	12.085	0	12.085		1994	1.086.534	13.136	1.099.670
	1995	0	0	0		1995	-857.113	0	-857.113
Bahrain	1992	0	0	0	Barbados	1992	0	0	0
	1993	0	0	0		1993	0	0	0
	1994	0	0	0		1994	0	0	0
	1995	0	0	0		1995	0	0	0
Bélgica	1992	13.393	49.914	63.307	Bermudas	1992	8.977	-992	7.985
	1993	61.565	1.412	62.977		1993	-4.316	-347	-4.663
	1994	-35.489	12.551	-22.938		1994	44.988	0	44.988
	1995	1.185	0	1.185		1995	321.880	0	321.880
Bolívia	1992	0	0	0	Canadá	1992	81.309	-14	81.295
	1993	0	0	0		1993	-34.325	11.752	-22.573
	1994	0	0	0		1994	34.057	3.147	37.204
	1995	0	0	0		1995	4.072	0	4.072
Cayman	1992	154.433	-6.044	148.389	Chile	1992	10.089	0	10.089
	1993	1.855.964	7.144	1.863.108		1993	-2.365	0	-2.365
	1994	398.214	1.593	399.807		1994	14.381	0	14.381
	1995	-2.415.987	0	-2.415.987		1995	-187	0	-187
China Cont.	1992	134	0	134	Chipre	1992	0	0	0
	1993	584	0	584		1993	0	0	0
	1994	279	0	279		1994	0	0	0
	1995	0	0	0		1995	0	0	0
Singapura	1992	0	0	0	Colômbia	1992	0	0	0

	1993	0	0	0		1993	0	0	0
	1994	0	0	0		1994	800	0	800
	1995	0	0	0		1995	0	0	0
Coreia do Nor.	1992	0	0	0	Coreia do Sul	1992	66	0	66
	1993	0	0	0		1993	76	0	76
	1994	-37	0	-37		1994	2.018	6	2.024
	1995	0	0	0		1995	0	0	0
Costa Marfim	1992	0	0	0	Costa Rica	1992	0	5	5
	1993	0	0	0		1993	0	11	11
	1994	0	0	0		1994	0	0	0
	1995	0	0	0		1995	0	0	0
Coveite	1992	76.106	0	76.106	Dinamarca	1992	8.692	896	9.588
	1993	0	0	0		1993	-444	-1.826	-2.270
	1994	0	0	0		1994	6.752	129	6.881
	1995	0	0	0		1995	4.694	0	4.694
Egito	1992	0	0	0	Equador	1992	0	0	0
	1993	0	0	0		1993	0	0	0
	1994	0	0	0		1994	0	0	0
	1995	0	0	0		1995	0	0	0
Espanha	1992	30.379	883	31.262	EUA	1992	1.353.408	-26.921	1.326.487
	1993	39.160	484	39.644		1993	3.106.592	-113.946	2.992.646
	1994	6.067	0	6.067		1994	3.642.193	-17.161	3.625.032
	1995	30	0	30		1995	-350.192	0	-350.192
Estônia	1992	0	0	0	Finlândia	1992	-188	68	-120
	1993	0	0	0		1993	2.721	0	2.721
	1994	0	0	0		1994	244	0	244
	1995	0	0	0		1995	0	0	0
Form.-Taiwan	1992	0	0	0	França	1992	30.776	-31.597	-821
	1993	0	0	0		1993	112.110	3.965	116.075
	1994	204	0	204		1994	255.514	23.238	278.752
	1995	0	0	0		1995	-15.871	0	-15.871
Gibraltar	1992	15	20	35	Grécia	1992	0	0	0
	1993	52	0	52		1993	0	0	0

	1994	638	0	638		1994	0	0	0
	1995	0	0	0		1995	0	0	0
Guia. Frances.	1992	12	0	12	Holanda	1992	188 016	93 809	281 825
	1993	0	0	0		1993	269.229	9.564	278 793
	1994	0	0	0		1994	53.701	2.322	56.023
	1995	0	0	0		1995	-10.143	0	-10 143
Hong-Kong	1992	1.280	0	1.280	Hungria	1992	0	0	0
	1993	-2.901	0	-2.901		1993	0	0	0
	1994	178	0	178		1994	0	0	0
	1995	0	0	0		1995	0	0	0
Índia	1992	75	0	75	Irã	1992	0	0	0
	1993	9	0	9		1993	0	0	0
	1994	0	0	0		1994	0	0	0
	1995	0	0	0		1995	0	0	0
Iraque	1992	0	0	0	Irlanda do Sul	1992	942	0	942
	1993	0	0	0		1993	2.665	0	2.665
	1994	0	0	0		1994	85.382	0	85.382
	1995	0	0	0		1995	-28.148	0	-28.148
Israel	1992	558	0	558	Itália	1992	-79.643	-54.984	-134.627
	1993	-1.410	0	-1.410		1993	511.206	1.450	512.656
	1994	19	0	19		1994	14.592	314	14 906
	1995	0	0	0		1995	50	0	50
Iugoslávia	1992	-26	0	-26	Japão	1992	74 860	285	75 145
	1993	0	0	0		1993	37 131	-10.419	26 712
	1994	0	0	0		1994	76.324	-812	75.512
	1995	0	0	0		1995	18.738	144	18.882
Jordânia	1992	0	0	0	Leeward	1992	954	0	954
	1993	0	0	0		1993	19.736	0	19.736
	1994	0	0	0		1994	-8.552	0	-8.552
	1995	0	0	0		1995	-42	0	-42
Líbano	1992	333	0	333	Libéria	1992	569	0	569
	1993	62	0	62		1993	609	0	609
	1994	0	0	0		1994	-492	0	-492

	1995	0	0	0		1995	0	0	0
Liechtenstein	1992	52.570	31	52.601	Luxemburgo	1992	-7.357	-4.100	-11.457
	1993	2.607	5	2.612		1993	131.253	-934	130.319
	1994	4.774	2.547	7.321		1994	96.045	235	96.280
	1995	3.987	0	3.987		1995	25.005	0	25.005
Malásia	1992	36	0	36	Malgaxe	1992	0	0	0
	1993	0	0	0		1993	0	0	0
	1994	0	0	0		1994	0	0	0
	1995	0	0	0		1995	0	0	0
Malta	1992	214	0	214	Marrocos	1992	0	0	0
	1993	0	0	0		1993	0	0	0
	1994	0	0	0		1994	0	0	0
	1995	0	0	0		1995	0	0	0
México	1992	-714	0	-714	Mônaco	1992	0	0	0
	1993	47	-1	46		1993	0	0	0
	1994	259	0	259		1994	0	0	0
	1995	-50	0	-50		1995	0	0	0
Nigéria	1992	0	0	0	Noruega	1992	0	0	0
	1993	0	0	0		1993	-23.821	0	-23.821
	1994	0	0	0		1994	382	148	530
	1995	0	0	0		1995	0	0	0
Nova Zelândia	1992	647	0	647	Panamá	1992	61.259	44.438	105.697
	1993	629	0	629		1993	33.571	-503	33.068
	1994	410	0	410		1994	7.025	-18.854	-11.829
	1995	0	0	0		1995	5	265	270
Pápua	1992	0	0	0	Paraguai	1992	50.537	0	50.537
	1993	0	0	0		1993	1.632	0	1.632
	1994	0	0	0		1994	-19.303	0	-19.303
	1995	0	0	0		1995	-18.716	0	-18.716
Peru	1992	0	0	0	Polónia	1992	0	0	0
	1993	0	0	0		1993	0	0	0
	1994	0	0	0		1994	0	0	0
	1995	0	0	0		1995	0	0	0

Porto Rico	1992	0	0	0	Portugal	1992	146	1.217	1.363
	1993	0	0	0		1993	59.462	1.452	60.914
	1994	221.449	0	221.449		1994	194.737	1.420	196.157
	1995	-97.568	0	-97.568		1995	0	0	0
Reino Unido	1992	379.398	-5.135	374.263	Rep. Domin.	1992	0	0	0
	1993	942.248	-18.532	923.716		1993	0	0	0
	1994	1.711.367	3.569	1.714.936		1994	0	0	0
	1995	-217.018	0	-217.018		1995	0	0	0
Rússia	1992	0	0	0	Suécia	1992	-52.411	-8.437	-60.848
	1993	0	0	0		1993	-157	16.293	16.136
	1994	0	0	0		1994	-7.725	-1.147	-8.872
	1995	0	0	0		1995	-5.721	0	-5.721
Suíça	1992	54.945	-23.429	31.516	Rep. Tcheca	1992	0	0	0
	1993	51.495	21.314	72.809		1993	0	0	0
	1994	-13.533	-28.575	-42.108		1994	0	0	0
	1995	-18.518	2.958	-15.560		1995	0	0	0
Uruguai	1992	31.317	683	32.000	Venezuela	1992	9.712	0	9.712
	1993	124.419	378	124.797		1993	4.885	0	4.885
	1994	44.355	46	44.401		1994	-5.399	0	-5.399
	1995	15.883	0	15.883		1995	0	0	0
Virg. Ilha-RU	1992	1.035	0	1.035	Virg. Ilha-EUA	1992	9.242	803	10.045
	1993	-324	0	-324		1993	8.333	0	8.333
	1994	-150	0	-150		1994	3.890	0	3.890
	1995	0	0	0		1995	628	0	628
Org. Internac.	1992			0					
	1993			0					
	1994			0					
	1995			0					
Total Geral	1992	2.829.850	56.598	2.886.449					
	1993	8.301.836	-77.025	8.224.810					
	1994	8.577.217	40.273	8.617.490					
	1995	-3.842.188	3.367	-3.838.820					

c. Modalidades de Investimentos.

O intuito do presente item é relacionar as principais formas de entrada dos investimentos estrangeiros.

- Investimentos diretos.

O FMI,²³ a OCDE²⁴ e o MIGA²⁵ classificam como investimentos diretos àqueles que têm a finalidade de obter participação duradoura em uma empresa. O Banco Central considera como tais investimentos àqueles que tenham por fim adquirir no mínimo 10% do capital votante ou 20% do capital total.²⁶

Os investimentos diretos, segundo o Banco Central,²⁷ poderão ser efetivados nas seguintes formas: moeda (estrangeira ou nacional),²⁸ mercadorias (máquinas e equipamentos), bens intangíveis (marcas, patentes ou créditos relativos ao pagamento de tecnologia) e conversão de dívida, como as "moedas de privatização"

Outra classificação adotada pelo Banco Central divide os investimentos diretos segundo três naturezas básicas. A primeira tange aos investimentos em imóveis, a segunda em subsidiárias e filiais, onde distinguimos as empresas transnacionais e as empresas globais e a terceira em participações em empresas no país, onde incluem-se os investimentos duradouros feitos no PND.

23. Fundo Monetário Internacional.

24. Organização Econômica de Cooperação e Desenvolvimento.

25. Agência Multilateral de Garantia de Investimento.

26. Banco Central. Boletim, 1997.

27. Banco Central. Resenha Econômica, 1997.

28. Cabe lembrar que o critério que diferencia os investimentos nacionais dos investimentos estrangeiros é o país de origem.

- Investimentos em Carteira ou Portifólio.

Os investimentos em portfólio são os investimentos que não têm por fim estabelecer vínculo duradouro²⁹ entre o investido e o investidor, estando sujeitos a bruscas flutuações.

Utilizando as Resoluções do Banco Central e as Instruções da CVM pode-se dividir os investimentos em carteira ou portfólio sob a seguinte óptica:

- Regulamentos anexos à Resolução n. 1.289 de 20.03.87.

O anexo I à Resolução n. 1.289 de 20.03.87, refere-se aos investimentos estrangeiros efetuados através de sociedades anônimas de capital autorizado, que estão sujeitas à autorização do Banco Central e à aplicação de no mínimo 50% em ações, sendo que os recursos remanescentes poderão ser aplicados de acordo com o art. 2º I da Resolução n. 2.344 de 19.12.96,³⁰ que modificou o art. 44 do Regulamento Anexo I da Resolução n. 1.289 de 20.03.87.

O anexo II da Resolução regulamenta os Fundos de Investimento de Capital Estrangeiro que são definidos pelo Banco Central como os constituídos sob forma de condomínio aberto, congregando recursos externos de pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior, de fundos ou outras entidades de investimento coletivo estrangeiro, destinados à aplicação em carteira diversificada de títulos e valores mobiliários.

A modalidade de aplicação desses fundos é de no mínimo 70% em ações de emissões de companhias abertas adquiridas em bolsa de valores, mercado de balcão ou por subscrição, sendo que são facultados aos recursos remanescentes

29. Mesmo na classificação do Banco Central, com relação aos investimentos diretos, subentende-se uma participação duradoura.

30. Os recursos remanescentes poderão ser aplicados isolados ou cumulativamente em ações de companhias registradas em bolsa de valores adquiridas em bolsa ou por subscrição; debêntures conversíveis em ações de distribuição pública, desde que emitidas a partir 01.11.96 e com prazo de vencimento igual ou superior a três anos; ações sem direito a voto de emissão de instituições financeiras com sede no país, com ações negociadas em bolsa de valores e outras modalidades de investimentos previamente autorizadas, em conjunto, pelo Banco Central e pela CVM.

serem aplicados em concordância com o inciso II do art. 2º da Resolução n. 2.344,³¹ que alterou o art. 41 do Regulamento Anexo II da Resolução n. 1.289.

Os fundos dessas modalidades criados a partir de 1987, possuem limites de aplicação e custos de administração mais elevados do que os investimentos realizados sob a égide do anexo I, desta forma são freqüentemente utilizados pelo pequeno investidor externo que não dispõe de administração própria para gerenciar os seus recursos.³²

O anexo III regulamenta a carteira de títulos e valores mobiliários para investidores institucionais estrangeiros, diferindo do anexo anterior somente³³ pelo fato de não apresentar limite para a diversificação de risco de aplicação. Este anexo abrange os fundos de pensão, carteiras de instituições financeiras, fundos de investimentos e seguradoras.

No anexo IV, incluído na Resolução n. 1.289 por força da Resolução n. 1.832, encontra-se a regulamentação para a aplicação direta dos investidores institucionais estrangeiros em bolsa de valores. Pelo fato desses fundos possuírem alta taxa de manobra e baixo custo de administração têm concentrado os grandes investidores externos.

As modalidades de aplicação deste inciso destinam-se a valores mobiliários de rendimentos não-predeterminados,³⁴ sendo que os recursos não-aplicados nesses valores mobiliários poderão ser aplicados isolados ou cumulativamente em debêntures conversíveis em ações de distribuição pública, desde que emitidas a partir de 01.11.96, com prazo de vencimento igual ou superior a 3 (três) anos; ações sem direito a voto, negociadas em bolsa de valores, de emissão

31. Debêntures conversíveis em ações de distribuição pública, desde que emitidas a partir de 01.11.96, com prazo de vencimento igual ou superior a três anos; ações sem direito a voto de emissão de instituições financeiras com sede no país, com ações negociadas em bolsas de valores; outros valores mobiliários de emissão de companhias abertas, observado o disposto no art. 3º da Resolução n. 2.034 de 17.12.93; outras modalidades de investimento expressamente autorizadas, em conjunto, pelo Banco Central e pela CVM.

32. Fortuna, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços*, São Paulo, Qualitymark Editora, 10ª ed., 1997.

33. Modalidade de aplicação é idêntica, inclusive no tocante aos recursos remanescentes.

34. A aplicação em valores mobiliários de renda fixa é vedada pelo art. 3º da Resolução n. 2.034 de 17.12.93, com redação dada pela Resolução n. 2.344, art. 3º.

de instituições financeiras com sede no país ou outras modalidades de investimento expressamente autorizadas pelo Banco Central e pela CVM.³⁵

Para que o capital estrangeiro possa entrar no país para os investimentos disciplinados neste anexo é necessário que um representante local do investidor (instituição financeira nacional) solicite o registro do investidor na CVM, que segue as normas do Capítulo I da Resolução n. 1.832 de 31.05.91.³⁶

A Resolução n. 1.927 de 15.06.92 incluiu o anexo V na Resolução n. 1.289 que disciplina os investimentos de capitais estrangeiros no país através de *Depositary Receipts*.

Os *Depositary Receipts* são títulos emitidos por um banco estrangeiro (no caso das ADRs por um banco americano) lastreados por uma empresa de outro país.

Os DRs são definidos pelo Banco Central como sendo os certificados representativos de ações ou outros valores mobiliários que representem direitos a ações, emitidos no exterior por instituição depositária com lastro em valores mobiliários depositados em custódia específica no Brasil.³⁷

Com a possibilidade do mercado de ações operar via DRs notou-se um aumento dos fluxos de investimentos via portfólio, no entanto, como já foi registrado, este tipo de investimento é muito suscetível a bruscas variações.

- Fundos de Renda Fixa para o Capital Estrangeiro.

Fundo disciplinado pela Resolução n. 2.034 de 17.12.93 que tem a finalidade de captação de recursos externos para investimentos em títulos de emissão do Tesouro Nacional ou Banco Central, separada ou cumulativamente, e em ativos de renda fixa emitidas por empresas e instituições sediadas no país.

As modalidades de aplicação são de no mínimo de 35% em títulos de emissão do Banco Central ou Tesouro Nacional, separada ou cumulativamente;

35. Art. 27 do Regulamento. Anexo IV da Resolução n. 1.289, com redação dada pela Resolução n. 2.344, art. 2º, IV.

36. O prazo para a análise do registro é de 30 (trinta) dias, sendo que poderá ser interrompido uma única vez em caso de solicitação de documentos. Decorrido o prazo sem que haja manifestação da CVM o registro do investidor considera-se aprovado.

37. Art. 1º, I da Resolução n. 1.927.

máximo de 20% em títulos de renda fixa de emissão ou aceite de instituições financeiras e valores mobiliários de renda fixa.

Segundo os dados colhidos no Banco Central a expressividade desses fundos é baixa: o somatório dos investimentos nessa modalidade nos primeiros nove meses de 1997 foi de 68 milhões contra 41.037 milhões em investimentos em portfólio e 28.580 milhões em investimentos diretos.³⁸

- Fundos de Privatização.

Os fundos de privatização foram autorizados pela Resolução n. 1.806 de 27.03.91 e regulamentados pela Instrução CVM n. 175 de 06.02.92 e tem por fim o investimento estrangeiro por moeda corrente ou moeda de privatização.

As moedas de privatização,³⁹ por Resolução do Conselho Monetário Nacional, a partir de setembro de 1995 não sofrem mais o deságio de 25% sobre o valor de face e são de permanência compulsória no país por um prazo de seis anos contados da data da efetiva conversão.⁴⁰

A expressividade desses fundos até outubro de 1997 foi 13% da receita total do PND.⁴¹

- Fundos de Investimento Imobiliário.

São fundos constituídos sob a forma de condomínio fechado⁴² lastreados em empreendimentos imobiliários.

Nessa modalidade de investimentos o resgate não é admitido, assim quem desejar sair dos fundos deverá colocar as suas quotas em bolsa de valores ou em mercado de balcão.

38. Para maiores detalhes ver tabela sobre captação de recursos externos.

39. Debêntures de Sidebrás SIRB; Certificados de Privatizações CP; Obrigações do Fundo Nacional do Desenvolvimento OFND; Créditos Vencidos Renegociados (securitizados) DISEC; Títulos da Dívida Agrária TDA; Títulos da Dívida Externa DIVEX; Letras Hipotecárias da Caixa Econômica Federal - CEF; Notas do Tesouro Nacional, série M - NTN-M.

40. Banco Central. Resenha Econômica, 1997.

41. BNDES: Privatizações/ Moedas.

42. Apenas entra em funcionamento após adquiridas todas as quotas disponíveis.

A regulamentação desse fundo é feita pela Lei n. 8.668/93 e pelas Instruções CVM n. 205 e 206 de 14.01.94, sendo que a Resolução n. 2.248 de 08.02.96 autorizou o ingresso do investimento estrangeiro nesses fundos, que nos primeiros nove meses de 1997 foram superiores em 36,7% aos fundos de renda fixa.

- Fundos de investimentos em empresas emergentes FIEE.

Essa modalidade de fundos destina-se às empresas que apresentem um faturamento líquido anual inferior ao equivalente a 30 milhões de URVs, apurado no balanço de encerramento do exercício anterior à aquisição dos valores mobiliários de sua emissão.⁴³

Da mesma forma que o fundo anterior é constituído em condomínio fechado, sendo que a autorização de ingressos de capitais estrangeiros de pessoas físicas ou jurídicas, residentes e domiciliadas no exterior, fundos e outras entidades de investimento coletivo estrangeiro está normatizada na Resolução n. 2.247 de 08.02.96.

A composição e diversificação da carteira deste fundo segue as normas do Capítulo VI da Instrução CVM n. 209 de 25.03.94.

- Outras formas de captação de Recursos Externos.

O intuito deste item é somente apresentar uma visão ampla e geral de outras formas de captação de Recursos Externos que não sejam em investimentos propriamente ditos.

Dentre essas outras formas de captação de Recursos Externos encontram-se os Bônus e os Eurobônus *fixed e floating* (empréstimos em moeda) que constituem uma forma de captação de recursos em valores elevados por empresas nacionais com penetração internacional. Essa modalidade de captação que se tem expandido pela questão da negociabilidade das posições ativas e passivas em diferentes moedas e prazos (operação de *swap*).⁴⁴

43. Art. 1º, §1º da Instrução CVM n. 209 de 25.03.94.

44. De modo geral, a operação de *swap* caracteriza-se por ser uma operação de trocas de posições, como por exemplo o caso de companhias com dívidas em dólar corrigidas por taxas flutuantes utilizaria-se do *swap* para transformar a sua dívida em taxas fixas (*Interest Rate Swap*).

Os Bônus e os Eurobônus permitem as operações 63⁴⁵ e as operações 63-caipira⁴⁶ (Financiamento Rural Direto) que caracterizam-se pela tomada de empréstimos do exterior por um banco no país e repasse casado em prazo e composição de taxas - para as empresas internas, abrangendo as agroindústrias e o financiamento de produtores rurais e suas cooperativas.

Uma outra forma de captação é a Securitização das Exportações autorizada pela Circular n. 1.979 do Banco Central de 26.06.91 que permitiu através da "*Emissão de um título no mercado internacional com lastro em vendas futuras no exterior*" que um exportador conseguisse obter financiamentos no exterior a custos menores.

Por fim, pode-se citar o comunicado Firce⁴⁷ n. 10 que normatiza os procedimentos necessários às empresas não-financeiras⁴⁸ que desejam captar empréstimos em moeda estrangeira no exterior.

d. Importância dos Investimentos Estrangeiros.⁴⁹

Os aportes de capitais estrangeiros estão diretamente ligados ao desenvolvimento de muitas economias, especialmente as dos países em desenvolvimento como é o caso do Brasil.

O desenvolvimento dessas economias é ocasionado pelo fato de que os fluxos de capitais externos⁵⁰ complementariam a insuficiente poupança interna que, justamente pela sua escassez, proporcionariam maiores taxas de retorno ao investimento estrangeiro, atraindo-o portanto.

45. As operações 63 são as reguladas pela Resolução n. 63 do Banco Central e diferenciam-se, em linhas gerais, das operações realizadas sob a égide da Lei n. 4.131 pelo fato de que nesta última os recursos internacionais captados estão em nome de uma instituição jurídica não-financeira intermediada por uma instituição financeira.

46. Reguladas pela Resolução n. 2.148 do Banco Central.

47. Departamento de Fiscalização e Registro de Capitais Estrangeiros.

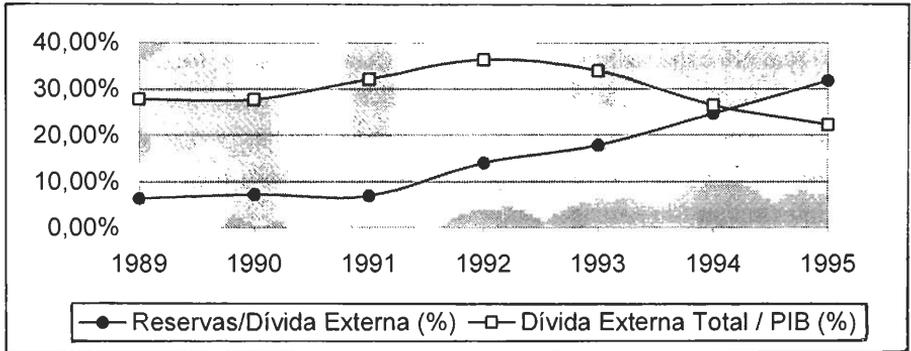
48. As empresas financeiras estão sujeitas à Resolução n. 63.

49. Entenda-se neste item por investimentos amplos, envolvendo investimentos em mercadorias, investimento societário tradicional, conversões de dívida, reinvestimentos e ingressos em bolsa ou mercado de capitais.

50. É necessário, a princípio, englobar os fluxos de capitais como um todo para extrair a importância dos investimentos estrangeiros.

Esses fluxos de capitais externos proporcionariam a longo prazo um crescimento da economia e poupança internas, possibilitando a reversão da dívida externa sem o desaquecimento da economia interna.⁵¹

Pode-se perceber esta tendência de reversão pelo relacionamento dos coeficiente obtidos pela Divisão das Reservas Internas pela Dívida Externa e pela Divisão da Dívida Externa Total pelo PIB, como se observa no gráfico abaixo.



Na função registrada pelo coeficiente Reservas/Dívida Externa percebe-se que as reservas internas estão crescendo em relação à dívida externa total e na função dada pelo coeficiente da dívida externa total/PIB nota-se crescimento do PIB sobre a dívida externa total, verificando-se um crescimento econômico que a longo prazo poderá possibilitar o pagamento da dívida externa.

Dentre os fluxos de investimentos estrangeiros os investimentos diretos são considerados os mais atraentes a medida que estão menos sujeitos a mudanças bruscas ocasionadas pela política macroeconômica globalizada. Neste particular, o Brasil tem apresentado, a partir de 1994, um crescente aumento dos investimentos diretos sobre as outras modalidades de investimentos.

Os influxos de capitais estrangeiros via Mercado Internacional de títulos constituem, também, importante fonte de financiamento para o Brasil, proporcionado a "vantagem" da diluição dos riscos, à medida que dispersam a dívida externa por diferentes investidores e em diferentes praças, ao revés do ocorrido no

51 Pellegrini, Josué A., "Os fluxos Recentes de Capital para a América Latina", tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, 1995.

auge da captação bancária, ou seja: proporciona um endividamento de padrão superior.⁵²

Assim, de uma forma geral pode-se dizer que Brasil de hoje está dependente dos fluxos dos capitais estrangeiros para obter um nível satisfatório de crescimento econômico e ter atendida a demanda social do desemprego.

Essa dependência, no entanto, tem-se dado de forma satisfatória para o Brasil, na medida em que a dívida externa encontra-se dispersa por diferentes países e os investimentos internacionais diretos que proporcionam um desenvolvimento equilibrado da economia vêm crescendo.

Inclusive pode-se dizer que o Brasil não está sendo alvo de constantes especulações financeiras prejudiciais à estabilidade da economia, já que apesar dos investimentos em carteira serem elevados, os investimentos diretos vêm apresentando taxa de crescimento superior aos investimentos em carteira, fato que possibilita um crescimento adequado da economia, livrando-a cada vez mais das possíveis flutuações bruscas de liquidez. Em suma: "*... mesmo os maiores críticos do investimento estrangeiro não negam a necessidade de capitais, e não deixam de almejar atraí-los. O que varia é a forma como serão aceitos mais facilmente.*"⁵³

e. O tratamento jurídico dos Investimentos Internacionais no Brasil.

A movimentação de capitais estrangeiros está relacionada com as condições que o país-hospedeiro oferece para o Capital estrangeiro, já que um investidor internacional preferirá o país de menor risco, se os retornos esperados forem iguais ou o de maior retorno se os riscos forem iguais.⁵⁴

Dentre as condições oferecidas pelo país-receptor dos investimentos, ponderadas pelo investidor internacional, destacam-se três aspectos: os econômicos, os financeiros e os jurídicos. Os aspectos econômicos abrangem a existência de

52. Barros, Octavio de. *Estudo da competitividade da Indústria brasileira. Oportunidades abertas para o Brasil face aos fluxos globais de investimento de risco e de capitais financeiros nos anos 90*. Bloco: *Condicionantes internacionais de competitividade*. Work Shop. Campinas, 1993, p. 62.

53. Baptista, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro* - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 40.

54. Montoro Filho, André Franco e outros. *Manual de economia*. Coordenadores: Diva Benevides Pinho, Marco Sandoval de Vasconcellos. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, p. 305.

recursos naturais, mão-de-obra, mercados, transportes e participação do capital nacional, os aspectos financeiros são constituídos pela legislação tributária, inflação e controle do câmbio e os aspectos jurídicos pelas leis relativas aos investimentos internacionais e os tratados internacionais que estabelecem garantias e direitos ao investidor internacional. Este último aspecto será alvo do presente item.

- Conceito de investidor.

Por ocasião de qualquer relação jurídica é imperioso determinar quais são os sujeitos que podem ser objetos de direitos e obrigações. Assim, é necessário definir quem pode ser considerado como investidor internacional.

O critério utilizado pela Lei n. 4.131/62 para determinar o investidor internacional foi o da procedência: "*Consideram-se capitais estrangeiros para os efeitos desta Lei, os bens, máquinas e equipamentos entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços,⁵⁵ bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no País, para a aplicação de atividades econômicas, desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior*"⁵⁶

Assim, para a determinação do investidor estrangeiro prevaleceu a procedência do capital sobre a nacionalidade do investidor e como brilhantemente coloca o professor doutor Luiz Olavo Baptista, "*melhor seria dizer investidor do estrangeiro do que investidor estrangeiro*"⁵⁷

O caráter da procedência do investimento estrangeiro completa-se com as definições "residentes, domiciliadas ou com sede no exterior".

A residência e domicílio como conceito próprio das pessoas físicas têm definição no âmbito do Código Civil e do Código Tributário que estipula que o domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ela exerce a sua residência com

55. O Banco Central tem identificado quais são os bens, máquinas e equipamentos considerados produtivos.

56. Art. 1º da Lei n. 4.131/62 (grifei).

57. Baptista, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro* - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 64.

ânimo definitivo habitual, ou, sendo a residência incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade.⁵⁸

Com relação às pessoas jurídicas a determinação do domicílio ou sede será dada negativamente pelas definições do art. 11 da Lei de Introdução do Código Civil, art. 35, IV do Código Civil e art. 127, II do Código Tributário Nacional, ou seja: não serão consideradas pessoas jurídicas estrangeiras as empresas constituídas sob a lei brasileira e que tenham as suas sedes e administração no País.

- As exceções à isonomia específica dos capitais estrangeiros.

O conceito de isonomia disposto no art. 5º da Carta Política de 1988 encontra especificidade no art. 2º da Lei n. 4.131 que dispõe que "*ao capital estrangeiro que se investir no País será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não-previstas na presente Lei*"

O tratamento jurídico idêntico é, inclusive, ratificado pelo art. 29 da Lei n. 8.383/91, art. da Lei n. 8.981/95 e pelo art. 18 da Lei n. 9.249/95, constituindo tal princípio um mínimo de segurança para o investidor estrangeiro.

No entanto, a Constituição Federal vigente afastou ao capital estrangeiro algumas áreas de atividades econômicas como o serviço postal e o correio aéreo nacional,⁵⁹ a exploração e o aproveitamento de jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica,⁶⁰ a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens;⁶¹ ou seja: atividades privativas do Estado ou reservadas a brasileiros.

Sem entrar nos meandros doutrinários pode-se argüir que essas exceções e constituições não afetam o ponto principal do investidor estrangeiro a segurança do investimento na medida em que vedam a própria constituição do investimento.

58. Art. 131 do Código Civil combinado com o art. 121 do Código Tributário Nacional.

59. Art. 21, X da Constituição Federal.

60. Art. 176, §1º da Constituição Federal.

61. Art. 222 da Constituição Federal.

- O registro do investimento.

O registro do investimento⁶² no Banco Central, representado pelo certificado de registro,⁶³ outorga os direitos ao investidor internacional de retorno do capital, remessa de dividendos e reinvestimentos em moeda estrangeira dos lucros remissíveis.

Na falta do registro o Banco Central considera o valor do investimento como não-ingressado, o que acarreta ao Fisco o entendimento de que tal valor foi adquirido a custo zero, incidindo, portanto a alíquota de 15% a título de imposto de renda na fonte.⁶⁴ E esse é o conceito de capital contaminado.

A problemática do capital contaminado é ampla, principalmente quando os influxos se dão no âmbito das pessoas jurídicas. Quando uma empresa possui capital contaminado e não-contaminado não é possível identificar as participações que se encontram contaminadas devido ao fato da fungibilidade da moeda.⁶⁵

O Banco Central entende que para que ocorra a impossibilidade de se identificar quais são as quotas ou ações que se apresentam contaminadas é necessário a contaminação de pelo menos 20% do capital social.

O procedimento para a descontaminação estabelecido pelo Banco Central que depende de autorização prévia está vinculado a um investimento de valor igual ao do capital contaminado, apurado em balanço levantado em data não-superior a 60 (sessenta) dias do ingresso do novo investimento.

62. Trata-se de investimentos em quaisquer das suas formas, ou seja: capitais ingressados, investimentos diretos, remessas feitas de lucros ou capital repatriado, os reinvestimentos de lucros e os decorrentes das reavaliações do capital das empresas.

63. Sobre a natureza declaratória ou constitutiva do registro do investimento ver a excelente obra citada do professor doutor Luiz Olavo Baptista.

64. Lei n. 9.249/95.

65. Baptista, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro* - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 82.

- Proteção jurídica do investimento.

Os riscos estão presentes em quaisquer atividades empresariais e constituem um importante fator de insegurança para o investidor e, conseqüentemente, para os influxos de capitais.

Dentre os riscos inerentes às atividades empresariais têm-se os econômicos, os financeiros e os políticos.⁶⁶ À natureza dos riscos econômicos e financeiros é necessária uma análise preponderantemente econômica, já aos riscos políticos, derivados do *jus imperi* do governo anfitrião, as ciências jurídicas desempenham importante papel na busca de instrumentos que possam tornar-lhes mais adequados aos constantes investimentos internacionais.

Essa importância do papel jurídico acentua-se pelo fato de que os investimentos mais sensíveis aos riscos políticos são os investimentos diretos⁶⁷ que justamente constituem para os países em desenvolvimento uma das mais importantes fontes para o crescimento econômico.

O papel jurídico interno e externo desenvolve-se no âmbito de definir as regras e condições relativas a expropriação direta e indireta.

O art. 11 da Convenção de Seul (MIGA) define expropriação e medidas assemelhadas como sendo "*qualquer ação ou omissão legislativa ou administrativa atribuível ao governo anfitrião que tenha o efeito de privar o titular de uma garantia da sua propriedade ou de seu controle, ou se um lucro substancial provindo de seu investimento - com exceção de medidas não-discriminatórias de aplicação geral que os governos normalmente adotam com a finalidade de regular as atividades econômicas em seus territórios.*"

- O Direito de expropriar.

A Resolução n. 1.803 de 1962 da Assembléia Geral da ONU reconheceu aos países o direito de expropriações fundadas em motivos de utilidade

66. O MIGA considera como riscos políticos àqueles referentes às transferências, expropriação e medidas assemelhadas, quebra de contrato, guerras e distúrbios.

67. Castro Helou, Christiane Costa e Silva. *Proteção, tratamento e garantia dos investimentos internacionais contra os riscos políticos: aspectos de direito internacional*. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1997, p. 37.

pública, segurança ou de interesse nacional, em contrapartida de uma indenização adequada estipulada pelos recursos judiciais internos ou pela arbitragem.

Seguindo a ordem cronológica tem-se a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados⁶⁸ que diga-se a princípio - alterou a Resolução anterior na medida em que não estipulou que a expropriação deve-se atender o interesse social, a defesa ou a segurança nacional e prontificar uma indenização adequada, olvidando inclusive de citar como válidas as regras do Direito Internacional.

A Resolução anterior teve o apoio de quase a totalidade dos países desenvolvidos e em desenvolvimento (87 votos favoráveis contra 2 desfavoráveis,⁶⁹ abstendo-se somente os países socialistas) já a Carta de 1974 teve o voto contra dos países desenvolvidos, donde decorre o corolário de que a Carta de 1974 não alterou a Resolução de 62. Assim, pode-se dizer que o direito de expropriar é consagrado na ordem internacional nos casos e nas condições previstas na Resolução de 1962.⁷⁰

Com relação às atitudes expropriatórias de investimentos internacionais o Brasil não possui antecedentes⁷¹ e as Constituições Federais sempre reconheceram mediante regular processo judicial o direito de propriedade e indenização em caso de desapropriação.⁷²

No entanto, apesar das regras materiais sobre expropriação e indenização serem compatíveis com os preceitos dos países desenvolvidos, as regras instrumentais têm provocado insatisfações, já que a proteção da propriedade nem sempre é observada pelo Judiciário⁷³ e o processo judicial para a apuração da

68. Aprovada pela Resolução n. 3.281 (XXIX) da Assembléia Geral da ONU de 1974.

69. França e África do Sul.

70. Magalhães, José Carlos de. *Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos*. Revista Informação Legislativa - Brasília a.34 n. 134 abr./jun. 1997, p. 14.

71. Lembre-se que o Ato Institucional n. 5 foi aplicado somente a brasileiros.

72. A Constituição Federal de 1891 impõe indenização prévia (art. 72,17); as Constituições de 1934, 1937 e 1946 prevêem a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia e justa indenização (art. 113, n. 17; art. 122, n. 14; art. 141, § 16; respectivamente), a de 1967 e 1969 (art. 153, § 22 e 161) e a vigente, aprovada em 1988, cujo art. 5º dispõe, em seu inciso XXIV, que "a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição". Magalhães, José Carlos de. *Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos*. Revista Informação Legislativa - Brasília a.34 n. 134 abr./jun. 1997, p. 15.

73. A exemplo a concessão liminar de imissão da posse ao Poder expropriante em caso de urgência sem o pagamento integral do valor do bem.

quantia devida é moroso e subordinado à ordem cronológica dos precatórios.⁷⁴ Por estes motivos que os tratados internacionais facultam ao investidor estrangeiro optar pela arbitragem,⁷⁵ tornando-os necessários.

A preocupação atual dos investidores, em era privatizante, está mais voltada à expropriação indireta a direta (nacionalização). Assim os acordos bilaterais referem-se freqüentemente às *creeping expropriation* (expropriações indiretas) que são decorrentes das políticas fiscais, monetárias e aduaneiras.

A situação atual do Brasil com relação aos acordos bilaterais de promoção de investimentos é ainda conturbada, na medida em que dos acordos firmados com os EUA (1965), Alemanha (1995), Chile (1994), Coréia (1995), Dinamarca (1995), Finlândia (1996), França (1995), Grã-Bretanha (1994), Itália (1995), Portugal (1994), Suíça (1994) e Venezuela (1995), o único internacionalizado é o assinado com os EUA.

São Paulo, dezembro de 1997.

Bibliografia.

Livros, Teses e Revistas.

Banco Central. Análise do Mercado de Câmbio - 4º Trimestre. 1997.

Banco Central. Boletim 1995.

Banco Central. Boletim 1996.

Banco Central. Boletim 1997.

Banco Central. Resenha Econômica 1997.

Banco Central. Resenha Econômica 1996.

Banco Central. Separata 1996.

74. Sobre o regime desapropriatório ver arts. 182, § 4º e 184 da CF e art. 17 da Lei Complementar n. 76/93 e art. 29 do Decreto-lei n. 3.365/41.

75. "Assim, não-obstante o regime jurídico brasileiro assegure a indenização prévia nas desapropriações, a dinâmica das administrações públicas municipais, estaduais e federal, como o beneplácito - ou conveniência do Judiciário, torna-as muitas vezes abusivas. A controvérsia do valor da indenização pode ser submetida à arbitragem, não restando dúvida ao assunto", Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 68, pp. 383-384 in Magalhães, José Carlos de. *Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos*. Revista Informação Legislativa - Brasília a.34 n. 134 abr./jun. 1997, p. 15.

- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.
- BARROS, Octavio de. *Estudo da competitividade da indústria brasileira. Oportunidades abertas para o Brasil face aos fluxos globais de investimento de risco e de capitais financeiros nos anos 90. Bloco Condicionantes internacionais de competitividade*. Work Shop, Campinas, 1993.
- BNDES/ Privatização. Moedas. <http://bndes.gov.br/moedas.html>.
- CASSEB, Norma Cristina Brasil. *Perfil dos investimentos e distribuição de renda na economia brasileira (1970-1993)*. Tese apresentada ao Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 1995.
- CASTRO HELOU, Christiane Costa e Silva. *Proteção, tratamento e garantia dos investimentos internacionais contra os riscos políticos: aspectos de Direito Internacional*. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional na FDUSP, 1997.
- DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Princípios de relações exteriores na Constituição brasileira de 1988*. Dissertação de mestrado apresentada à FDUSP, 1992.
- ESTADO DE S. PAULO de 05.09.93.
- FIRCE. Suplemento Estatístico, dezembro 1997.
- Formulation and implementation of foreign investment policies: selected key issues, 1992.
- FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços* - São Paulo: Qualitymark Editora, 10ª ed., 1997.
- International Factor Movements.
- JASPERSEN, Frederick Z. *Retorno de capitais para a América Latina*. rev. A Região, seção investimentos. 1992.
- KANDIR, Antonio. *Resposta do Brasil à crise*, [http://www.seplan.gov.br/Artigos/a resposta.htm](http://www.seplan.gov.br/Artigos/a%20resposta.htm).
- MAGALHÃES, José Carlos de. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, 34 n. 134 abr./jun. 1997.
- MOISÉS, Cláudia Perrone. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. Tese de doutoramento apresentada ao Departamento de Direito Internacional da FDUSP, 1997.

- MONTORO FILHO, André Franco e outros. *Manual de economia*. Coordenadores: Diva Benevides Pinho, Marco Sandoval de Vasconcellos. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.
- NOVAIS, Marcelo. *Dinheiro a vapor*. Dicas de Negócios, Oesp Mídia Direta, RPM ano 1, n. 7. <http://www.listas-amarelas.com.br/oesp/revista/rpm1796/dicas.Html>.
- PELLEGRINI, Josué A., *Os fluxos recentes de capital para a América Latina*, tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, 1995.
- VERNON, Raymond. *Research on transnational corporations: shedding old paradigms*. Transnational Corporation, v. 3, n. 1, fev. 1994.
- WORLD INVESTMENT REPORT 1994. *Transnational Corporations, Employment and the Workplace*. United Nations. New York and Geneva, 1994.

Normas.

- Banco Central. Resolução n. 1.289.
- Banco Central. Resolução n. 1.806.
- Banco Central. Resolução n. 1.832.
- Banco Central. Resolução n. 1.927
- Banco Central. Resolução n. 2.034.
- Banco Central. Resolução n. 2.247
- Banco Central. Resolução n. 2.344.
- Código Civil.
- Código Tributário Nacional.
- Constituição Federal de 1988.
- Instrução CVM n. 175 de 06.02.92.
- Instrução CVM n. 205 de 14.01.94.
- Instrução CVM n. 209 de 25.03.94.
- Instrução CVM n. 222 de 21.10.94.
- Lei n. 4.131/62.
- Lei n. 8.031/90.
- Lei n. 9.249/95.

AS AFINIDADES ELETIVAS NA SOCIOLOGIA DA CULTURA JURÍDICA

Eduardo José da Fonseca Costa

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo

*Ah! Maldito conúbio incestuoso
Dessas afinidades eletivas
De onde quimicamente tu derivas,
Na aclamação simbiótica do gozo!*
(Augusto dos Anjos)

Resumo:

Em razão do Positivismo Comtista, a terminologia das Ciências Naturais ainda tem sido freqüentemente empregada na formulação dos conceitos sociológicos. Entretanto, as idéias fundamentais das ciências sociais precisam ser encaixilhadas em palavras capazes de descrever satisfatoriamente a fluidez dos fenômenos socioculturais. A expressão alquímica "afinidade eletiva", por exemplo, tem sido convertida em conceito sociológico a fim de explicar as alianças nada mecânicas entre sistemas socioculturais. Ela pode também ser útil para a Sociologia da Cultura Jurídica na elucidação das relações existentes entre sistemas jurídico-compreensivos e certas tendências políticas, econômicas e religiosas.

Abstract:

Natural Sciences' terminology has been still used frequently to elaborate the sociological concepts on account of Comtism. Nevertheless the fundamental ideas of social sciences must be framed into words capable of describing satisfactorily the flowing sociocultural phenomena. The alchemical expression "elective affinity", for example, has been turned into a sociological concept in order to explain the non-mechanical alliances between sociocultural systems. It can be also useful to Sociology of Juridical Culture for making clear some relations between comprehensive systems about Law and some political, economical and religious tendencies.

Unitermos: afinidades eletivas; sociologia da cultura jurídica; sistemas socioculturais.

Sumário:

1. Introdução.
2. Núcleos Fundamentais.
3. Positivismo Científico.
4. Afinidades Eletivas.
5. Níveis de Afinidade.
6. Nazismo e Teoria Pura do Direito.
7. Conclusão.

1. Introdução.

O presente estudo pretende cuidar da Cultura Jurídica como objeto da Sociologia.

A palavra "cultura" diz, em sentido objetivo,¹ com tudo aquilo que se adquire, se apreende e pode ser transmitido por herança social. Consiste, desta forma, num conceito complexo no qual seriam implicados elementos desde a ideologia, as crenças, os costumes, os hábitos, os usos e os costumes, os quais permitem ao homem sempre um certo grau de controle sobre o meio social.

Como "cultura jurídica", entendamo-la, pois, como um conjunto de conhecimentos predominantes de idéias jurídicas estabelecidas em uma determinada sociedade. Tratam-se, como entes culturais que são, de bens exteriores objetivos transmissíveis por processos de herança por aprendizagem, dos quais participa a pessoa humana ao interagir socialmente. Neles certamente se compreendem os sistemas jurídico-compreensivos, tanto dogmáticos quanto zetéticos.

Consiste este estudo mais precisamente na compreensão do relacionamento destes sistemas compreensivos com outros sistemas socioculturais. Por certo, a explicação destas relações complexas deve prescindir do aparelho conceitual desditosamente ritualizado em que ainda se funda a Sociologia contemporânea, principalmente a Sociologia Jurídica.

Em verdade, a Sociologia do Direito, principalmente a desenvolvida no Brasil, tem padecido de duas características. Em primeiro lugar, dentro da experiência jurídica, o único fato social sobre o qual se tem debruçado a Sociologia

1. Sobre os conceitos objetivo e subjetivo da cultura, ver, p.ex., *Dicionário de Sociologia*, Porto Alegre, Globo, 1974, p. 322.

Jurídica é o direito-norma, prescindindo por completo da compreensão sociológica do direito-ciência. Em segundo lugar, a Sociologia Jurídica se tem comportado como uma receptadora sempre passiva de inovações metodológicas trazidas pelos outros ramos da Sociologia, revelando-se incapaz, portanto, de desenvolver um aparato conceptual menos ritualizado e mais sintonizado com o seu específico objeto de estudo.

Este texto, por enquanto, limita-se tão-somente à pretensão de lutar contra o primeiro vício. Por isto, trazemos à baila a experiência vivida (*erlebnis*) por sociólogos europeus da cultura na utilização do conceito de *afinidade eletiva*, tentando mostrar a suas benesses quando trazida ao entendimento da dinâmica social dos sistemas jurídico-compreensivos.

2. Núcleos Fundamentais.

Para o cientista brasileiro Mário Schenberg, centros nervosos do pensamento constituem-se por idéias fundamentais, as quais por serem fundamentais, são dotadas de complexidade, obscuridade, densidade e mistério. Quando se descobre um núcleo fundamental, quase se não encontra a sua linguagem para que faça pleno sentido e seja compreendido no contexto cultural no qual se revela. Desta maneira, ao perceber-se uma idéia fundamental, transcende-se tanto a individualidade como o contexto social no qual se está inserido.²

Segundo Schenberg, o desenvolvimento do núcleo fundamental numa determinada sociedade depende do enquadramento que sofre as estruturas mentais nela vigentes. Ao adentrar no contexto social transfigurado por seus padrões culturais, o núcleo fundamental acaba também por transfigurar este contexto, uma vez que não se associa à normalidade existente. Assim, quando uma cultura proclama ter dominado um núcleo fundamental, ele sempre acaba escapando-lhe às mãos, apresentando novidades absurdas, que subvertem essa cultura que se intitula como acabada. Aconteceu exatamente assim na Física com as idéias de espaço, tempo, energia, causalidade e continuidade, por exemplo.

Em famosa conferência em que dava um panorama geral da Ciência no fim do século XIX, Lorde Rayleigh afirmava que quase tudo na Física já se havia

2. Sobre o pensamento schenberguiano acerca da História da Ciência, ver José Luiz Goldfarb, *Voar também é com os homens: o pensamento de Mário Schenberg*, São Paulo, EdUSP, 1994.

compreendido, com exceção de três detalhes tão logo explicáveis: a experiência de Michelson e Morley, a irradiação do corpo negro e o efeito fotoelétrico. Contudo, sem importância aparente, nestes detalhes encontravam-se exatamente os germes das teorias da Relatividade e do Quanta.

Vê-se que a Ciência, reputada como simples e formalmente estruturada, exige uma dimensão fundamental onde os pensamentos seguem caminhos diferentes da lógica formal, num processo zigzagueante dotado de elevada carga intuitiva e imaginativa. Por vezes, a Ciência progride mesmo quando se volta para uma idéia que já existia antes, sem que, no entanto, se volte do mesmo modo com que ela havia sido formulada anteriormente. Aquilo que era falso em determinado período, coisa do passado e pensamento primitivo portanto, pode repentinamente reflorescer num novo contexto com intensidade surpreendente. Toda riqueza do passado se recupera e, sendo trabalhada em nível de núcleo fundamental, surge recriada, indicando os novos caminhos científicos.

Nesse nível mais fundamental e menos sistematizado do pensamento, o diálogo entre culturas e tradições aparentemente conflituosas instaura-se com mais intensidade, vez que, pelas suas características não formalmente estruturadas, o núcleo fundamental pode aparecer em distintos contextos históricos. Tal posicionamento, portanto, exige um pensamento a um tempo revolucionário e tradicionalista, que pretende reler o passado e transformar o presente para penetrar no futuro.

3. Positivismo Científico.

Determinadas intuições podem estar séculos à frente de seu florescimento científico, muitas vezes podendo depender para tanto do surgimento de lógicas e linguagens formais ainda não conhecidas até o momento em sua história cultural. Até mesmo porque o processo científico de criação não tem em vista fazer com que tudo caiba em uma lógica, mas descobrir a própria lógica que nas coisas se encerra. E a ciência parece revelar essa lógica tão-somente para o pensamento criativo.

A despeito de ser repetido em relação ao pensamento das Ciências Naturais, esse discurso aplica-se plenamente às questões primordiais que envolvem as Ciências Humanas, dotadas também estas de seus próprios núcleos fundamentais. Um deles parece ser a idéia de causalidade, freqüentemente empregada para a

explicação das relações entre sistemas socioculturais, por força de uma longa e pesada tradição positivista. Esta tradição, diga-se de passagem, um século após Auguste Comte, ainda faz com que a Sociologia continue a tomar emprestada sua terminologia conceptual da Física ou da Biologia.

Apesar da evidência de que exibem os sistemas socioculturais traços fundamentais únicos em relação a sistemas físicos e aos organismos biológicos, ainda parece persistir a questão dos motivos pelos quais as teorias dos primeiros continuam a valer-se de estereis analogias com os últimos. A teoria sociológica dominante, por exemplo, restou edificada sobre os modelos de sistemas mecânico e orgânico que se formularam durante os séculos anteriores e que se encontram totalmente inadequados ao tratamento do tipo de sistema representado pela esfera sociocultural. As respostas infelizes envolvem, indubitavelmente, o grande sucesso e prestígio das ciências físicas e as semelhanças e afinidades sedutoras não raro superficiais entre as esferas biológica e social, desenvolvidas por intelectos de outras eras, respeitáveis, porém, amiúde grosseiramente inexatos.³

Pergunta-se: não estaria na hora de romper com essa tradição positivista e recorrer a um fundo espiritual e cultural mais vasto, que, em decorrência de sua riqueza semântica, representasse com maior proximidade a textura fluida de fatos socioculturais? Por que não utilizar o vasto campo semântico das religiões, dos mitos, da literatura e até mesmo das tradições esotéricas, para fecundar a linguagem das ciências sociais, assim como tomou Max Weber o conceito de *carisma* da teologia cristã,⁴ e Karl Mannheim o conceito de *constelação* da astrologia clássica?⁵ Não se disporia, desta maneira, de um instrumental muito mais apto à compreensão dos núcleos fundamentais presentes nas Ciências Sociais?

3. Sobre o domínio dos modelos mecânico e orgânico na teoria sociológica, ler Walter Buckley, *A Sociologia e a Moderna Teoria dos Sistemas*, trad. Octavio Mendes Cajado, São Paulo, Cultrix, EdUSP, 1971.

4. Max Weber, *Economia y Sociedad*, México, *Fondo de Cultura Económica*, 1977, p. 193 e ss.

5. Karl Mannheim, *O Problema de uma Sociologia do Conhecimento*, trad. M. Gama e I. Dutra, in *Sociologia do Conhecimento*, Rio de Janeiro, Zahar, 1967, p. 28.

4. Afinidades Eletivas.

Esse posicionamento epistemológico, no entanto, parece angariar adeptos no campo da investigação dos fenômenos socioculturais, principalmente com a crescente necessidade de lidar-se com relações complexas e dinâmicas entre partes, as quais são também complexas e mutáveis.

Em 1809, J. W. Goethe (1749-1832) compõe uma obra clássica para mostrar a imprevisibilidade do futuro de um homem. Na novela *Die Wahlverwandtschaften* (*As Afinidades Eletivas*), Goethe, retornando aos velhos alquimistas possivelmente através do químico sueco Torbern Bergman, refere-se ao fenômeno químico em que dois elementos associados, sob atração de dois outros elementos, se desagregam para formar dois novos pares (assim, as moléculas AB e CD reagem para combinarem-se de novo em AD e CB). Da mesma forma, a vida tranqüila do casal aristocrata Barão Edouard e Condessa Charlotte, que vivem isolados numa casa de campo na Itália do final do século XVIII, subitamente tem a sua aparente harmonia transformada pela chegada de dois hóspedes – o velho amigo do barão e uma jovem protegida da condessa. Uma série de acontecimentos trágicos e passionais começam a acontecer. O autor mostra as forças da natureza aparentemente ocultas – em atuação sobre relações pessoais e sociais. Goethe fala portanto sobre um mundo de "incertezas inextricáveis". A obra acaba detectando os paradoxos da consciência racional que se consolidou com o Século das Luzes.

Especialmente na obra de Max Weber, a mesma expressão (*wahlverwandtschaft*) transmuta-se em um conceito sociológico para analisar a relação entre doutrinas religiosas e formas de comportamento econômico, mais particularmente entre a ética protestante e o espírito do capitalismo industrial. Segundo Weber, "em face do enorme embaralhamento de influências recíprocas entre bases materiais, formas de organização sociais e políticas, contexto espiritual das épocas da Reforma, somos obrigados a pesquisar, de início, se algumas *afinidades eletivas* (*wahlverwandtschaften*) são perceptíveis entre formas da crença religiosa e as da ética protestante. Ao mesmo tempo, é preciso elucidar, na medida do possível, de que modo e em que direção o movimento religioso, em consequência de suas afinidades eletivas, influenciou o desenvolvimento da cultura material" ⁶

6. Max Weber, *L'ethique protestante et l'esprit du capitalisme*, Plon, 1967, p. 107; trad. revisada e corrigida cf. original, Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1922, p. 83. Em português, *wahlverwandtschaft* tem sido traduzido como "correlação", cf. "A ética protestante e o espírito do capitalismo", trad. M.I.Q.F. e T.J.M.K. Szmrecsányi, Brasília, UnB, São Paulo, Pioneira, 1981, p. 62.

Para Weber, pois, a *afinidade eletiva* pode articular estruturas socioculturais sem que entretanto haja a formação de uma substância nova ou uma modificação essencial dos componentes iniciais - mesmo se a interação tem conseqüências eficazes, particularmente ao reforçar a lógica própria de cada cultura. Ademais, o conceito aqui se limita somente a afinidades entre visões de mundo e classes sociais.

Vilipendiando assim como Weber uma reflexão mais detida acerca da significação conceptual de *afinidade eletiva*, o sociólogo Karl Mannheim escreve em seu estudo sobre o pensamento conservador que "*na confluência (zusammenfließen) de duas orientações de pensamento, a tarefa da sociologia do conhecimento é encontrar os momentos nas duas correntes que revelavam, antes mesmo da síntese, uma afinidade interna (innere Verwandtschaft) e que, assim, tornava possível uma unificação*"⁷

Embebendo-se na tradição da Alquimia, na obra de J. W Goethe e recuperando o conceito de *afinidade eletiva* que importantes sociólogos já haviam sugerido em trabalhos clássicos, Michel Löwy reconstituiu brevemente em sua obra o itinerário deste termo, para captar toda riqueza de significações havidas ao longo de seu périplo espiritual.⁸ Ensaia um desvendamento ao acesso das correspondências nada mecânicas entre movimentos, formas e tendências culturais. Investiga elos esquecidos entre religião e política, fazendo combinar a formação marxista incorporada em décadas de estudo com sua experiência riquíssima de sociólogo da cultura.

Seu livro *Redenção e Utopia* trata de uma geração de intelectuais judeus surgidos no fim do século XIX, na Europa Central, cujas obras imprimiram fortes marcas na cultura moderna. Objetiva desvendar as linhas da história capazes de reunir a ação e o pensamento de figuras tão dispareas como Walter Benjamim, Györg Lukács, Franz Kafka, Ernst Bloch, Martin Buber, Gershom Scholem, Erich Fromm, entre outros. Para tanto, recupera com elegância o conceito romântico e alquímico de *afinidade eletiva*, numa preciosa mostra de imaginação sociológica que ilumina os vínculos profundos entre o messianismo judaico, o romantismo alemão e a utopia social. Para valorizar-lhe a potencialidade científica, Löwy ressalta a

7. Karl Mannheim, *Wissenssoziologie*, Berlim, Luchterhand, 1964, p. 458. Sobre as *afinidades*, ver também Karl Mannheim, *op. cit.*, p. 28.

8. Michael Löwy, *Redenção e Utopia: o judaísmo libertário na Europa Central: um estudo de afinidade eletiva*, trad. Paulo Neves, São Paulo, Companhia das Letras, 1989.

possibilidade de mostrar-se o conceito, um instrumento fecundo e adequado para o estudo das relações entre ética cavaleiresca e doutrina medieval da Igreja, entre Cabala e Alquimia no XVI, entre psicanálise e marxismo no século XIX, entre idealismo alemão e judaísmo, etc.⁹ De nossa parte, podemos acrescentar as relações entre Mecânica Quântica e Budismo Tântrico na comunidade científica do século XX e entre positivismo jurídico e totalitarismo no período entre-guerras.

5. Níveis de Afinidade.

A *afinidade eletiva* é tida como um tipo muito particular de relação dialética que se estabelece entre duas configurações socioculturais, irreduzível a determinações causais diretas ou a "influências" no sentido tradicional, a qual não se há de confundir com as afinidades ideológicas inerentes às variantes duma mesma corrente social (socialismo e igualitarismo, p. ex.). Trata-se, a partir duma certa analogia estrutural, de um movimento de convergência, atração recíproca, confluência ativa, uma combinação capaz de chegar à fusão. Portanto, percebe-se que na utilização sistemática do conceito, torna-se mister a elaboração de um certo número de precisões, levando-se em conta, pois, que uma *afinidade eletiva* comporta vários *graus*.¹⁰

Como primeiro grau de atração, Michael Löwy identifica a *afinidade* pura e simples, o parentesco espiritual, a homologia estrutural, a *correspondance* (no sentido empregado por Charles Baudelaire) entre dois universos culturais, cada qual situado em uma esfera bem distintas, mas que se reforçam, se alimentam e se estimulam mutuamente. O conceito perde a conotação mística originária e passa a designar o sistema de analogias recíprocas que atravessam o universo, as relações íntimas e secretas das coisas. Mister sublinhar que a *afinidade* pura e simples é uma analogia ainda estática, que cria a possibilidade mas não a necessidade de uma convergência ativa, pois a dinamização da analogia e sua evolução para uma interação ativa depende de uma constelação de condições históricas concretas, como mutações econômicas, reações de classes, movimentos culturais, acontecimentos

9. No Brasil, ver, p. ex., Renato Lessa, Ceticismo e Liberalismo: reflexões sobre uma possível afinidade eletiva, in *Revista de Sociologia e Política*, n. 3/ nov. 1994, p. 32: "O argumento básico de Laursen é o de que existe uma *political stance* no ceticismo, e que esta mantém com o liberalismo relação de forte *afinidade*" (o grifo é nosso).

10. Michael Löwy, *op. cit.*, pp. 17-18.

políticos, etc. Uma *afinidade eletiva* nunca se dá no vazio ou na placidez da espiritualidade pura.

O segundo grau está na *eleição*, na atração recíproca, na mútua escolha das duas configurações socioculturais, o que conduz certas formas de interação, de estimulação recíproca e de convergência, sem que entretanto as duas estruturas deixem de permanecer separadas. Pressupõe-se uma distância prévia, uma certa heterogeneidade ideológica. Aqui parece encontrar-se a *afinidade eletiva* entre ética protestante e espírito capitalista.

O terceiro grau se encontra na articulação, na combinação ou na "liga" entre os parceiros socioculturais, podendo resultar em diferentes modalidades de união: *a.* O que se poderia chamar de "simbiose cultural" (na qual as duas figuras permanecem ainda bem distintas, mas estão organicamente associadas); *b.* A fusão parcial e, *c.* A fusão total.

O quarto nível se dá na criação de uma *figura nova* a partir da fusão dos elementos constitutivos, eventualidade ausente das análises de Weber. Contudo, segundo o próprio Löwy, torna-se sempre muito difícil o estabelecimento da distinção entre os dois últimos graus de *afinidade eletiva*: marxismo freudiano seria articulação de dois componentes ou forma de pensamento nova, distinta tanto da psicanálise quanto do materialismo histórico?

6. Nazismo e Teoria Pura do Direito.

O conceito sociológico de *afinidade eletiva* permite enriquecimento e dinamização na análise relacional entre fenômenos econômicos, políticos, religiosos e jurídicos. Vejamos o exemplo da obra de Hans Kelsen.

A teoria da norma fundamental (*Grundnorm*) sempre provocou celeumas, principalmente por ser ela tida como o fundamento mesmo da ordem jurídica; logo, todo o universo normativo se valida e se legitima em função dela. Qualquer norma somente se tem como jurídica e como legítima se estabelecida conforme as prescrições contidas na norma fundamental. Fonte, portanto, de juridicidade e de legitimidade, a norma fundamental reputa-se neutra, sendo que dela não se pode exigir que seja justa. Mesmo uma norma fundamental injusta valida e legitima o direito que dela decorre.

Essa posição custou a Hans Kelsen a crítica desmerecida de ter servido, ainda que indiretamente, ao regime dos nazistas. Justamente ele, que havia

fugido da Alemanha para instalar-se na Universidade de Berkeley, onde permaneceria até a morte, com sua norma fundamental via-se constringido a reconhecer, como realmente fê-lo ao chegar ao exílio nos Estados Unidos, que o direito nazista era plenamente válido e legítimo, posto que injusto e imoral.¹¹

Deste episódio, tem-se como Hans Kelsen defendeu arduamente a neutralidade científica aplicada à ciência jurídica. À ciência do direito (*Rechtswissenschaft*) não caberia elaborar julgamentos morais nem avaliações políticas sobre o direito vigente. Kelsen obviamente, não-só por ser judeu, mas por suas posições ideológicas em defesa da democracia, jamais teve simpatia pelo nazismo. No entanto, entre nazismo e positivismo kelseniano viu-se claramente uma *reciprocam affinitatem*, um enlace químico que parecia proceder menos de ódio do que de amor, configurando-se, pois, o segundo nível de *afinidade eletiva* detectado por Michael Löwy. Denunciou-se daí as conseqüências moral e socialmente mais negativas do positivismo, podendo-se falar polemicamente da *reductio ad Hitlerum* de tal doutrina.¹²

As convergências ativas entre Nazismo e "Teoria Pura do Direito" (*Reine Rechtslehre*), nos moldes teóricos da *afinidade eletiva*, potencializam-se exatamente naquele momento em que o Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães, fundado em 1919 por Adolf Hitler, ocupa eleitoralmente as instâncias do poder político alemão em 30 de janeiro de 1933 e passa a exigir um sistema jurídico-compreensivo que, de mãos dadas com o seu programa contraditório dos "vinte e cinco pontos" faça com que as duas orientações de pensamento confluem para uma estatolatria que condena as liberdades democráticas.

Estudando os antecedentes históricos do Totalitarismo moderno, em especial o despotismo oriental dos indianos e dos chineses, Barrington Moore e Wittfogel, embora aquela não co-dividindo a colocação deste, puderam sublinhar a obra de standardização e de uniformização da burocracia estatal, a existência de um sistema bem desenvolvido de espionagem e de delação recíproca e especialmente uma doutrina política caracterizada por um *racionalismo amoral* interessado

11. Ver Tércio Sampaio Ferraz Jr., "Porque ler Kelsen, hoje", in *Cultura*, de *O Estado de S. Paulo*, 01.11.81, n.73, pp. 12-13.

12. Sobre positismo jurídico e regime totalitário, p. ex., Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*, compilados por Nello Morra, trad. e notas Márcio Pugliesi et alii, São Paulo, Ícone, 1995, pp. 224-225.

unicamente na técnica política mais eficaz.¹³ Ora, se uma *afinidade eletiva* se instaura justamente a partir da equivalência de premissas entre dois sistemas culturais, podemos afirmar que um dos elos de ligação entre a teoria pura do direito e a doutrina nazista se estabelece entre o racionalismo amoral do movimento nacionalista alemão e as concepções avalorativas dos positivistas.

Outro fator de *reciprocum affinitatem* entre os dois sistemas culturais encontra-se na nota de repressividade que os caracteriza. Antibolchevismo, antiindividualismo, anti-semitismo, irracionalismo, imperialismo, racismo, princípio da liderança e exaltação da guerra, alguns dos principais pontos doutrinários do Nazismo, para efetivarem-se na esfera empírico-sociológico, exigiam um aparato estatal altamente repressor, capaz de reputar-se o *non plus ultra* da degradação individual nos campos de concentração e nas operações de genocídio. Com relação ao positivismo kelseniano, este entendia o Direito simplesmente como uma ordem coativa da conduta humana, ou seja, uma ordem social que se rege contra situações socialmente perniciosas por meio de atos de coação — como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros — aplicados mesmo contra a vontade de seu destinatário.

Ademais, Hans Kelsen e demais positivistas acabaram legando estruturas mentais profundamente influenciadas pela concepção hegeliana de Estado, que assumira uma importância notável junto ao positivismo jurídico alemão da segunda metade do século XIX. Segundo esta concepção, o Estado consiste na manifestação suprema do Espírito Absoluto em seu devir histórico, sendo ele, pois, o fim último ao qual os indivíduos estão subordinados. Evidentemente, tal maneira de entender o Estado não configura uma teoria, mas uma ideologia, uma vez que não descreve o Estado assim como ele é, mas como se desejaria que fosse.

Nietzsche, na voz eloqüente do seu *Zarathustra*, já previa os riscos intelectuais a que se expõem involuntariamente os herdeiros de uma tradição cultural qualquer ("*Nicht nur der Vernunft von Jahrtausenden, auch ihr Wahsinn bricht an uns aus. Gefährlich ist es, Erbe zu sein*"). Precisamente diante de uma constelação concreta de fatores históricos, as insanidades da tradição estatolátra contemporizavam-se, nos pressupostos básicos da *Reine Rechtslehre*, em uma *afinidade* de sentido com o Nazismo.

13. Mario Stoppino, "Totalitarismo", in *Dicionário de Política*, por Norberto Bobbio *et alii*, trad. João Ferreira *et alii*, 2ª ed., Brasília, UnB, 1986, p. 1251.

Nesses termos, só se pode redimir Kelsen por meio de uma análise sociológica do isomorfismo espiritual existente entre dois universos culturais originariamente autônomos e ideologicamente independentes, mas que desgraçadamente guardavam incubadas entre as suas premissas profundas *correspondances*.

7 Conclusão.

• Este estudo cingiu-se tão-somente a exemplificar timidamente as *afinidades eletivas* havidas entre a teoria pura do direito e o nazismo, portanto, entre um sistema jusfilosófico e uma doutrina política de caráter fascista. De certo, tornam-se cientificamente promissores estudos de *afinidades eletivas* entre a Teoria Autopoiética do Direito e o Neocorporativismo, entre a Teoria Tridimensional do Direito e o Integralismo no Brasil, entre a Escola do Direito Livre e as Utopias Sociais Libertárias, até mesmo entre a Teoria Pura do Direito e o Neoliberalismo Econômico, como crêem alguns. Muitas são, pois, as possibilidades de *reciprocam affinitatem* entre os ramos de estudo jurídico e as mais diversas formas de *Weltanschauung* social.

São Paulo, maio de 1997.

**BREVES REFLEXÕES SOBRE A LEI TIIFICADORA DA
PRÁTICA DE TORTURA (LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997)
À LUZ DA ANTIJURIDICIDADE CONCRETA**

Andréa Galhardo Palma

Aluna do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Os comentários a seguir se destinam à análise dos principais aspectos da recente "Lei de Tortura" (Lei n. 9.455/97), publicada em 07 de abril de 1997, sua forma de elaboração, conteúdo e reflexos no sistema penal brasileiro. Enfocam a necessidade de uma lei desse porte, garantidora da dignidade humana, sem deixar de criticar, sobre o aspecto da tipificação, a forma assistemática pela qual adentrou no ordenamento jurídico nacional. Comenta, logo após, artigo por artigo da lei.

Abstract:

The comment below destines to analyze the main aspects of recent "Torture Law" published in april 7th, 1997; its elaboration, meaning and reflexion at brazilian penal system. The comment also focalizes the need of a law such of size, that can guarantee human dignity, and at same time criticize this law under its characterization in brazilian legal organization. Following there are comments of article by article of law.

Unitermos: antijuridicidade; tortura; entorpecente; anistia.

A Lei n. 9.455/97, na esteira do mandamento constitucional constante do art. 5º inciso XLIII: *"a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."*, vem regulamentar, num "espasmo legislativo" do Congresso Nacional, a tão-esperada lei antitortura, cujo projeto tramitava naquele desde 1994, juntamente com estudos do Ministério da Justiça que tratavam da definição do crime de tortura.

Inegável a casuística penal à promulgação da nova lei. Em outros termos, irrefutável a influência dos recentes episódios ocorridos em Diadema/SP e no Estado do Rio de Janeiro - violência, mortes e arbitrariedades praticadas por

policiais militares, com respaldo na certeza da impunidade. Daí falarmos em espasmo, em resposta súbita, a um acontecimento penal.

Alguns juristas criticaram a forma como a lei entrou no sistema jurídico-penal, levantando dúvidas quanto à legitimidade desse processo de tipificação, *in verbis*: "*É lamentável ter vindo a reboque da tragédia de Diadema. E a rapidez do Congresso nessas circunstâncias impõe duas perguntas aos parlamentares: se o projeto já estava devidamente discutido, por que não tinha sido aprovado? Se não foi bem discutido, como é que foi aprovado em tão-pouco tempo?*" (Sérgio Salomão Shecaira, presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais IBCCrim, em entrevista publicada em 12 de abril de 1997, no jornal Folha de São Paulo, p. 3-2).

Antes de adentrarmos na exposição da lei, seguida de breves comentários, mister se faz consignar que a incriminação da tortura segue, abstraindo os malefícios da casuística legiferante, a tendência internacional do Direito Penal e Processo Penal das *Garantias Individuais do Cidadão*, seja ele agente ou sujeito da prática delituosa.

Sob a égide da legalidade, da ampla defesa, do julgamento em tempo razoável, da fundamentação das prisões, quer-se a Justiça penal efetiva, célere e eficaz. É o que se infere da chamada Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em todo o teor do seu art. 8º e seguintes, ratificada pelo Brasil, através do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Portanto, agora, lei interna, conforme art. 5º, § 2º da Constituição Federal vigente.

Sabemos da condicionalidade histórico-cultural que sofre o Direito Penal, da influência da chamada política criminal, nem sempre utilizada como ciência, na luta contra o fenômeno da criminalidade (v. *Condicionalidade Sócio-cultural do Direito Penal*, Américo A. Taipa de Carvalho, Coimbra 1985, pp. 13, 89 e ss.); da importância da inserção do legislador na consciência ético-social para tipificar condutas.

Entretanto, esta condicionalidade, que se quer respeitada, nada tem a ver com as manifestações eleitoreiras e pautadas de conveniência e oportunidade que assolam a atividade legislativa do nosso país.

Ora, o caminho que se percorre à elaboração de uma norma penal constitui o momento culminante de um processo, no qual estão em contínua tensão fato e valor. É a idéia de que o direito é o reflexo das condições sociais e culturais, como escreve Bangolini, citado pelo professor Miguel Reale em sua obra

Antijuridicidade Concreta (p. 6) "os conceitos jurídicos e os conceitos do justo são de natureza prevalentemente histórico-cultural, ancorados que estão ao terreno cultural que os condiciona, na função e aplicação" O direito é fato, valor e norma...

E, complementa o professor Reale, demonstrando que a antijuridicidade tem seu primeiro esteio e real conteúdo no plano ético-social, na concreta realidade de um povo, em determinado tempo e lugar. (Miguel Reale, *in Antijuridicidade Concreta*, p. 26). Propugna, o autor, uma ordem inerente que condiciona o direito positivo (a norma posta pelo órgão estatal competente). Fala-se do proibido pré-normativo, e aí pensamos na tortura, agora crime, antes prática sempre considerada amoral, injusta e violadora da dignidade humana. A sua antijuridicidade adveio da experiência, da história mesma do Brasil.

E, para que se assente o conceito de condicionalidade e concretude do direito, existente antes mesmo de ser produto legislativo, de uma vontade política, e se entenda a importância da tarefa legislativa de conformação de valores, é necessário um trabalho sério, assaz, jurídico-sociológico, e não repercussionista (representada no binômio cenário de violência, clamor popular *versus* exasperação de pena), a fim de não criarmos um elastério de normas inaplicáveis por falta de coerência com o ordenamento jurídico.

Esta visão é descortinada por Welzel, em observação sintética, mas completa do fenômeno "o normativo e o real estão entrelaçados, pois a viabilidade do direito depende da conformidade do concreto (real) ao abstrato (normativo)" (Welzel, *in Mas alla del derecho natural*, p. 41).

Enfim, pretende-se dizer com essa incursão acadêmica, que o Direito Penal a despeito de ser histórico, conjuntural, não se faz da noite para o dia.

A elaboração do tipo (que elucida e esclarece o conteúdo das estruturas normativas, o âmbito do permitido e proibido, e satisfaz a exigência política do *nulum crimen sine lege*), como ensina o professor Miguel Reale Jr. em suas aulas ministradas nas Arcadas (v. tb. sua obra *Parte Geral do Código Penal Nova Interpretação*, p. 24, ed. Revista dos Tribunais) tem seu substrato na realidade fenomênica: o legislador da realidade constrói o modelo o qual se amoldará ao comportamento futuro, através de dados elementares na antijuridicidade concreta!. Toda a estrutura normativa traz em si um significado axiológico, que em última análise determinará o que seja justo ou injusto.

Observa-se, ao voltarmos os olhos para a forma como são elaboradas as leis no Brasil, que a construção teórica, a técnica, o estudo acurado dos planos de elaboração das normas, mormente as de caráter penal, cai no vazio deontológico, isto é naquilo que deveria ser e não é.

Verifica-se no país um total esquecimento da idéia de sistema, de elaboração científica do tipo (com elementos descritivos, normativos e a carga sancionatória...). Esta constatação não é nossa, diga-se de passagem, mas descortinada nas insubstituíveis aulas de Processo Penal ministradas pelo professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, o qual trata da obviedade do problema, que por ser óbvio, torna-se pouco apreensível aos "operadores" (termo em voga) do direito.

Esta crítica precede o exame, artigo a artigo da nova lei, pela necessária missão de que é preciso estarmos atentos, ainda nos bancos escolares, da tarefa de primarmos, seja na atividade postulatória, seja na decisória, pela boa técnica, não-tecnicismo, reveladora de um Direito Penal garantidor da segurança e certeza jurídicas.

A lei artigo por artigo.

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena: reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

Parágrafo 1º Na mesma pena incorre quem submete a pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

Parágrafo 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

Parágrafo 3º - Se resulta lesão de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte é de oito a dezesseis anos.

Parágrafo 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I se o crime é cometido por agente público;

II se o crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente;

III se o crime é cometido mediante seqüestro.

Parágrafo 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

Parágrafo 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Parágrafo 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo na hipótese do parágrafo 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 2º - O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º - Revoga-se o art. 233 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Comentários:

Inflacionou o legislador o art. 1º da Lei, concentrando neste tanto as condutas dolosas (incisos I e II) com pena de reclusão, a conduta comissiva por omissão (parágrafo 2º) apenada com detenção, como as agravantes dos parágrafos 3º (na verdade, trata-se de qualificadora, se resulta lesão de natureza grave ou gravíssima pena de reclusão, quatro a dez anos ou morte, pena de reclusão de oito a dezesseis anos) e 4º (trata das causas de aumento de pena, variando-se de 1/6 a 1/3),

parecendo a um observador pouco atento um único tipo, quando, na verdade, a tipificação da tortura é ampla e distinta em cada segmento normativo.

O inciso I, por exemplo, destaca o elemento subjetivo do injusto, o dolo, a finalidade da tortura, para que esta se configure como crime. Não basta constranger alguém, com emprego de violência ou grave ameaça, causando sofrimento físico ou mental. Já no inciso II, o elemento do tipo em destaque é o normativo-dependente de juízo valorativo encontrável em outras normas jurídicas ou ético-sociais (...) sob sua guarda poder ou autoridade, a intenso sofrimento físico ou mental (...).

Prevê ainda o mesmo artigo, a tortura por omissão. Aquele que sabendo da prática e tendo o poder e o dever legal de evitá-la, não o faz, concorre na qualidade de sujeito ativo do resultado delituoso ao qual não deu causa diretamente. A pena, neste caso é de detenção.

O parágrafo terceiro incrimina o preterdolo com alteração significativa na quantidade da pena cominada (reclusão de quatro a dez anos para lesões e oito a dezesseis anos para o resultado morte). Trata-se a meu ver de qualificadora. Já o parágrafo 4º como já mencionado, trata das causas de aumento que variam segundo a qualidade do sujeito ativo do delito (agente público veja-se os efeitos da condenação no parágrafo 5º) ou do sujeito passivo, criança, gestante, deficiente e adolescente.

É de se notar que, quanto às crianças e os adolescentes, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), já havia incriminação da tortura no art. 233, *in verbis*: "*Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura: pena de um a cinco anos.*" A despeito de ser uma lei especial em face da lei antitortura, esta, inquestionavelmente, sendo posterior, revogou expressamente art. 233, eliminando eventual questão sobre conflito aparente de normas.

Uma questão importante: não descreve a lei o que venha a ser sofrimento físico e mental, o que reclamará do juiz intensa atividade interpretativa, fora do âmbito jurídico-penal...

Numa outra ordem de idéias, a tortura sendo crime inafiançável e insuscetível de anistia ou graça, em conformidade com disposto no art. 5º inc. XLIII da Constituição Federal, tal qual os crimes hediondos paira a questão: cabe fiança ou liberdade provisória para este tipo de crime? E a progressão do regime prisional?

A lei nova silencia, mas a Lei dos Crime Hediondos expressamente proíbe a concessão do benefício da liberdade provisória ao acusado e progressão do regime ao condenado. É a inteligência do art. 2º e §§ da Lei n. 8.072/90. Parece que a discussão sobre a constitucionalidade ou não do dispositivo em relação à nova lei terá os mesmos moldes da ensejada por ocasião da promulgação dos crimes hediondos. Com relação a estes, o Supremo Tribunal Federal já afirmou em algumas turmas não ser inconstitucional (STF HC 69603-1 Rel. Paulo Brossard; HC 69657-1/DJU 18.06.93, Rel. Francisco Resek, e RTJE 82/27). É possível a interpretação analógica do dispositivo processual em prejuízo do réu?

A última questão pertine com a extraterritorialidade da lei posta em vigor. O art. 2º estende a jurisdição brasileira a qualquer país estrangeiro onde ocorra crime de tortura, que tenha como vítima pessoa de nacionalidade brasileira (critério da personalidade da lei) ou em razão do agente (torturador) encontrar-se em território nacional, ainda que tenha praticado o delito no estrangeiro. Por ser uma lei também resultante de convenção internacional, justifica-se a competência do Brasil para repressão da tortura, de acordo com o disposto no art. 7º, inciso II e § 2º do Código Penal, condicionando a punibilidade do agente a sua entrada em território nacional.

Estas são, num relance de olhos à recente Lei, as principais observações e indagações a serem feitas. Desde já fazemos votos que efetivamente produza resultados, não-só como remédio à enfermidade forjada desde de há muito na história política (repressiva) brasileira, mas como efetivo instrumento do que a *Carta Constitucional* erigiu à categoria de um dos princípios fundamentais do Estado de Direito: a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, urge tornar clara a função vital do Estado, a de velar pelo direito.

Velar pelo direito, eis a função vital do Estado. (Jhering)

São Paulo, novembro de 1997.

Bibliografia

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- CARVALHO, Américo A. Taipa. *Condicionalidade sócio-cultural do Direito Penal*. Portugal: Ed. Coimbra, 1985.
- REALE JR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: Ed. Bushatsky, 1974.
- _____. *Parte Geral do Código Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo, 1968.
- SHECAIRA, Sérgio S.. *Folha de S. Paulo*, 12.04.1997. p. 3.2.
- WELZEL, Hans. *Mas ala del derecho natural*. 1941.

DISCURSOS E CONFERÊNCIAS

DISCURSO DE POSSE DO EXMO. PROF. DR. RUI GERALDO CAMARGO VIANA, COMO PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CIVIL DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

Exmo. Sr. Prof. Dr. Álvaro Villaça Azevedo, Digníssimo Diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco,

Exmo. Sr. Prof. Dr. Antonio Junqueira de Azevedo, Paraninfo desta solenidade,

Douta Congregação,
Minhas Senhoras e Meus Senhores,
Acadêmicos de Direito.

Ao subir os degraus desta tribuna assaltam-me sentimentos da mais incontida alegria, por ver realizado o sonho acalentado por toda uma vida.

Não trago a melancolia de Montalverne, por tanto ter esperado para realizá-lo; com efeito, nunca será tarde demais para realizar os sonhos que, na formulação de Platão, terão de ser a última túnica de que há de se despir a minha alma.

Quisera, sim, que tal tivesse ocorrido no florir da mocidade, empenhada de ânsias e vaidades, na vã suposição de poder reformar o mundo e para que pudesse dar conta aos meus maiores, que em mim depositaram suas melhores esperanças.

Mas o tempo passou e eles cansaram de viver; por certo, em algum ponto do Écran, acompanham e velam pela minha caminhada.

Já não podendo transferir-lhes, materialmente, este galardão, que para mim é uma coroa de louros, deposito-a no altar da família e apresento à minha mãe, orgulhoso, este meu boletim.

Perdoem-me os meus ouvintes, a minha pieguice, mas este é o meu momento.

Ser recebido neste Areópago insigne, depositário das mais nobres e dignificantes tradições da nacionalidade, é benção a que nem ousava aspirar.

Persegui o meu destino, descuidado do resultado da incógnita caminhada; sabia que era necessário caminhar, sem cuidar, porém, para onde me levava o meu destino.

Tinha um rumo, tinha um norte a defesa da liberdade e a realização concreta do Direito - que aprendi a cultivar nos bancos acadêmicos.

O veículo o trabalho constante e apaixonado lição colhida de meu pai, um libertário que jamais se submeteu a qualquer injunção, um daqueles cidadãos que nunca admitiram receber benesses do Estado, a ponto de impedir que qualquer de seus seis filhos estudasse em escola pública que reputava um favor do príncipe.

Firmei, na divisa *Labor omnia vincit improbus*, o meu roteiro e exclusivamente do trabalho hauri os frutos, materiais e espirituais, que amealhei na vida.

Ouvindo a formosa oração do professor Junqueira de Azevedo, nesta assentada, mal pude reconhecer no seu bosquejo digno de um Velasquez, minha figura retocada com a pátina da amizade e enfocada com a visão de portador de um grande coração.

Na Academia e na banca do advogado intemorato Raimundo Pascoal Barbosa, iniciei meu aprendizado e meu trabalho na lida do Direito, com ele aprendendo a agir sem temor e sem transigência na defesa das causas abraçadas.

Na Magistratura encontrei o caminho e as condições para a efetivação concreta do Direito, confiando em que nas mãos do magistrado repousa a garantia dos cidadãos.

Nela ingressei, por concurso público, e galguei todos os seus degraus até o Tribunal de Justiça de meu Estado, aposentando-me no cargo de Desembargador.

Penso ter cumprido o meu dever, trabalhando à exaustão, convicto de que, a par da qualidade, a brevidade é condicionante da Justiça, pois é consabido que *la justice qui tard devient une injustice*.

Mantive, sempre e a qualquer custo, minha pauta de audiências em trinta dias, proferindo as decisões, quando não em audiência dentro da maior brevidade possível.

Nos tribunais, nunca figurei em estatísticas de atraso e, quando instado, votei pela imediata distribuição de todos os feitos existentes na Secretaria.

Não ignoro as dificuldades que assolam o Judiciário, mas a presteza nos julgamentos é problema a ser urgentemente solvido, recorrendo-se antes das complexas e demoradas reformas, desde logo, aos avanços da tecnologia e otimização dos recursos humanos.

Espera-se que o Executivo proveja os meios materiais indispensáveis, e que os nossos Tribunais, dêem ênfase, ao recrutamento de juízes, cooptando os jovens profissionais capacitados, através de uma política salarial compatível e preparação dos vocacionados em estágios já engajados na Magistratura, como o modelo francês que apresentei ao Tribunal de Justiça de São Paulo, após estágio na *École Nationale de la Magistrature*, de Paris.

Penso ter cumprido o meu papel, julgando com isenção e com destemor, como compete a todo juiz o qual não tem direito de ser fraco ou tuteante, ornado, pela sociedade e pela cidadania, com garantias especiais de independência intelectual e econômica.

Para exercício dessa independência, não pode o juiz estar sujeito a outra injunção que não sua consciência informada pelo seu contingente moral e intelectual.

Encarnação de um Poder da República, não pode exercê-lo com peias, daí me parecer uma excrescência o propalado "controle externo"

Aliás, fiscalizado ele está, sempre, porque assentado no pódio mais alto como lembra Ruy, ali o juiz está para melhor ser visto e acompanhado, em suas atividades, por toda a sociedade.

Sua atuação, no processo, está sujeita ao crivo do contraditório, exercido pelas partes assistidas de advogados; a atuação do Ministério Público, em casos de peculiar relevância, acrescenta novo controle na aplicação da lei, sem falar na pleora de recursos que, no plano vertical, submete as decisões dos juízes à revisão sistemática.

Essa revisão poderá levar qualquer causa ao Supremo Tribunal Federal, cujos membros são nomeados pelo Executivo com aprovação do Senado, respeitando o equilíbrio de poderes tido por Montesquieu como a pedra de toque da democracia.

Sabido que os juízes são recrutados, hoje, democraticamente, em concursos públicos com a participação da OAB, e formada a composição dos Tribunais com o quinto constitucional, não se poderá apodar de elitista ou enclausurada, a Magistratura.

No ângulo objetivo, a representação interventiva traduz meio eficaz para se obter, a par do controle concreto, o controle abstrato das normas em cotejo à lei fundamental e sua ampliação para controle objetivo em defesa da Constituição,

agora cometido a plúrimos organismos além do procurador geral, instrumentaliza a sociedade para defesa de seus direitos e obtenção de efetiva atuação do Judiciário.

Não há, pois, mister retrogradar a nefastos procedimentos, de que foi rica a *praxis* brasileira, bastando lembrar o vergonhoso Decreto n. 19.711/31 que, ditado por "*imperiosas razões de ordem pública*", determinou o afastamento de Ministros da Suprema Corte por, dentre outros, "*motivos de natureza relevante*"

Todos sabem que os "*relevantes motivos*" consistiam em fazer calar Juízes independentes, discordantes da ditadura reinante.

O repetir da história já nos mostra o perigo dos inconformismos despóticos, valendo relembra recente episódio, em que nosso atual presidente da República quis insurgir-se contra decisão do Pretório Excelso que sobrepôs a Constituição ao interesse econômico perseguido pelo Executivo.

Trazer o controle externo importará ressuscitar a Carta de 1937, com seu famigerado art. 96 que franqueava ao Legislativo repristinar a lei julgada inconstitucional pelo Supremo, reeditando-a em procedimento cassatório da decisão judicial.

Critique-se o Judiciário, reclame-se Justiça mais barata e presentânea, cobre-se punição dos maus juízes, mas sempre preservando os predicamentos da Magistratura que outra coisa não traduzem senão a plena garantia dos cidadãos.

Se na Magistratura angariei a possibilidade de fazer atuar o Direito em sua concretude, no magistério encontrei a possibilidade da disseminação do bom Direito, transmitindo aos acadêmicos minhas idéias e meus ideais.

Se, como juiz, me sentia à letra da lei, pois a função do magistrado é de fazer atuar o direito existente, como professor me senti livre para criar, para propor reformas e contemplar o direito *in fieri*, pois o professor é arauto da evolução jurídica e precursor das novas formulações legais.

Vivi, sempre muitas coisas aprendendo e tudo que aprendi, sem avaréza transmiti e procuro passar para os meus alunos.

Nestes longos anos de magistério, tenho experimentado a melhor recompensa, a maior alegria de um mestre que é ver-se suplantado pelos seus discípulos.

Vejo-os vitoriosos na Magistratura, no Ministério Público, na Advocacia e no Magistério e nas funções políticas, no Executivo e no Legislativo.

Esta contemplação, desinteressada e orgulhosa, é a paga que recebem os mestres pelo seu fadário, remuneração incompreensível para quantos só medem o rédito do trabalho pela quantidade de pecúnia recebida.

Foi comigo pródiga a Providência, dando-me sempre o amparo familiar, angariado na companhia da esposa Neide que me incentivou por longos anos e me deu os filhos, Maria Beatriz, Maria Angélica e Rui Geraldo, que participam desta conquista.

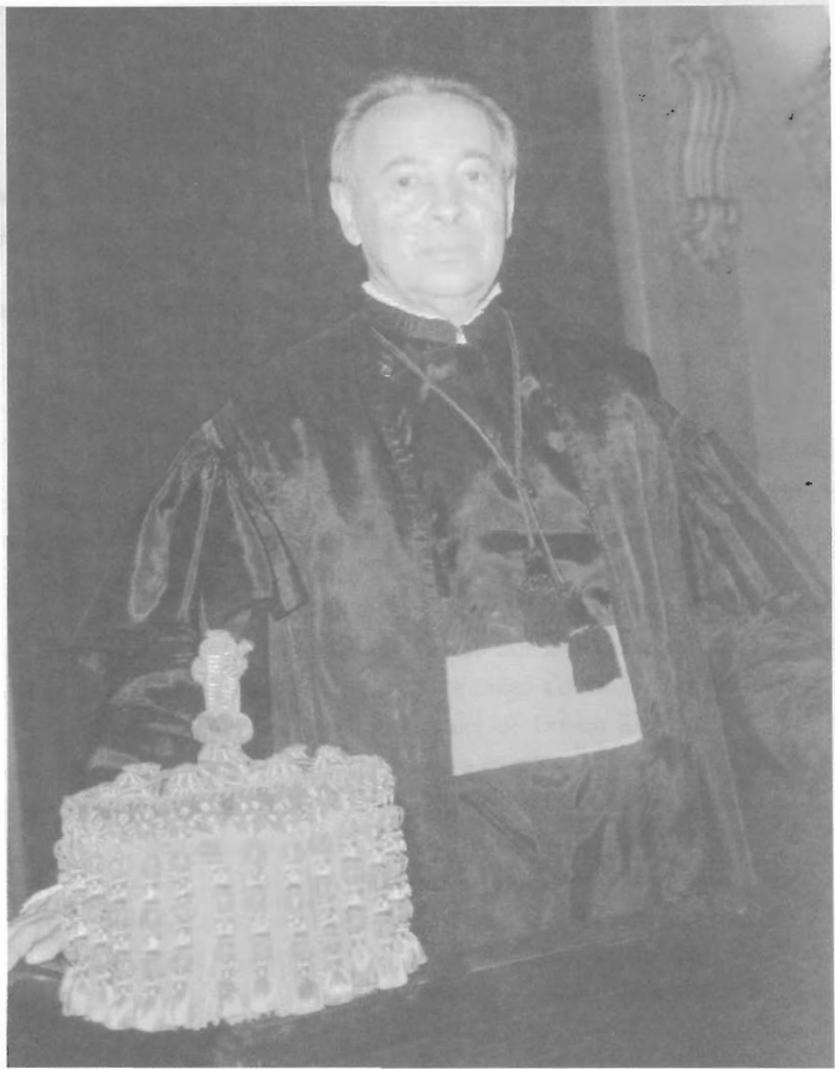
Portador de um só coração e dois amores, encontrei Renata, que me trouxe novas venturas e um novo sentido à vida que se renova na criação de Rui Gustavo e Rui Guilherme, não-amadurecidos para entender a liturgia, aos quais dedico a láurea.

Sinto, por fim, para completar tanta fortuna, a palpitante presença, ainda descansando no seio materno, dos meus três netos que, *in fieri*, já partilham comigo a incomensurável dita.

Enfim, Senhores, por quê tanto labor, tanto esforço para estar aqui?

Porque sempre quis ser um sacerdote da Justiça e, onde melhor altar encontraria para cultuar a Liberdade, senão nesta velha e sempre nova Faculdade?

São Paulo, 20 de março de 1997.



Professor Rui Geraldo Camargo Viana

DISCURSO DE POSSE DO EXMO. PROF. DR. EDUARDO CÉSAR SILVEIRA VITA MARCHI, COMO PROFESSOR TITULAR DE DIREITO ROMANO, DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

Exmo. Sr. Diretor, Prof. Álvaro Villaça Azevedo,

Exmo. Sr. Prof. Antonio Junqueira de Azevedo, a quem agradeço pela saudação, acolhendo-a como estímulo para as minhas novas responsabilidades decorrentes do exercício do cargo de Professor Titular,

Exmo. Sr. Dr. Edson Luiz Vismona, caro amigo e colega de turma, Secretário Adjunto da Secretaria da Justiça do Governo do Estado de São Paulo,

Ilustres Professores, prezados alunos e funcionários,

Queridos familiares e amigos,

Senhoras e Senhores,

Apesar de lugar-comum, não posso *a priori* deixar de expressar, desde logo, o meu mais profundo regozijo por alcançar o ápice do *cursus honorum* nesta que é considerada a mais importante e tradicional Faculdade de Direito de nosso País: a velha e sempre nova Academia de Direito do Largo de São Francisco.

Orgulhando-me de pertencer a esta Casa, já agora na qualidade de Professor Titular, assumo hoje a Cátedra de Direito Romano, em sucessão a Alexandre Augusto de Castro Corrêa, meu dileto professor e amigo a quem muito devo. Criada em 1854, pelo Decreto Imperial n. 1.134, a Cátedra de Direito Romano teve, por seu primeiro lente, o Conselheiro Chrispiniano, que a exerceu de 1854 a 1871. Seguiram-se, pela ordem, Duarte de Azevedo (de 1871 a 1881), Dutra Rodrigues (de 1881 a 1888), Américo Brasiliense (de 1888 a 1890), Frederico Abranches (de 1890 a 1903), Reynaldo Porchat (de 1903 a 1925), Spencer Vampré (de 1925 a 1934), Alexandre Correia (de 1934 a 1964), e, finalmente, o meu predecessor e dileto professor, Alexandre Augusto de Castro Corrêa (de 1964 a 1996), que, como se pode auferir, foi, no histórico da sucessão na Cátedra, o recordista em tempo de dedicação a ela: 32 anos.

Ingressando hoje neste doutoral, tomando posse deste cargo importante, impõe-se-me comentar quão misterioso pode ser o destino de cada um, de acordo com os desígnios de Deus Pai Todo-Poderoso. Confesso que jamais pensei, quando menino ou como aluno desta Academia, em seguir a carreira universitária. Meus planos profissionais sempre se resumiram, desde cedo, em ser ou jogador de futebol ou juiz de Direito, nesta ordem de preferências. O responsável pela minha mudança de planos,

além do próprio Direito Privado Romano e de minha ilimitada paixão por ele, foi meu mestre professor Thomas Marky, de quem me orgulho de ser discípulo. Foi sempre ele o meu orientador na participação, ainda quando aluno, do "Grupo de Monitoria" e depois, também na minha ida à Itália para o doutorado, na preparação para a livre-docência, na jornada à Alemanha para o pós-doutorado, e finalmente, no caminho final para a Cátedra.

Se estou aqui neste doutoral, além da culpa maior do professor Thomas Marky, como já disse, devo-o também ao meu amor pelo Direito Civil dos romanos. Continuo, aliás, um cultor fervoroso do Direito Privado Romano.¹

Fala-se de tempos a tempos, na "crise do Direito Romano", censurando-se injustamente sua pretensa pouca importância e utilidade no mundo moderno.

Contra esta infundada crítica, vale aqui a pena citar as sábias e proféticas palavras de Goethe. Este, numa faceta pouco conhecida de sua obra,² referindo-se ao Direito Romano, comparou-o a um rio ou curso d'água que desce as montanhas: algumas vezes, em seu curso, corre subterrâneo, n'outras, reaparece à luz, cortando a superfície. De um modo ou de outro, porém, continua ele sempre seguindo, com águas deleitosas, seu curso perene.

Proféticas estas palavras de Goethe, como se disse: refiro-me, neste momento histórico de esforço pela criação da União Européia, ao valor do Direito

1. Assim sendo, seria muito óbvio de minha parte, vindo de quem vem, aprofundar-me na defesa da utilidade e importância deste estudo nos dias de hoje. Apesar disto, não posso deixar de fazê-lo, ao menos propunctoriamente. Poderia aqui reafirmar sua função propedêutica em relação ao moderno Direito Civil, lembrando também a sua permanente vigência indireta por meio dos códigos atuais, como o brasileiro (onde, dos 1.807 arts. 1.445 decorrem das fontes romanas), o francês, o italiano, o alemão, enfim, quase todos da Europa Continental e da América Latina, e até mesmo outros códigos civis, de países de cultura tão-diversa da ocidental, como o do Japão e o da Coreia.

Poderia aqui também até mesmo ressaltar a sua superioridade - por mais incrível que possa parecer a certos incautos em relação aos nossos ordenamentos modernos em algumas matérias como a da responsabilidade civil, mais especificamente em tema de custódia, categoria melhor conhecida como responsabilidade objetiva clássica: mesmo após a Revolução Industrial do séc. XIX, como acentua de Martino (*Diritto e società nell'antica Roma*, Roma, Reuniti, 1979, p. XXIII), o Direito moderno, apesar de algumas tentativas no começo do século (como, v.g., a nossa Lei n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regula a responsabilidade civil das Estradas de Ferro), permaneceu por quase todo este século ligado cegamente à categoria não-romana, mas bizantina e oriental, da culpa em sentido subjetivo. Só agora, no limiar do século XXI, os ordenamentos modernos, com - por exemplo - os novos Códigos de Defesa do Consumidor, tentam retomar a tradição romana nesta matéria, qual seja, o do sistema clássico da responsabilidade objetiva, independente de culpa.

2. Referimo-nos ao período em que Goethe exerceu a docência em cursos particulares preparatórios de estudantes alemães de Direito para os exames finais das Faculdades de Direito os chamados *Repetitorium*, até hoje existentes na Alemanha e ainda muito famosos e atuantes.

Romano não-só como elemento de coesão e símbolo da Europa, mas também e principalmente, segundo proposta dos neopandectistas Knütel, de Bonn, e Zimmermann, de Regensburg, como instrumento de grande utilidade prática para a futura e necessária unificação do Direito Privado Europeu.³ Neste mesmo sentido, chega a notícia de que até mesmo na Rússia, país ainda fora da União Européia, está-se finalizando, pela primeira vez em sua história, uma tradução completa do Digesto ou Pandectas.

Assiste-se, portanto, nos dias de hoje, ao ressurgimento do *ius commune* europeu, isto é, do Direito Romano como ordenamento comum da nova Europa unificada (como, aliás, o foi por muito tempo, desde a Idade Média até o final do século passado e começo deste). É provável, aliás, que a mesma necessidade prática de unificação do Direito Privado se manifeste em relação à comunidade do Mercosul, e que, por isto mesmo, o Direito Romano exerça nos próximos anos, também por estes lados, a mesma nova e nobre função.

Em conclusão a este ponto: muitos dos melhores espíritos devotados aos estudos jurídicos sempre encontraram e sempre continuarão a encontrar inspiração nos textos dos juristas romanos. Enquanto houver civilização, a ciência do Direito Romano - servindo-se da lição de Goethe -, continuará seu curso irremovível, irrigando a terra, e produzindo seus bons frutos.

Gostaria agora, na parte principal desta oração, prestar o solene compromisso ou juramento devido, o qual, nos termos do antigo Decreto Imperial de 17 de janeiro de 1885, deveria ser feito "*nas mãos do Diretor, perante a Congregação*"

No entanto, mais do que o academismo ritual, como muito bem já disse o insigne professor Fábio Konder Comparato, é necessário, nos dias de hoje, em obediência a esta formalidade de compromisso, que "*o novo Professor Titular, no momento em que atinge o ápice de seu cursus honorum, proclame, em alto e bom som, qual a contribuição que pretende trazer ao País, expondo com franqueza o que dele poderão esperar o mundo jurídico e esta Faculdade*" Só assim, pois, poder-se-ia, ainda hoje, justificar a manutenção deste cerimonial acadêmico.

O compromisso, pois, que ora assumo, de modo a honrar não-só esta Faculdade, como nossa São Paulo e nosso amado Brasil, é, com grande idealismo,

3. É certo, todavia, que não poderão ser desconsideradas, nesta tarefa, as contribuições advindas do sistema inglês da *common law* e das modernas especialidades do Direito societário, da propriedade intelectual, dos seguros marítimos e do tráfico aéreo.

seriedade e dedicação, contribuir para que nossa Academia retome a sua vocação maior de formar não apenas advogados ou juristas, mas, sobretudo, como já rezavam os antigos Estatutos do Visconde de Cachoeira do século passado, "homens hábeis" para reger os destinos da nação.

A vocação primordial de nossa Faculdade quer-me parecer esteja, contudo, um tanto quanto ameaçada no atual momento.⁴

Diante de tal quadro, nossa bem-amada Academia não pode permanecer inerte, como simples relicário de glórias fencidas, repousando sobre os louros já colhidos no passado!

Para manter não sua incontestável primazia histórica, mas a liderança no tocante à qualidade da instrução e da pesquisa, incumbe à nossa querida Academia retomar, como já no passado, sua tradição de vanguarda no ensino jurídico, de modo a conciliar o ensino do Direito às novas necessidades sociais que se apresentam. Não basta, para isso, apenas implantar uma nova grade curricular, como há pouco foi feito, com novas disciplinas, etc. Seria necessário, ao meu ver, em primeiro lugar, proceder-se a reformas de base, mudando-se, isto sim, o sistema e a estrutura de ensino, bem como o tipo de mentalidade reinante no ensino jurídico brasileiro, ainda que a longo prazo.

4. É verdade que ainda mantemos, em relação às outras Faculdades de Direito, não-só uma primazia histórica, como também certa liderança no tocante à qualidade de ensino e pesquisa. Entendo, porém, que a distância nesta liderança tem-se reduzido ameaçadoramente nos últimos tempos: daí a necessidade de reação e retomada daquela vocação a que me referi.

Dentre estas outras escolas de Direito, nossas concorrentes, quase todas faculdades privadas, algumas são simples e execráveis "fábricas de diplomas", mas outras delas, ainda que momentaneamente em pequeno número, começam a apresentar resultados não muito distantes dos nossos, no que tange à qualidade de ensino e seriedade na organização e funcionamento dos seus cursos de graduação. Além de contar, algumas vezes, com instalações e condições materiais melhores que as nossas, apresentam, além disto e principalmente, um sistema de ensino e metodologia igual ou semelhante ao desta Academia.

Senão, vejamos. Haveria diferenças de monta entre estas poucas e a nossa no tocante ao sistema de ensino? Este, na prática, é o mesmo: o professor, quase sempre com outra ocupação principal que não a docência, comparece uma ou duas vezes por semana na faculdade, ministra as suas aulas e se retira. Julgava-se, até bem pouco tempo, que a nossa primazia, neste aspecto, repousaria na titulação e preparação científica dos docentes, a grande maioria com mestrado, doutorado e pós-doutorado. Nos dias de hoje esta vantagem pouco a pouco deixa de prevalecer, pois algumas destas poucas sérias escolas particulares têm oferecido um corpo docente também bastante titulado, com mestres, doutores, etc. Em alguns casos especiais, apresentam até mesmo, em seus quadros, os mesmos professores desta nossa Academia, que ali também ministram aulas.

Quanto ao corpo discente, a diferença - é verdade - ainda é bastante ampla, já que contamos com os melhores alunos, sobreviventes da dura concorrência dos vestibulares. No entanto, estes nossos alunos recebem, como se disse, quase o mesmo tipo e sistema de ensino que o daquelas poucas escolas.

Neste sentido, peço licença para propor e comentar algumas sugestões, fundadas principalmente em meus estágios de alguns anos nas universidades de Roma e de Munique:

1 *Incentivo à dedicação integral ao ensino e pesquisa por parte de nossos futuros docentes.*

A *communis opinio*, entre nós, entende ser indispensável, na formação e desenvolvimento da figura do jurista, a junção da carreira docente ou das aulas à advocacia ou outra carreira jurídica. Seriam elas - aulas e outra profissão jurídica atividades unidas e complementares, uma enriquecendo a outra, por permitir ao docente que também é advogado, promotor ou juiz, buscar novos temas para as suas aulas, bem como novas soluções para novas questões que surgem na vida prática. Estas outras carreiras jurídicas representariam o "laboratório do Direito", onde a presença do docente seria imprescindível, sob pena de ser ele considerado, pejorativamente, um mero "estudioso de gabinete, distanciado da prática"

Com a devida *vênia*, discordo profundamente desta *communis opinio*!

Afastese, desde logo, o argumento comum logo levantado contra a proposta de dedicação integral: os insuficientes vencimentos pagos ao docente universitário. É verdade que estes encontram-se completamente aviltados — e contra tal devemos lutar —, mas nem por isto impedem a sobrevivência do professor. Se tal não fosse verdade, cerca de 70 a 80% dos docentes da USP, Unicamp e Unesp, todos em dedicação integral, não poderiam contribuir, como de fato contribuem, com mais de 50% de toda produção científica do Brasil. Cite-se, por exemplo, o caso da Faculdade de Medicina da USP de Ribeirão Preto, com 100% do seu corpo docente em dedicação integral, que, sozinha, responde por 5% de toda produção científica no País.

Enfrentemos, desde logo, o cerne do problema, que independe da questão dos vencimentos acadêmicos: não é a advocacia nem outra carreira jurídica, como quer entre nós a *communis opinio*, a necessária atividade complementar do professor. É sim o estudo, a leitura das revistas de Direito especializadas, dos jornais e boletins das associações de classe das diversas carreiras jurídicas, bem como, em última análise, o domínio de certa cultura geral. Não é preciso advogar, ser juiz, promotor ou procurador para se ter acesso aos novos temas jurídicos do dia-a-dia, e às novas necessidades sociais que se apresentam. Veja-se o caso da Alemanha, centro de excelência nos estudos jurídicos. Ali todos os professores de Direito, em todas as áreas, sem exceção - Direito Comercial, Direito Civil, Direito Penal, etc. e até mesmo em

Direito Processual -, ensinam em regime de dedicação integral. Nem por isto são juristas sem valor. Pelo contrário!

Neste mesmo sentido, aliás, deve-se recordar que em vários países europeus existe até mesmo incompatibilidade constitucional entre o exercício da Magistratura e do Ministério Público com a carreira universitária. A justificativa prático-jurídica é a seguinte: o juiz ou promotor, ao ministrar uma aula, poderia ser inquirido pelo aluno sobre um caso prático que, coincidentemente, possa também estar sendo por ele julgado ou analisado nos tribunais. Nas vestes de professor, é obrigado a responder ao aluno, emitindo um parecer: assim o fazendo, estará prejudgando o caso, podendo-se daí gerar a nulidade do processo.

Recorde-se ainda a utilização, na terminologia jurídica européia, da expressão "jurista universitário", para justamente indicar os docentes de Direito em dedicação integral. A existência desta categoria não exclui, evidentemente, a existência do "jurista advogado", "jurista magistrado", etc.

Concluindo: bastaria, enfim, ao jurista, quer ele universitário ou não, ler e manter-se informado, procurando apresentar interpretações do texto legal e teses que tenham aplicação prática, contribuindo para assegurar a convivência e o desenvolvimento social. Pode-se, portanto, almejar ser um jurista trilhando qualquer destes caminhos, inclusive a dedicação exclusiva à carreira universitária e à pesquisa. Esta, deste modo, deveria ser apresentada como uma opção profissional, ao lado de outras carreiras jurídicas.

A carreira universitária em dedicação integral, portanto, deveria ser oferecida, no futuro, aos nossos jovens estudiosos e bacharéis em Direito, como uma opção profissional dentre as carreiras jurídicas: com ela poderá ele almejar ser como se diz na Europa - um jurista universitário, ao lado do jurista advogado, do jurista magistrado, etc.

A carreira de jurista universitário, enfim, possibilitaria também melhor atendimento ao aluno e às atividades administrativas da Universidade.

2 Combate ao deletério costume, por parte de nossos discentes, de estágios profissionais durante o curso.

Quanto à luta contra os estágios profissionais, muito do que há pouco foi dito já poderia servir para afastar os alunos inteligentes e espertos deste costume deletério. Erram completamente aqueles alunos (a quase totalidade) que julgam constituir a praxe a responsável maior pela formação do jurista ou do bom profissional

do Direito. Hoje, aliás, no Brasil, é costume, neste sentido, que o estudante de Direito, mesmo aquele desta nossa Academia, comece a fazer estágios já no início do segundo ano do curso de bacharelado! Muitas vezes, são eles incentivados para isso pelos próprios advogados e por outros profissionais das carreiras jurídicas e, muitíssimas vezes, pelos próprios docentes (o que é ainda mais grave)!

O *hábito de estágios profissionais já nos primeiros anos dos cursos de Direito em nosso País é, aliás, uma solução tipicamente brasileira*. Em nenhum país europeu pude encontrá-la. Na Europa todo estágio é feito após o término do curso de graduação. Aqui, vemos com tristeza e desânimo muitos bons alunos desperdiçando, já no início do segundo ano, energia e tempo preciosos nesses estágios. Nos últimos tempos, até mesmo sérias Instituições como a Magistratura e Ministério Público, que até alguns poucos anos atrás desconheciam o estágio durante o curso de Direito, passaram também, infelizmente, seguindo o costume dos escritórios de advocacia, a oferecer várias e várias vagas para estagiários de Direito.

Entenda-se bem: não discordo do valor dos estágios profissionais *de per si*, nem tampouco da sua necessidade em caso de penúria financeira do estudante. Discordo, isto sim, da sua utilização durante o período de preparação e estudos do aluno, e mais do que isto, da sua pretensa superioridade, em termos de aprendizado jurídico, sobre o ensino universitário do Direito.

Recorde-se, a propósito, a lição de um dos maiores juristas espanhóis deste século, Álvaro D'Ors: "*o Direito não é a arte de manipular os fatos sociais, mas de interpretar corretamente os textos e de resolver corretamente os conflitos dos interesses pessoais. E semelhante tarefa*" chamo a atenção para este ponto - "*exige educação especial: o Direito é sobretudo, conclui o eminente mestre, uma educação culta, e portanto, universitária*". Acha-se aí claramente exposto o indiscutível nexo entre estudos jurídicos e educação universitária.

Esta é também, na minha opinião, a chave para se evitar que os nossos alunos se tornem no futuro simples "râbulas" ou práticos do Direito, caindo no vulgarismo jurídico ou, em outros termos, na "mediocridade": o termo latino *mediocritas* indica a "média" entre as pessoas, de modo que, no tema em análise, a "média" entre os estudantes de Direito no Brasil, vale dizer, a *mediocritas* faz estágios desde cedo. Já os nossos alunos, dado o cabedal inicial dos mesmos, deveriam se esforçar para fugir desta "média"

O aprendizado jurídico, portanto e em conclusão -, não é, ao contrário do que muitos pensam, uma preparação a ser adquirida nos escritórios de advocacia, ou

nos estágios em Procuradorias, no Ministério Público ou na Magistratura. Não, de modo algum: é, como se disse, uma educação especial e culta, cuja principal sede só se pode encontrar na *Universidade*, principalmente a *pública*.

3 Criação da "fipejusp - Fundação Instituto de Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da USP", organizada à semelhança de outras bem sucedidas fundações de nossa Universidade, como a FIPE, da Faculdade de Economia e Administração da USP.

Esta Fundação prestaria assessoria de altíssimo nível, em casos especiais, aos órgãos públicos e à iniciativa privada. Eventuais recursos auferidos reverteriam para melhoria das condições materiais de nossa Escola, complementação salarial dos docentes e funcionários em dedicação integral e para concessão de bolsas de estudos aos alunos.

4 - Extinção do curso noturno.

Em um sistema ideal de ensino, o curso noturno de Direito, não se justifica pedagogicamente.

Entenda-se bem: extinção não do respectivo número de vagas, nem tampouco da imprescindível assistência aos alunos obrigados a harmonizar estudo e trabalho, mediante, *v.g.*, a concessão de bolsas de estudo.

Saliente-se, aliás, que já se foi o tempo em que o curso noturno da USP era destinado aos alunos mais necessitados que também trabalhavam. Hoje em dia, as turmas dos nossos cursos noturnos são compostas, por uma grande parte, ou pelo mesmo tipo de aluno, de mesma idade e mesma classe social, do curso diurno, ou, também, por outra grande parte, por alunos mais velhos, já detentores de outro diploma universitário (são engenheiros, administradores, médicos, etc.). Basta a leitura dos questionários sócio-econômicos aplicados pela Fuvest. Em um destes últimos relatórios, contendo avaliações sócio-econômicas dos alunos do curso noturno de Direito de nossa Faculdade, chegou-se a quase 80% de alunos advindos das classes econômico-sociais mais altas, em relação à média da população brasileira.

Com a extinção do curso noturno, as vagas poderiam ser somadas às do curso diurno formando-se *várias turmas*, nunca superiores ao total de sessenta alunos, para aulas durante o dia.

5 Reserva (quotas) de vagas, sem vestibular, a alunos carentes.

Seriam reservadas, em nossa Faculdade, certo número de vagas para ingresso, independentemente de exames vestibulares, dos melhores estudantes carentes de escolas públicas de segundo grau. Tais quotas poderiam também estender-se a estudantes de raça negra que tenham também se sobressaído nessas escolas. Manutenção, todavia, de boa-porcentagem de alunos escolhidos sempre mediante os rigorosos exames vestibulares, como atualmente.

6 - Participação indireta dos alunos (corpo discente) na avaliação final dos concursos de ingresso à carreira docente em nossa Escola.

Tal seria realizado pela atribuição de peso maior e preponderante, por parte das Comissões de Concursos da Carreira Docente, aos resultados obtidos pelos candidatos-docentes nas avaliações didáticas dos professores (hoje obrigatória na USP), realizada todos os semestres pelos alunos da Universidade de São Paulo.

7 - Maior rigor, em contrapartida, quanto à avaliação dos alunos.

Dever-se-ia, a meu ver, introduzir-se a "Curva Estatística de Excelência", de modo a impedir-se o prosseguimento no curso dos poucos piores alunos: uma Universidade Pública, lutando pela excelência, não poderia entregar à nação "homens inábeis"

8 - Adoção do regime de aulas anglo-americano ou alemão de ensino jurídico, onde o aluno é obrigado, sozinho, a conhecer o conteúdo básico de cada disciplina, constante de qualquer manual de Direito, deixando-se para as aulas e para o professor a discussão e o aprofundamento só dos temas e pontos mais difíceis.

Seria extinta, portanto, a obrigatoriedade, por parte dos docentes, durante o curso semestral, de expor todo um extenso e longo programa dos *pontos básicos* da disciplina.

Em um modelo como o nosso atual, as aulas, a rigor, podem até mesmo ser consideradas supérfluas, e não por culpa do professor. Bastaria hoje ao aluno, se quisesse, durante o semestre, permanecer em casa estudando todo o programa de cada disciplina - isto é, preparando-se para os exames -, em um ótimo e clássico manual. Assim procedendo, aprenderia - eventualmente com maior proveito - o conteúdo básico que é ministrado obrigatoriamente em aula, sem necessidade de vir à Faculdade.

Assim como está, valeria recordar o "anedoto" do grande professor e jurista italiano Salvatore Riccobono: perguntado sobre qual seria a diferença entre o quanto sabe um professor e um aluno, ele teria respondido, com certo exagero, mas com um fundo de verdade (dependendo do conteúdo da matéria): "a diferença" respondeu aquele famoso jurista palermitano, "é de quatro horas!"

9 - *Incentivo aos grupos de monitoria e de pesquisa ou iniciação científica.*

Muito me orgulho, neste sentido, de ser o sucessor do professor Thomas Marky na coordenação do nosso "Grupo de Monitoria e Pesquisa de Direito Privado Romano" Por ele fundado, é o mais duradouro e atuante seminário de nossa Academia. Neste grupo de Direito Romano, que serve de propedêutica a outros estudos, muitos jovens juristas têm-se formado. Permitam-me lembrar aqui, dentre eles, meu dileto amigo e discípulo Calixto Salomão Filho, o mais jovem livre-docente do Departamento de Direito Comercial, recentemente aprovado em concurso nesta Casa.

10 - *Eliminação, no tocante aos nossos Cursos de Mestrado e Doutorado, do sistema de créditos, com a extinção das aulas de pós-graduação.*

A fundamental tarefa do mestrando ou doutorando seria o estudo e a pesquisa diária de seu tema de dissertação ou tese, além da participação em seminários especiais (junto com o seu professor-orientador e outros estudiosos e especialistas da mesma área de conhecimento), tratando exclusivamente de assuntos relativos à matéria escolhida.

Este, aliás, é o sistema de pós-graduação de algumas universidades estrangeiras de maior tradição cultural no ensino jurídico, como as alemãs.

Finalmente:

11 *Concentração de todos os nossos esforços na busca da excelência ou para usar palavra em voga - "qualidade total" em nosso Curso de Graduação.*

Este, para mim, deve ser o objetivo principal a ser buscado com todas as nossas forças. O Curso de Graduação encontra-se, em certo sentido, abandonado.

Seriam aconselháveis algumas mudanças fundamentais, como, por exemplo, a exigência imprescindível das aulas do Curso de Graduação serem ministradas sobretudo pelos professores catedráticos ou então pelos mais titulados

cientificamente, como ocorre na Alemanha e na Itália, e não o contrário, como sói acontecer no Brasil, onde são justamente os professores mais jovens ou os menos titulados os incumbidos do ônus de ministrar a maioria das aulas.

É principalmente no Curso de Graduação de nossa Academia que se poderão encontrar, em grande número, os futuros "homens hábeis" a serviço do País. Não podemos abandoná-los, sob pena de renunciarmos ao projeto de erguer uma grande Nação.

É sobretudo neste ponto que, em minha opinião, devem consistir a obra e a dedicação de um professor titular.

Tal é minha solene promessa, asseverando envidar todos os meus esforços no alcance desse ideal. Assim agindo, contribuirei, na medida das minhas forças, para o engrandecimento de nossa querida Faculdade e, por conseguinte, de nossa amada Pátria!

Agradecimentos

Ao ensejo, não poderiam faltar agradecimentos às pessoas que, direta ou indiretamente, me ajudaram no decurso de minha carreira.

Lembro comovido, primeiro meus finados pais Wilson e Daisy, e, depois, minha irmã Eliane, cuja convivência perdi tão-prematuramente.

Agradeço também o apoio constante de meus familiares e amigos, de discípulos, alunos e funcionários desta Casa, e, por fim, dos ilustres professores desta Academia, dentre os quais, mais diretamente, José Carlos Moreira Alves, Dalmo de Abreu Dallari, Octávio Bueno Magano, Cândido Rangel Dinamarco, Antonio Junqueira de Azevedo, Fábio Nusdeo, José Rogério Cruz e Tucci, Teresa Ancona Lopez, Calixto Salomão Filho, e meus colegas romanistas Ignacio Maria Poveda Velasco, Dárcio Roberto Martins Rodrigues e Hércio Maciel França Madeira.

Exprimo, também, meus agradecimentos especiais a todos os membros do "Istituto di Diritto Romano", da Universidade de Roma I, minha segunda Casa, ao meu orientador de doutorado, professor Mario Talamanca, ao saudoso professor Giovanni Pugliese, aos professores Luigi Capogrossi-Colognesi e Pierangelo Catalano, à Floriana Bettine, aos meus diletos amigos e colegas Giunio Rizzelli, Michael Rainer, Tiziana Chiusi, e, por último, ao meu orientador do pós-doutorado, professor Dieter Nörr, da Universidade de Munique.

Quero, por fim, em particular agradecer a quatro pessoas:

1^a a minha tia, segunda mãe e primeira professora, Dilze Silveira, aqui presente;

2^a - a meu predecessor, dileto preceptor e amigo, Alexandre Augusto de Castro Corrêa, com agradecimentos extensivos aos Corrêa, minha quase segunda família;

3^a a meu tio e segundo pai, há poucos meses falecido, Rolando de Magalhães Couto, portador das mais altas qualidades morais e intelectuais e expoente da Magistratura paulista, de quem recebi toda a formação de vida e de quem espero continuar seguindo o nobiliante exemplo e, finalmente;

4^a a meu mestre, professor Thomas Marky, por tudo quanto representou para o meu êxito. Naqueles conturbados anos do pós-guerra, um famoso vidente europeu disse que Thomas Marky, não-obstante sua grande inteligência, capacidade de trabalho e honestidade, deixaria, por causa das contingências do destino, de alcançar em vida o primeiro posto, o de número um. A publicação recente, após quase cinqüenta anos, do testamento científico do professor Marton, catedrático de Direito Civil e Romano da Universidade de Budapeste, documento escrito durante a Segunda Grande Guerra, onde aquele mestre indicava Marky como seu sucessor, pareceria confirmar o vaticínio, junto com outras vicissitudes do professor Marky. No entanto, digo agora, com certeza, que aquele vidente se enganou. Com minha posse, o professor Thomas Marky, na importantíssima atividade, prevista nos regimentos da USP, de formação e orientação de discípulos acaba, neste momento solene, de alcançar o primeiro posto. Parabéns, "caro Maestro!"

Muito obrigado a todos pela atenção!

Que Deus me ajude!

São Paulo, 20 de março de 1997.



Professor Eduardo César Silveira Vita Marchi

DISCURSO PROFERIDO PELA PROFA. DRA. ADA PELLEGRINI GRINOVER, NA POSSE DO MAGNÍFICO REITOR PROF. DR. JACQUES MARCOVITCH

Mais do que uma honra, o convite para saudar o novo Reitor na solenidade de transmissão do cargo, em nome do Conselho Universitário, representou para mim uma verdadeira surpresa. Aceitei a delicada incumbência como homenagem prestada à minha escola, a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, cujo curso jurídico foi instalado em 1828, mais de um século antes da fundação da Universidade de São Paulo. E me perguntei o que esperariam de mim, membro ainda novo do Conselho Universitário, representante da Congregação o colegiado, a comunidade acadêmica, o Reitor que se retira, bem cumprida a árdua missão, o Reitor ora empossado, olhos postos no futuro.

Decidi não falar nas glórias da USP, retratadas na luminosa trajetória de seis décadas, marcadas pela revolução pedagógica, pelas iniciativas de ponta, pela excelência do ensino, pesquisa e extensão. Nem mencionar os grandes vultos que a dirigiram, a dignificaram e engrandeceram a instituição. Tão pouco vou recordar o denso *curriculum* do novo Reitor, suas atividades didáticas, seus trabalhos científicos, as inúmeras atividades que desenvolveu no campo do saber e da gestão, os prêmios e distinções a que fez jus, seu renome nacional e internacional. Não vou sequer lembrar o passado próximo e a forma louvável pela qual o Governador do Estado respaldou expeditamente a preferência da comunidade acadêmica pelo nome do ora empossado.

Prefiro falar da Universidade do presente, da nossa USP de hoje, e dos desafios que terá que assumir e vencer, para enfrentar o terceiro milênio.

A universidade pública brasileira passa por uma crise que Jacques Marcovitch chamou "de rejeição". O Estado ameaça cortar-lhe as verbas, a sociedade ignora seu trabalho, o empresariado considera seus pesquisadores como "teóricos", a imprensa dirige-lhe pesadas críticas. Os jovens talentos não são atraídos pela carreira universitária, sacrificada e mal remunerada. O mercado abre ao corpo docente oportunidades quase irrecusáveis. Ataques insidiosos querem tolher-lhe a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira, imperativa para o atingimento de seus fins. A modernização, entendida como progresso a qualquer custo, mesmo em prejuízo de direitos fundamentais, é confundida com a

modernidade, a qual esta sim - atualiza, aperfeiçoa, desenvolve. O mito da globalização põe em risco sua identidade e capacidade crítica.

Todas essas ameaças assediam a USP, que se debate na dificuldade de encontrar em si mesma forças para resistir e para superá-las, mal conseguindo inovar e promover mudanças. A verdadeira função dos colegiados ainda não foi resgatada. Não conseguiram despir-se totalmente do papel cartorial de carimbadores de processos, quando deles se espera a transformação em centros de reflexão e decisão. O Conselho Universitário deve ser fraccionado para resolver as questões administrativas, para que se facilite ao colegiado, como um todo, a visão abrangente dos procedimentos decisórios, realmente capazes de determinar o futuro da universidade. A elaboração das diretrizes orçamentárias parte basicamente da do ano anterior, quando o certo seria que o Conselho Universitário orientasse antecipadamente a Comissão de Orçamento e Patrimônio, com base em reflexões destinadas a tragar novas metas e novos compromissos, ainda mais porque hoje, com a estabilização da moeda, é possível pensar em exercícios plurianuais, que permitam materializar planos mais ousados e ambiciosos. Ainda se observa o tratamento burocrático dos novos projetos, que percorrem caminhos longos e penosos, idênticos aos impostos às questões meramente administrativas. O ritmo das decisões é lento, seguindo priorizações mecânicas. As questões jurídicas parecem tornar-se o centro do processo decisório, quando o direito deve servir como suporte para que se possam validamente atingir os fins maiores da universidade. Nada é feito, por exemplo, para romper os grilhões de uma lei de licitações que, aplicada às instituições de ensino, constitui verdadeira camisa de força, não levando como seria salutar - para o campo do lícito, mas simplesmente para o do mais complicado, dispendioso e de pior qualidade.

A questão salarial é tormentosa, atrelados que estamos às demais universidades estaduais e às verbas sempre insuficientes. Elevar ao máximo a base salarial ainda não basta: é preciso institucionalizar as oportunidades de complementação, com recursos que não sejam públicos, através de convênios e contratos. É preciso instituir prêmios para a produtividade. É preciso enfrentar o problema previdenciário, que representa comprometimento do orçamento prestes a tornar-se insuportável, compartilhando a responsabilidade das gerações do futuro com as gerações do presente, mediante a criação de um fundo que assegure as aposentadorias dos que hoje estão trabalhando e as pensões de seus dependentes. E, enxugada a máquina, é preciso agora instituir uma política séria de distribuição de

claros para a carreira administrativa e de criação de cargos para a carreira docente, pois nesta a excelência pode ser mantida exclusivamente às custas da rigorosa seleção que só o concurso público possibilita.

Há que se aproveitar ao máximo a experiência dos ex-reitores, criando o Conselho Consultivo, previsto no Estatuto de 1988, a ser também integrado por representantes da sociedade. E, finalmente, há que aproveitar o espaço aberto pela Lei de Diretrizes e Bases para rever currículos, recompor colegiados abrindo-os a mais alunos, servidores e representantes da sociedade civil - bem como redesenhá-los, aliviando-os de atribuições que podem ser delegadas; é preciso, ainda, redefinir órgãos e funções, tornando a estrutura universitária mais ágil e idônea para traçar e executar o projeto estratégico da USP do século XXI.

Que essas minhas palavras não sejam tomadas como crítica às gestões passadas, sobretudo à do último Reitor, Professor Flávio Fava de Moraes. Se tivéssemos que condensar sua atuação à testa da USP, diríamos simplesmente que fez milágres, ganhando a admiração e o apoio da comunidade acadêmica. É extremamente confortável que o novo Reitor represente, ao mesmo tempo, continuidade e renovação, pois em cada gestão há de se tomar tudo que de positivo foi feito na anterior, sem antagonismos e rupturas, para, a partir daí, construir algo novo.

E a renovação certamente virá, pelas mãos do Reitor Jacques Marcovitch. Para ter-se certeza disto, basta ler seu documento "A Universidade (im)possível" em que afirma que "os gestores da universidade devem transformar seus sonhos em objetivos e suas utopias em metas" O compromisso que assumiu com a USP é uma garantia para todos nós, a partir da estratégia de gestão que traçou até a análise e as propostas de solução para os problemas cotidianos. Trata-se de um compromisso fortemente orientado para a ação, por intermédio de uma gestão participada que levará em conta as idéias oriundas de todas as direções para a mais ampla discussão e possível implementação. Temos certeza de que a Reitoria representará a confluência de todas as aspirações e a resultante lógica das forças espirituais e intelectuais que integram o sistema. E assim poderemos chegar a plasmar uma instituição universal, pluralista, solidária e ética; uma universidade integrada, empreendedora, generosa, permanentemente dinâmica.

Conte conosco, Magnífico Reitor, para colaborar nessa tarefa de construção de uma nova USP. Conte conosco para ajudá-lo a transformar seus sonhos em objetivos e suas utopias em metas.

São Paulo, 25 de novembro de 1997.

DISCURSO PROFERIDO PELA PROF. DRA. ADA PELLEGRINI GRINOVER À TURMA DE 1957 (QUADRAGÉSIMO ANO DE FORMATURA)

O esquema do discurso ficou pronto. Tem tudo para ser um bom discurso: começo, meio e fim; passado, presente e, porquê não?, futuro. A lembrança dos cinco anos que transcorremos juntos, aqueles que realmente moldaram nossas personalidades. A saída da escola para as intempéries da vida. Vida profissional, vida política, vida pessoal. O reencontro, após quarenta anos, para o balanço geral. O sucesso e o fracasso. As vitórias e as frustrações. Os que fizeram a vida e os que viram a vida passar. A lembrança dos que se foram ou que se perderam pelas estradas do mundo. E uma mensagem final, madura, equilibrada, serena, adequada a quem já passou dos sessenta.

Mas estou cansada. O dia foi extremamente longo e insuportavelmente quente. Aulas, reuniões, o telefone que não parou, o fax com suas mensagens extemporâneas, aquele parecer para terminar. Vou relaxar um pouco antes de sentar no computador. Abro portas e janelas, ligo o rádio, recosto-me na poltrona mais confortável, fecho os olhos. Um pouquinho só, que mal vai fazer?

A *Scala FM* está transmitindo a Heróica de Beethoven. A sinfonia já está no meio, posso ouvi-la até o fim. E deixo-me enlevar pela música.

São os acordes mais tocados à época que me transportam ao século XIX, ou entrei mesmo no túnel do tempo? Silêncio, vamos fazer silêncio. Há damas e cavalheiros, trajados com roupas adequadas a uma grande recepção vespertina, entrando pelo adro do Convento de São Francisco. Por ali normalmente transitam os frades, mas hoje, 1º de março de 1828, só se vêem altas autoridades e numerosos convidados. Dirigem-se à sala n. 2, a mais vasta do andar térreo, mesmo assim pequena para o grande público que vai chegando. As roupas de festa contrastam com a simplicidade do velho mosteiro, de paredes de taipa, mas as pessoas não se importam. Conversam e dão risadas, excitadas pela novidade. Silêncio, por favor. Com pompa e circunstância, o professor José Maria de Avelar Brotero, primeiro e único lente dos novos Cursos Jurídicos, começa a proferir a aula inaugural. Todos aplaudem freneticamente, mas ninguém entendeu absolutamente nada. Claro, houve resistências para instalar o curso em São Paulo, em face da pobreza da cidade, da dificuldade de acesso ao planalto e do linguajar caipira do povo. O Tietê bem pode valer o Mondego do outro hemisfério como disse o deputado Carvalho e Melo,

depois Visconde da Cachoeira -, mas por ora a população, mesmo quando abastada, é bastante inculta. Até para os candidatos à matrícula inicial será necessário criar o Curso Anexo à Faculdade de Direito, inicialmente ministrado no Colégio dos Jesuítas e, mais tarde, num velho edifício do Largo de São Francisco, chamado pelos estudantes de "curral dos bichos"

Os estudantes, ah, os estudantes. Afinal, o acesso ao planalto não é tão difícil assim, se tantos vieram de tão longe: até mesmo de Coimbra chegaram, expulsos por terem participado de movimentos liberais contra D. Miguel, ou da própria Olinda, pois o curso pode ser feito em parte lá e em parte aqui. É o caso de Teixeira de Freitas, que vai bacharelar-se em 1836. As salas ficam ao redor do pátio, conhecido, como em Coimbra, como "Os Gerais", por ser esse o local em que todos se reúnem. Até porque o corpo docente, que aos poucos vai completando-se com novas nomeações, brilha pela ausência e o pátio, onde os moços se encontram para debater idéias, declamar poesias ou tramar conspirações, é a verdadeira alma da Academia.

Esperem, Beethoven acabou. Que é isso agora? Parece Verdi, sim a Aída de Verdi. É a Marcha Triunfal, não é? Muito apropriada aos anos sessenta (do século XIX, é claro) e às estrepolias dos estudantes. São Paulo já foi tomada pelas Repúblicas, algumas perto da Faculdade, outras além dos Piques, na Rua da Palha ou no Campo dos Curros, outras ainda no Largo da Glória. Há a república dos sulistas, dos campineiros, dos mineiros, os mais numerosos. E os estudantes participam de tudo: circos de cavalinhos, festas religiosas, procissões, caçadas e torneios, banhos de rio e passeios de canoas nas águas límpidas do Tietê e do Tamanduateí, sempre alegres e irreverentes, animando e escandalizando, sacudindo a cidade provinciana que se modifica sob os olhos

"dos moços da Academia, na noite tão fria, cantando canções"

Mas não é só isso: a Faculdade vive momentos de grande efervescência, em torno dos ideais abolicionista e republicano, tornando-se o celeiro de grandes políticos: Prudente de Moraes, Campos Salles, Bernardino de Campos, Rangel Pestana e José Maria da Silva Paranhos, o Barão de Rio Branco.

Onde estou agora? Na Casa da Ópera, no Teatro São José ou no Teatro Baturai? E de quem é a música? Escutem, é o Guarani de Carlos Gomes. Já são os anos setenta, corre a Festa da Chave. Poucos entendem seu significado, pois

Júlio Frank já faleceu e as sociedades secretas, de cunho liberal e filantrópico, ficaram para trás. Mas o corpo do fundador da "Burschenschaft" está enterrado num dos pátios das Arcadas e a Festa da Chave, que se repete todo final do ano, ainda marca a passagem da chefia da Bucha, das mãos de um formado para as de um quartanista. Também se foi a época dos poetas Álvares de Azevedo, Fagundes Varela e Castro Alves. Mas estão aqui Rui Barbosa e Joaquim Nabuco, além dos futuros presidentes da República, Rodrigues Alves e Afonso Pena. E, em plena Faculdade, está instalada uma mostra, a Exposição Provincial, com os produtos a serem enviados à Exposição Internacional de Filadélfia.

Cuidado, algo grave está acontecendo. A música calou-se. O toque de rebate de todas as igrejas anuncia o desastre. É a madrugada de 16 de fevereiro de 1880 e um incêndio pavoroso destruiu a capela-mor da Igreja de São Francisco e a sala do arquivo da Faculdade de Direito afetando substancialmente o velho edifício. Panos embebidos em querosene atestam tratar-se de incêndio doloso, as suspeitas apontam para alguns alunos descontentes com as notas, mas a comissão encarregada de apurar os fatos não chega a resultado algum. Já naquele tempo?

O prédio passa por uma grande reforma, executada pelo engenheiro Luís Pucci. A singela fachada é substituída por outra, em estilo renascença. O Salão Nobre é ricamente decorado por Vilalonga. A Faculdade passa a ter entrada independente, com três portas encimadas por placas de mármore com os nomes dos grandes poetas da Academia, abrindo-se para o largo. O vetusto convento começa a ficar desfigurado. Já naquele tempo.

Agora é Ravel quem toca. É o fim do século. Maria Augusta Saraiva acaba de matricular-se no curso de Direito. É a primeira mulher que se formará advogada. Concentrem-se, atenção: é o ano de 1903 e acaba de ser fundado o Centro Acadêmico XI de Agosto, a mais antiga associação de estudantes do país. A sessão de instalação, a primeira reunião noturna da Faculdade, é iluminada por uma ligação elétrica provisória. Toma alento o trote, infligido com uma série de sofrimentos e humilhações pelos "calouros enfeitados" aos ingressantes, até estes atingirem a suspirada alforria, que virá no dia da peruada, com carros alegóricos desfilando pelo centro da cidade e os calouros declamando e fazendo discursos, sob vaias e insultos.

*"Nem tudo que reluz é ouro,
nem todo sopapo é murro,
nem todo burro é calouro,
mas todo calouro é burro"*

Já naquele tempo?

Ao som de Debussy, entro nas primeiras décadas do novo século: as grandes atrações são as temporadas líricas e de operetas, onde os estudantes entram de "carona", agradecendo o convite com calorosas saudações à prima-dona. É o prenúncio da "pindura" reservada depois ao dia 11 de agosto. Começa também o cinema mudo e o Parque Antártica torna-se um dos pontos altos das comemorações acadêmicas, com jogos de futebol entre universitários: a Light põe seus bondes à disposição dos atletas e a Antártica fornece chope à vontade. Já naquele tempo.

O tempo vai passando. Não há mais música. São vozes que ecoam agora, é um comício de protesto contra a morte de João Pessoa. A Faculdade está interdita pelo Governo e os jovens criam o Território Livre do Largo de São Francisco, onde debatem os grandes assuntos nacionais. Os mesmos que aplaudiram a chegada de Getúlio Vargas a São Paulo, em 1930, traídos em seus ideais, pegam em armas em 1932. A revolta contra a perda da autonomia estadual, o desejo de ver restabelecido o regime constitucional, os trágicos acontecimentos do ano impelem os estudantes a transformarem as Arcadas em trincheira, e daqui partem grupos de voluntários, professores e alunos, formando os batalhões "14 de julho" "Piratininga" e "Ibrahim Nobre".

*"Quando se sente bater
no peito heróica pancada,
deixa-se a folha dobrada
enquanto se vai morrer"*

E sete não voltam aos bancos acadêmicos. Seus nomes ficam gravados no Monumento aos Heróis de 32, no pátio.

A música recomeça, mas não consigo identificá-la. Vários temas sucedem-se, enquanto diversas figuras vão se formando e desmanchando, como num caleidoscópio. A Turma do Esqueleto, que favoreceu a fuga de um casal de ossadas da sala de Medicina Legal, com o esqueleto-varão aparecendo pendurado no Viaduto do Chá. A demolição do casarão de taipa e a reconstrução do edifício, no estilo - bastante discutido "renascimento-barroco-jesuítico" A transferência da Faculdade de Direito da esfera federal para o governo de São Paulo, com o núcleo inicial da USP. E a guerra, com os estudantes exigindo a luta do Brasil contra o Eixo. O Baile das Américas de 1943, com as demonstrações contra Vargas, a prisão de professores e alunos e a invasão da sede do Centro Acadêmico pela polícia. A Passeata do

Silêncio, com os participantes usando uma mordação, a simbolizar a censura imposta pelo Estado Novo. E o fim da guerra, a derrubada do regime ditatorial e a democratização do país. As figuras sucedem-se, animam-se, desaparecem. Faz-se novamente o silêncio. Há uma longa pausa. Começo a mexer-me na poltrona, estou despertando.

Mas o rádio não deixa. Imaginem, são os anos dourados! Blue Moon, Stranger in Paradise, Beguin the beguine. Quem entra dançando pelos portões da Faculdade? Rapazes de terno e gravata, moças de cabelinho curto e saia rodada, casais enlaçados como num musical dos anos cinquenta. Mas quem são eles, afinal? Vejam, somos nós! É o Pedrinho Furlan que avança com a Ivete Girardi, Anna Maria nos braços de Jean Pierre, Ayrton rodopiando com Maria Abadia, Vicente e Maria Lúcia Pimentel, Ronaldo Porto Macedo e Lenita - que não desgruda dele. E logo atrás um grupo grande, rindo e brincando: Myrthes, Beth (a morena), Raphael e Flávio Novaes; Jamil Achôa, Nilce e Julieta, Doracy e Iracy; Modesto Carvalhosa e Claudio Regina; Neide Faleiros, Edith, Inacita e Sônia; Miguel Aldrovando Haith, Antonietta Losso e Lúcia Valle; Theodoro, Júlio César Vizeu e Beth (a loira); Adel Auada e Luiza Ribeiro; Ida Maria, Antonini, Adalberto; Graciosa, Hermínio, Laís Colin e João Lopes Guimarães; Ennio Pesce e Romolo Massari; Hamilton e Nelson Altemani. E Mauro, que sempre acompanha a turma. São muitos mais, mas não dá tempo de nomeá-los todos. Já estão entrando na sala João Mendes Jr., recompõem-se, sentam, aguardam os professores. O bedel - o Bottini, naturalmente - avisa que os Mestres estão chegando e lá vêm eles, Goffredo Silva Telles, Ataliba Nogueira, Alexandre Correia, Cândido Motta Filho, Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Lino Leme, Honório Monteiro, Alvino Lima, Braz Arruda e Marotta Rangel, Miguel Reale, Soares de Mello, Cesarino, Gama e Silva, e mais outros que não consigo indicar porque, enquanto todos se levantam, a cena desaparece.

E eis que lá estão os jovens de novo, agora ao som de Glenn Miller, um grupo de rapazes e moças, na Livraria Saraiva, comprando livros em módicas prestações nem sempre pagas. Outros estacionam na pastelaria do Largo, fazendo uma boquinha. As mais elegantes namoram as vitrines da *Sloper* e as mais sofisticadas tomam chá - a essa hora? - na Barão de Itapetininga. Agora é de noite, estão todos numa festa, Guilherme Quintanilha de Almeida repreende escandalizado Ada Pellegrini e o namorado (um estudante de arquitetura, imagine!) que se beijam em público. Onde já se viu tamanha falta de respeito? Lucio parte para cima de

Guilherme, a turma do deixa-disso intervém, um bolero toca, vamos tomar uma cuba-libre?

Renê vende suas apostilas "sem responsabilidade da ilustre cátedra" mas podem confiar, toma nota de tudo, até dos espirros do professor. Deveria saber tudinho, não deveria? mas o primeiro da classe é Eduardo Henry. A turma da JUC Luiz Carlos Bresser, Maneco, Mário Masagão, Fernão Bracher, Milliet, D'Andréa -, passa os intervalos encostada nos arcos do pátio, mantendo à devida distância os comuns mortais e não é à toa que as amigas de Ivette Senise vibram todas as vezes e não são poucas - que ela rompe com o Manoel. A turma tem duas misses Irma, Miss Mato Grosso e Lilian Batori, Miss Grécia mas as pernas mais lindas são de Alzira Helena. Ondina Bergamo gosta de saias justas, mas tão justas que obriga a costureira a colocar um zíper de cada lado para que a peça marque mais as cadeiras. Domiraide de Lucca descobriu os encantos da base e a usa em profusão, de modo a pôr em relevo os lindos olhos azuis mas também o pescoço alvo, em contraste com a cor viva da tez. Salomão Esper Salomão discorre com proficiência a respeito da Última Ceia e do fato de que Jesus não prometeu renovar o milagre na missa, como pretendem os católicos. Ada, embora considerada por Maneco "a italianinha metida a gênio", passa boa parte das aulas de Economia Política jogando guerra naval com Murilo Tricca e Fleury. Dulce Tocci, que engravidou logo após o casamento, tenta prestar exames antecipados, mas o regulamento não permite. E há também as desavenças: Norma Noschese Zumsteg briga de morte com Hamilton Caetano de Mello e meia Comissão de Formatura, ao que consta por terem esvaziado garrações de vinho na fonte de sua casa na Rua Augusta, matando todos os peixinhos vermelhos. E a turma do Paulo Gerab, constantemente ébria, despedaça e atira na cara do pessoal a torta que Myrthes levou à Sala do Estudante para festejar seu aniversário.

As moças frequentam o Departamento Feminino, pois o Centro Acadêmico é ainda domínio dos homens, até que um dia Alzira Helena encabeça um grupo de garotas que invade o restaurante. Os moços protestam, ameaçam tirar a roupa, as meninas os enfrentam e o Departamento Feminino acaba com o tempo tornando-se uma excrescência, salvo pelo que toca ao esporte, coordenado por Pedrinho Furlan. Somos ainda nós o dez por cento de mulheres da turma - que nos recusamos a sair das aulas de Medicina Legal, quando Almeida Júnior adverte que entrará na matéria de sexologia e que as moças que se sentirem incomodadas poderão retirar-se. Mesmo assim, provoca escândalo a atitude dos "cajafestes" que

resolvem jogar preservativos (que ainda não se chamam camisinhas) cheios de água na cabeça da veterana Júlia, a moça mais liberada da Escola que se orgulha de conviver com um rapaz, a quem chama atrevidamente de "meu amante". O sempre recatado Guilherme Quintanilha observa que "se fosse com minha irmã, não saberia sequer do que se trata", mas as meninas fazem-se de sabidas, não querendo passar por ignorantes. E ninguém leva a sério - nem mesmo o Guilherme - as descrições de cenas pseudo-eróticas do professor Soares de Mello, que se deleita, durante um semestre inteiro, falando sobre crimes contra os costumes.

O corpo docente é uma história em vários capítulos. Não se sabe como a turma, praticamente sem aulas de Constitucional, poderá gerar um Dalmo Dallari, um Manoel Gonçalves Ferreira Filho e um José Afonso da Silva. O professor Gama e Silva narra episódios intrincadíssimos, em que a mulher, de nacionalidade australiana, casa com um irlandês na Argentina, tendo os dois como primeiro domicílio conjugal o Congo Belga, e promete revelar o regime de bens, à luz do Código Bustamante, na próxima aula, deixando todos em suspense pelo resto da vida. O amabilíssimo Alvino Lima acha tão complicado o Direito das Sucessões, que se atrapalha com as explicações sobre os mistérios da herança por estirpe e por cabeça, que a turma conseguiu decifrar imediatamente. Mestre Canuto pouco fala de Processo Penal, mas discorre com tanta simpatia sobre samba e cinema, que as aulas são extremamente concorridas. Outros docentes são magistrats: Esther de Figueiredo Ferraz, em sua passagem fugaz, encanta as moças e faz Ivette Senise deslumbrar-se com o Direito Penal. Cesarino Júnior - com perdão dos que não conseguirão formar-se senão quando se aposentar - consegue o milagre, impensado à época, de complementar as aulas teóricas com aulas práticas. Vidigal põe em campo todo um time de italianos - com o ataque formado por A. Rocco, Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti - e durante um semestre afirma coisas incompreensíveis e insensatas, até que a turma, como que fulgurada ao longo da estrada de Damasco, recebe a revelação e passa a entender e gostar do Processo Civil. Goffredo é empolgante, Miguel Reale, insuperável. E, sobre todos campeia a figura bizarra do sábio Alexandre Correia, que às vezes chega de bicicleta à Faculdade.

Ouvem-se agora as trovas acadêmicas, incluindo as de novo feito sobre os docentes da turma. O veterano Lauro é mestre nos desafios, que têm como estribilho "Em Tietê fizeram cadeia nova, Mariazinha coitadinha é criminosa". E os últimos boêmios da Academia, encabeçados por Chico Emygdio, reúnem-se em chopadas e serenatas, entoando o hino de guerra:

*"Vilela, Vilela,
vamos fazer revolução,
nosso chefe é você Vilela,
nossa arma o garrafão"*

Os cinco últimos anos acabaram de passar por trás das pálpebras fechadas. Mais um momento de paciência, por favor: é o dia da formatura, com a Missa na Catedral, as fotos em branco-e-preto, a cerimônia de colação de grau no Salão Nobre, o baile no Clube Pinheiros. A conclusão do curso, as expectativas do futuro, o entusiasmo por novos horizontes. O grande momento de luz. As despedidas, as promessas. É Gerschwin que toca agora. O adeus, a distância, a saudade. Os esporádicos reencontros.

Abro os olhos, levanto-me, desligo o rádio. Só resta uma coisa a fazer: jogar fora o esquema do discurso.

Arcadas, 14 de novembro de 1997.

*CONTRIBUIÇÃO ÀS
MEMÓRIAS ACADÊMICAS*



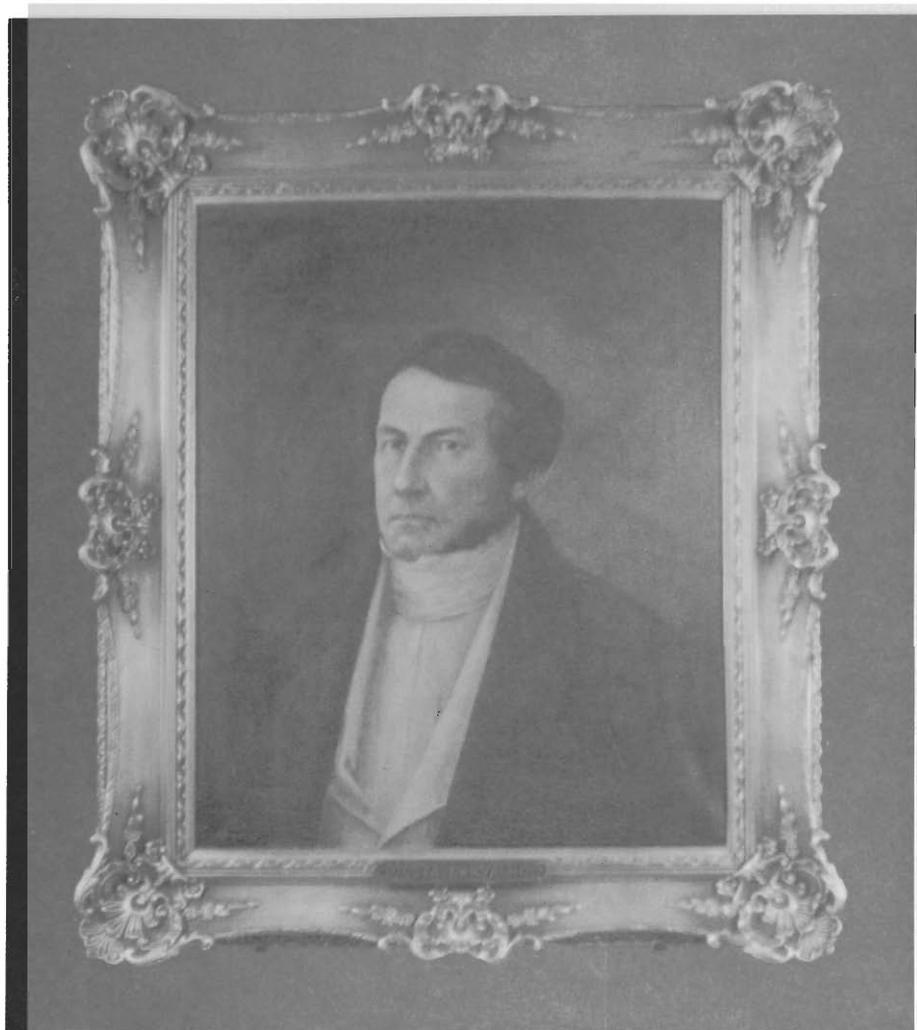
**Tenente General Dr. JOSÉ AROUCHE DE TOLEDO RENDON
(1827-1833)**

Nasceu na província de São Paulo, aos 14 de março de 1756, filho do mestre-de-campo Agostinho Delgado Arouche e de D. Maria Thereza de Araújo Lara. Exerceu os cargos de juiz-de-medições, de juiz ordinário, de juiz de órgãos e de procurador da Coroa.



Conselheiro Dr. CARLOS CARNEIRO DE CAMPOS
(Visconde de Caravellas)
(1833-1835)

Natural da Bahia, nasceu Carlos Carneiro de Campos, o terceiro Visconde de Caravellas, em 1º de novembro de 1805. Serviu como cadete no batalhão de D. Pedro I. Recebeu os títulos de Conselheiro de Estado, Viador de Sua Majestade a Imperatriz, Comendador da Ordem de Cristo, Grão-Cruz das Ordens de Leopoldo da Bélgica, da Legião de Honra da França, da Águia Vermelha da Alemanha, da Coroa da Itália, da Coroa-de-Ferro da Áustria, da Ernestina, de Saxe Coburgo e Gotha, o que demonstra os altos serviços prestados ao Brasil e os seus grandes méritos.



Conselheiro Dr. JOSÉ DA COSTA CARVALHO
(Marquês de Monte Alegre)
(1835-1836)

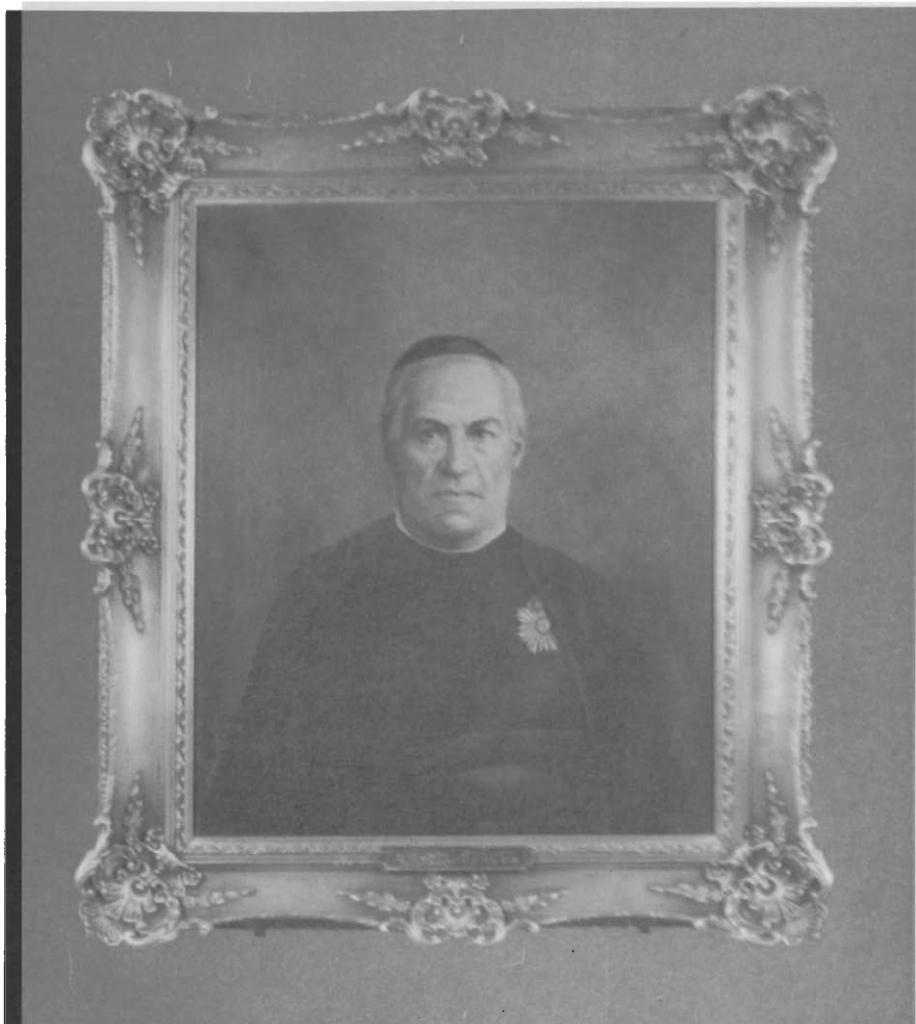
Filho legítimo do patrão-mor da barra da província de S. Salvador da Bahia, José da Costa Carvalho, e de D. Ignez Maria da Piedade, naquela cidade nasceu. Formou-se em leis na Universidade de Coimbra, em 1819. Voltando ao Brasil tornou-se juiz-de-fora da cidade de São Paulo, da qual foi ouvidor, de 1821 a 1822.



**Conselheiro Dr. NICOLAU PEREIRA DE CAMPOS VERGUEIRO
(1837-1842)**

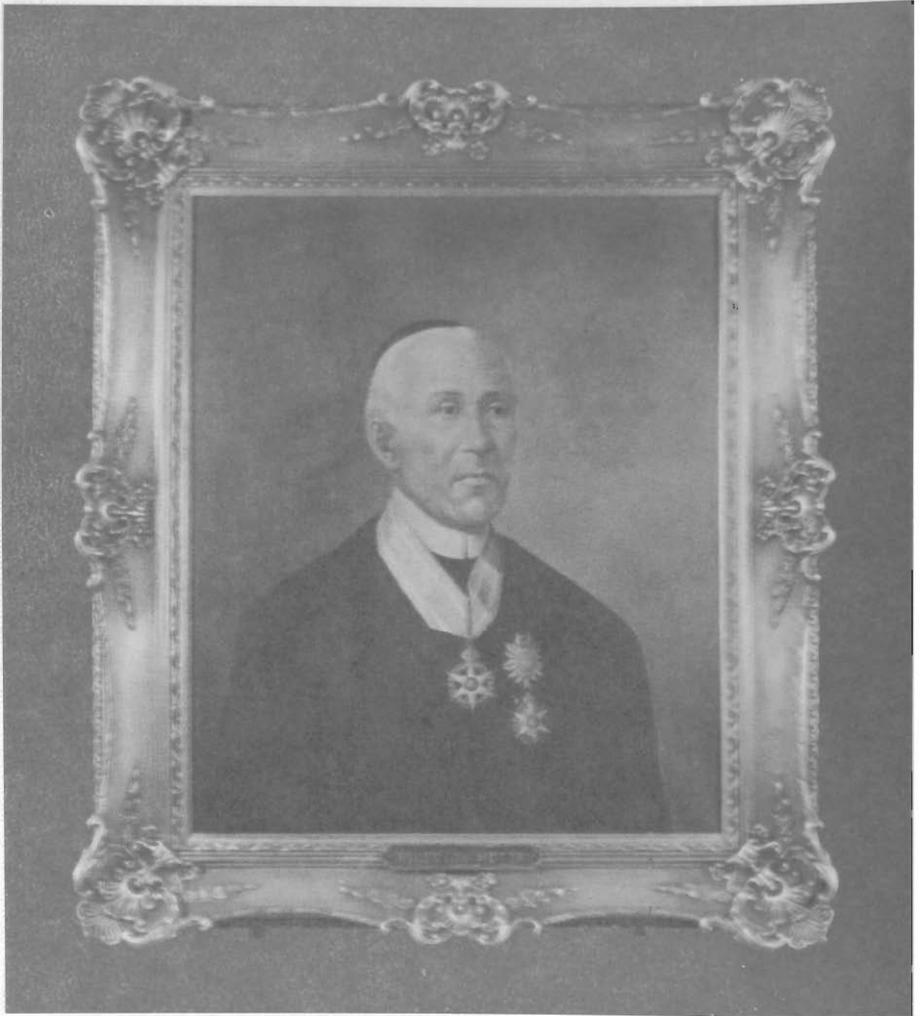
Filho de Dr. Luiz Bernardo Vergueiro e de D. Clara Maria Borges de Campos, nasceu aos 20 de dezembro de 1778, em Val de Porca, antigamente comarca de Chacin, hoje Macedo de Cavaleiros, na província de Traz-os-Montes, bispado e comarca de Bragança, em Portugal.

Com a demissão do senador Vergueiro, em 1842, ficou vaga, e por tempo dilatado, a Diretoria do Curso Jurídico em São Paulo. Por isso foi nomeado, naquela data, 1842, o Visconde de Goyana que jamais tomou posse do cargo. E essa acefalia durou por mais de quinze anos, quando o padre Manoel Joaquim, em 1837, foi nomeado Diretor interino, exercendo o cargo até 1838. Só em 1º de dezembro de 1857, através de Decreto, é que foi nomeado efetivamente um Diretor da Faculdade de Direito.



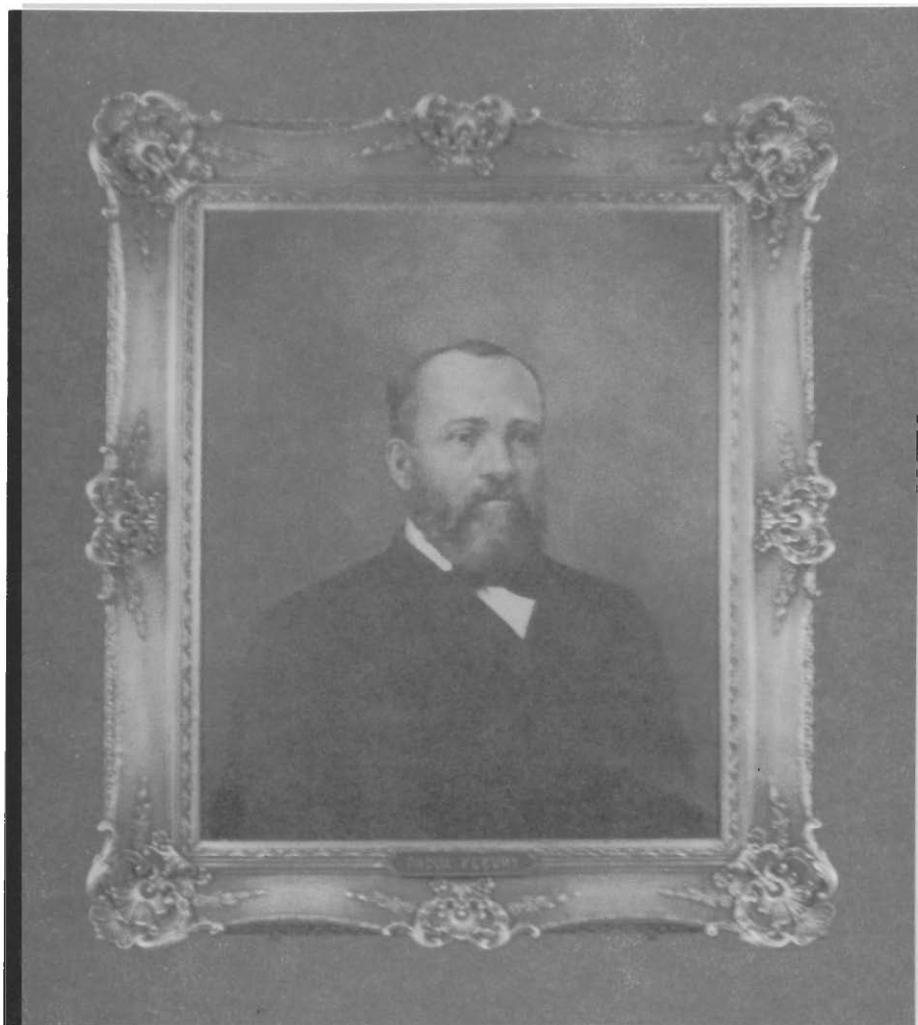
**Conselheiro Padre Dr. MANOEL JOAQUIM DO AMARAL GURGEL
(1858-1864)**

Nasceu em São Paulo aos 8 de setembro de 1797. Educado por sua parenta e madrinha, D. Maria Polucena do Amaral Gurgel, fora, desde o berço, confiado aos carinhos de D. Beatriz Leoniza do Amaral Gurgel, irmã daquela.



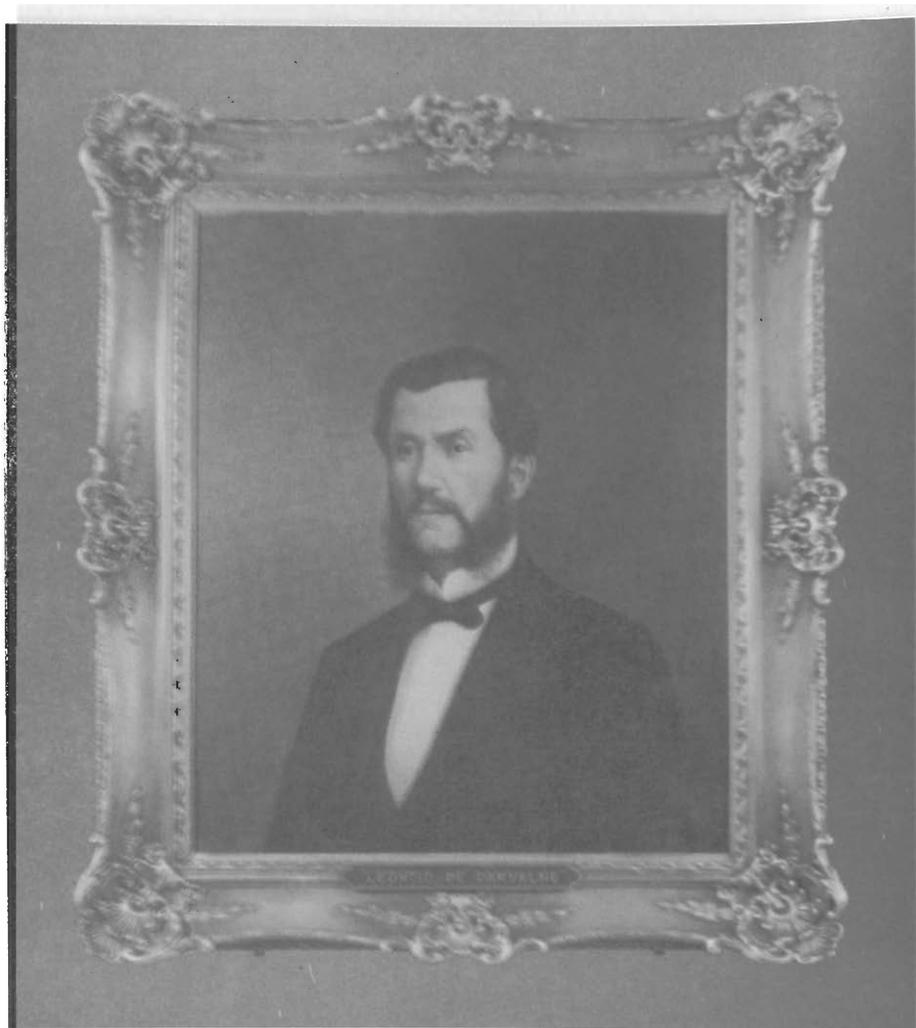
**Conselheiro Padre Dr. VICENTE PIRES DA MOTTA
(1865-1882)**

Natural da província de São Paulo, nasceu em 1779, filho de Manoel Pires da Motta. Quando se matriculou no primeiro ano do curso jurídico, em 1828, já era presbítero, todavia sua filiação foi dada como ignorada. Quando foi restaurado, sob sua Diretoria, o arquivo da Faculdade de Direito, destruído no incêndio de 1880, no livro da relação dos doutores e bacharéis se declinou o nome de seu pai.



**Conselheiro Dr. ANDRÉ AUGUSTO DE PÁDUA FLEURY
(1883-1890)**

Natural de Cuiabá, província de Mato Grosso, filho do tenente Antonio de Pádua Fleury e de D. Augusta Rosa Gandel. Nasceu aos 18 de agosto de 1830. Tendo feito o curso do Colégio Pedro II, recebeu o grau de bacharel em Ciências e Letras em 1848 e, no ano seguinte, matriculou-se no Curso Jurídico de São Paulo. Bacharelou-se em 1853 e, logo, em 1854, foi nomeado juiz municipal em Goiás.



**Conselheiro Dr. CARLOS LEÔNCIO DA SILVA CARVALHO
(1890-1891)**

Filho do Dr. Carlos Antonio de Carvalho, nasceu na Corte aos 18 de junho de 1847. Matriculou-se em 1864, no 1º. ano do Curso Jurídico de São Paulo, bacharelando-se em 1868. De 1878 a 1880, foi deputado geral por São Paulo.



Conselheiro Dr. JOAQUIM IGNACIO RAMALHO
(Barão de Ramalho)
(1891-1902)

Nasceu na Cidade de São Paulo, aos 6 de janeiro de 1809. Filho do licenciado em cirurgia, José Joaquim de Souza Saquette, espanhol, tornou-se filho adotivo dos irmãos Antonio Nunes Ramalho e D. Anna Felisberta Ramalho, dos quais tomou o sobrenome, e foi educado na velha escola dos rígidos costumes paulistas.



Dr. JOÃO PEREIRA MONTEIRO
(1903-1904)

Filho de João Pereira Monteiro e de D. Maria Julia d'Azevedo Monteiro, nasceu na Corte, aos 16 de maio de 1845. Trabalhou no comércio, que abandonou para matricular-se no Colégio Pedro II, onde se habilitou para a matrícula, em 1868, na Faculdade de Direito de São Paulo, na qual se bacharelou em 1872. Com grande sucesso, defendeu teses, recebendo o grau de doutor em 18 de outubro de 1874.



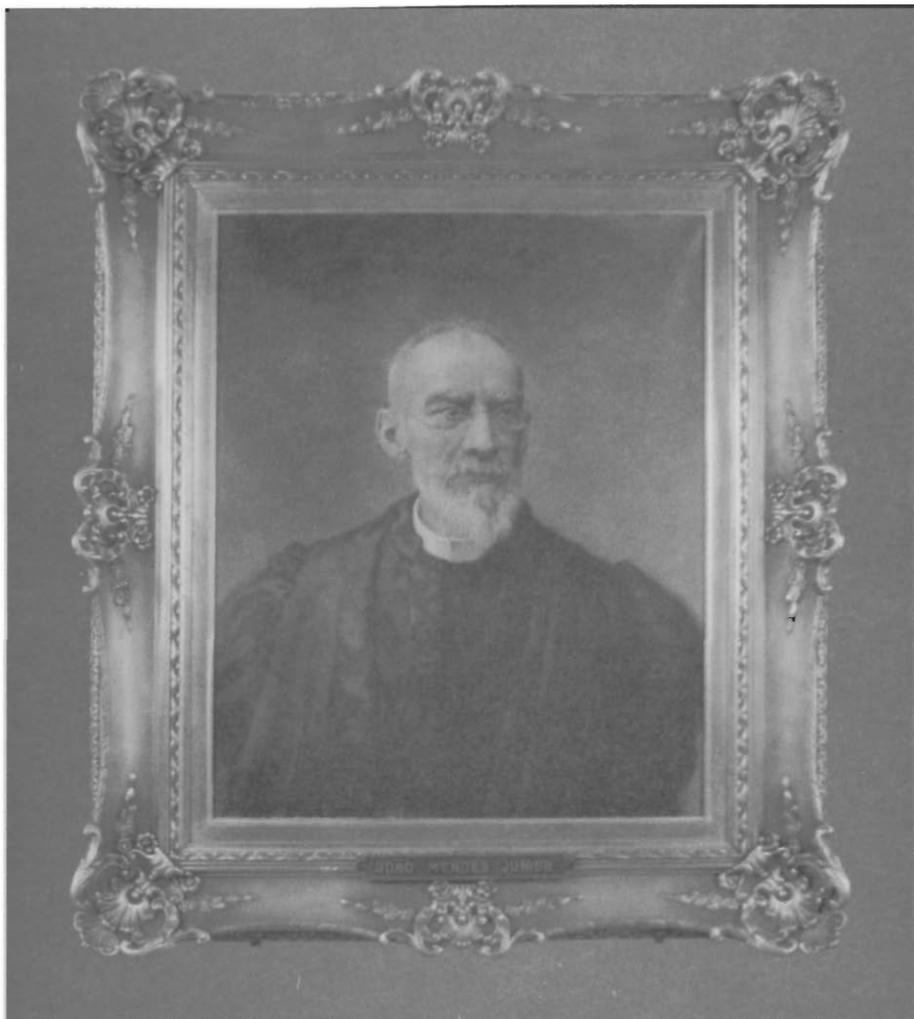
Dr. VICENTE MAMEDE DE FREITAS
(1904-1908)

Natural de São Paulo, filho de Joaquim Antonio de Freitas, matriculou-se no Curso Jurídico em 1851 e bacharelou-se em 1855. Dedicado, desde muito moço, ao magistério, lecionou filosofia, história, matemática e as línguas latina, francesa e inglesa. No ano seguinte ao de sua formatura, dirigiu o Colégio Culto à Ciência, que se tornou famoso. Fundou, depois, outro colégio na Ladeira Porto Geral, passando-o, posteriormente, ao Dr. Ivahy.



Dr. ANTONIO DINO DA COSTA BUENO
(1908-1912)

Natural de Pindamonhangaba, na província de São Paulo. Nasceu em 15 de dezembro de 1854. Tendo estudado preparatórios no Colégio de São Pedro de Alcântara, no Rio de Janeiro, veio matricular-se, em 1869, na Faculdade de Direito de São Paulo. Bacharelou-se em 1875.



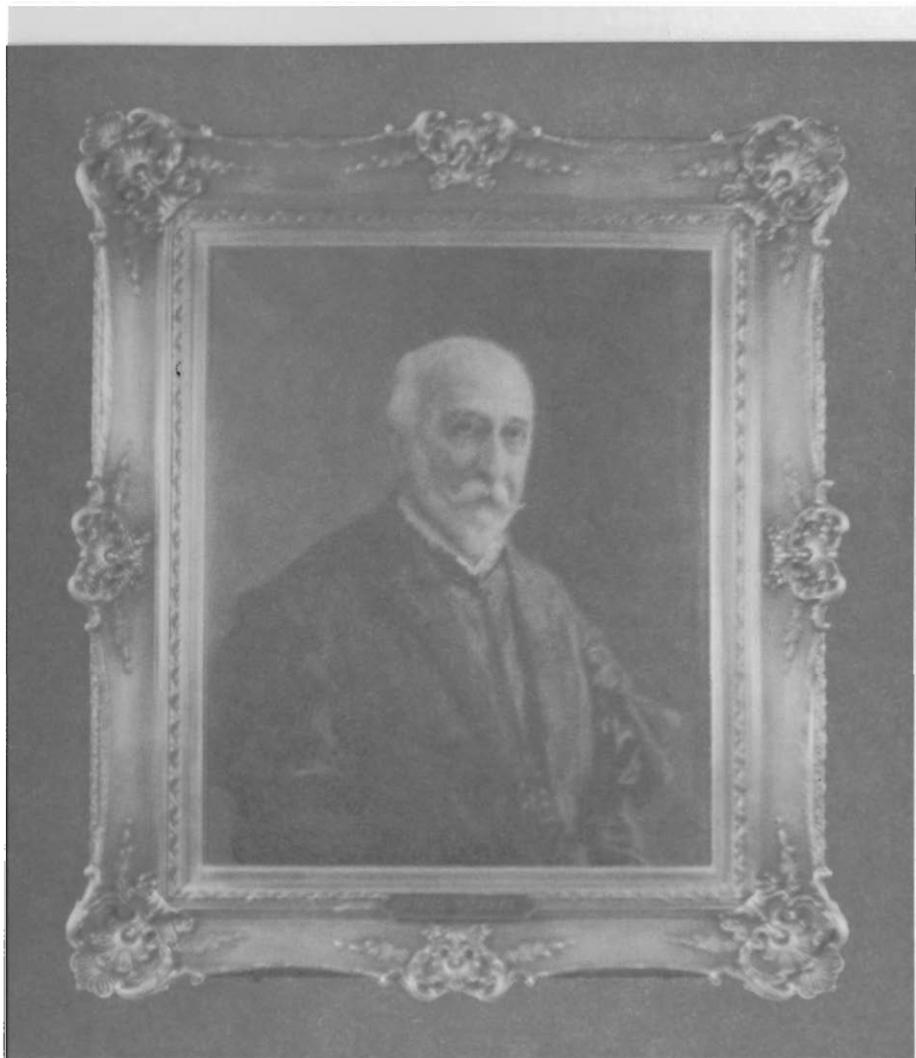
**Dr. JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR
(1912-1915)**

Filho do juriconsulto e político Dr. João Mendes de Almeida e de D. Anna Rita Lobo Mendes de Almeida, nasceu na Cidade de São Paulo, aos 30 de março de 1856. Feitos os preparatórios no Seminário Episcopal de São Paulo, matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo, bacharelándose em 1877.



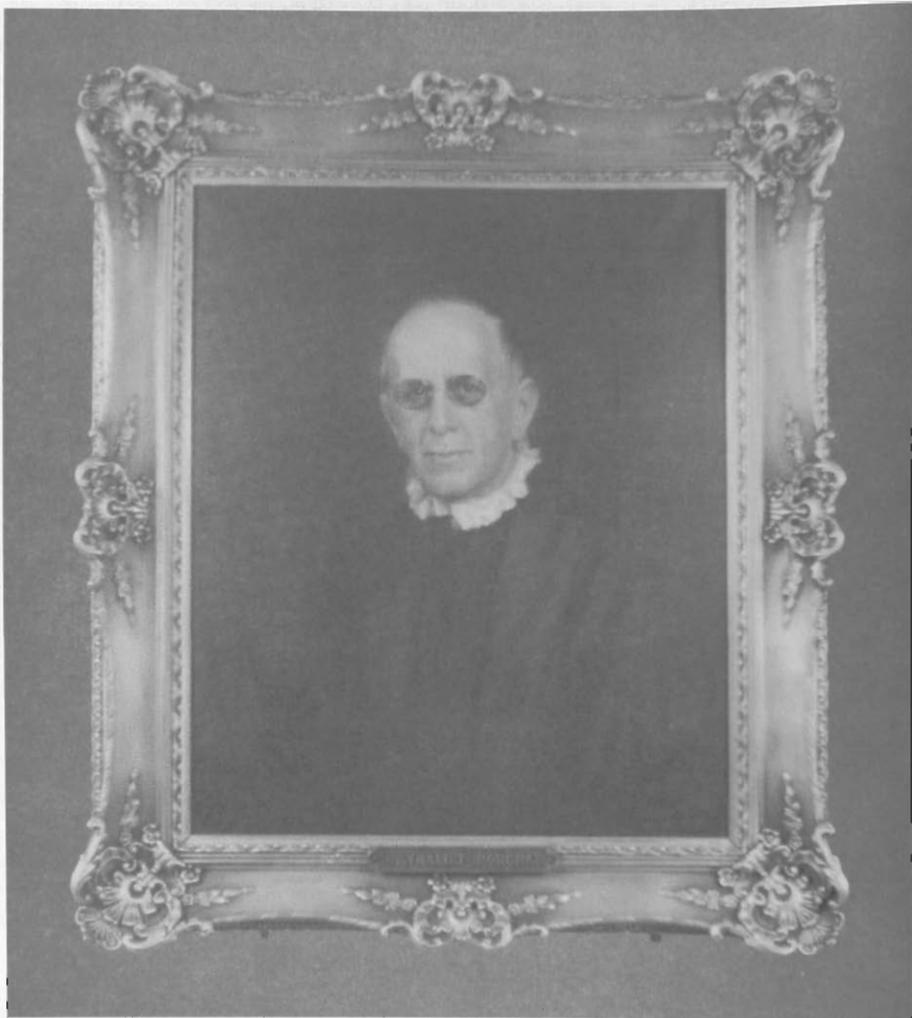
**Dr. ULADISLAU HERCULANO DE FREITAS
(1916-1925)**

Natural de Arroio Grande, província do Rio Grande do Sul, nasceu aos 25 de novembro de 1865, filho de Rogério José de Freitas. Advogado, jornalista e tribuno, fez longa carreira política e quando da Proclamação da República exerceu o cargo de chefe de Polícia do Paraná e elaborou as bases da Constituição Política daquele Estado.



Dr. ANTONIO JANUÁRIO PINTO FERRAZ
(1926-1930)

Natural de Campinas. Filho do comendador Antonio Pinto Ferraz e de D. Maria das Dores de Souza Camargo Ferraz, nasceu aos 2 de julho de 1851. Nomeado Diretor da Faculdade de Direito, por Decreto de 19 de maio de 1926, presidiu, em 11 de agosto de 1927, as festas comemorativas do 1º. centenário da fundação dos cursos jurídicos de São Paulo e de Olinda.



REYNALDO PORCHAT
(1930-1931)

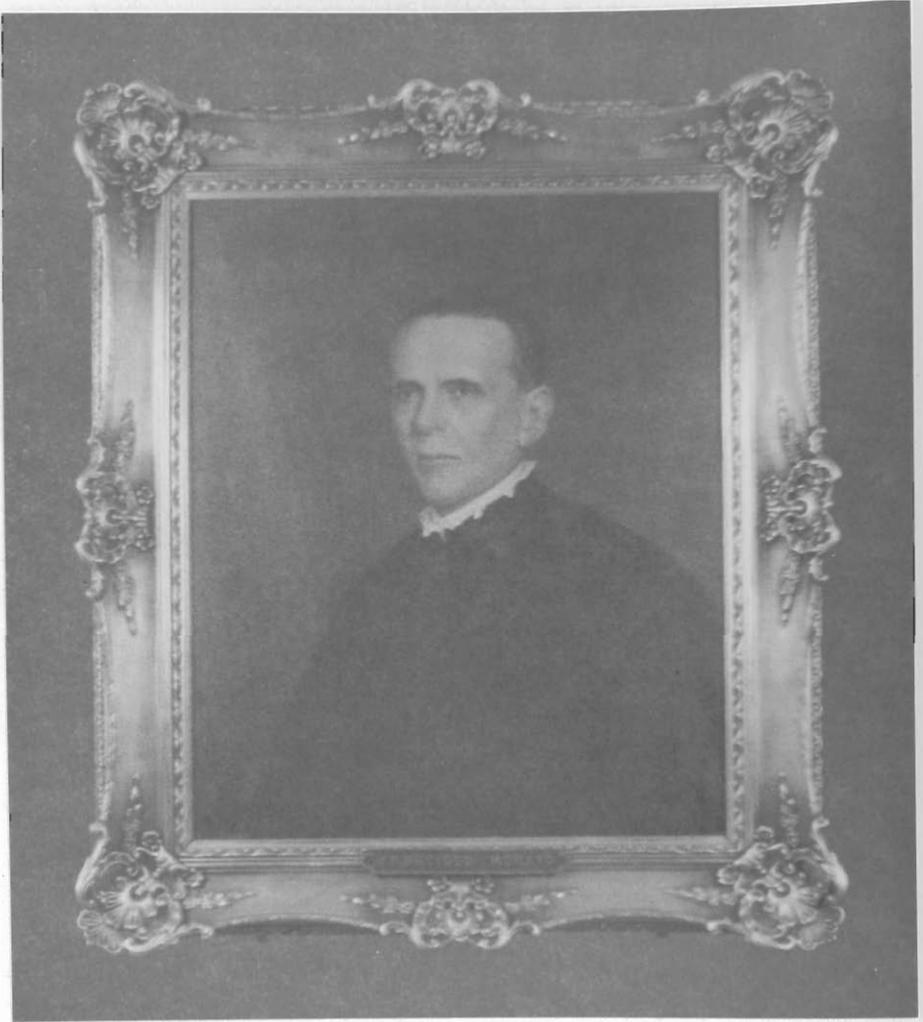
Nasceu em Santos a 23 de maio de 1868. Iniciando-se, aos doze anos, na carreira comercial, abandonou-a para estudar Humanidades, a princípio em São Paulo e, em seguida, no Rio de Janeiro. Poeta, orador e jornalista. Quando acadêmico foi propagandista da República e, como tal, membro do Club Republicano Acadêmico, além de redator do periódico político *A República*.



JOSÉ DE ALCÂNTARA MACHADO D'OLIVEIRA
(1931-1935)

Nasceu em Piracicaba a 19 de outubro de 1875.

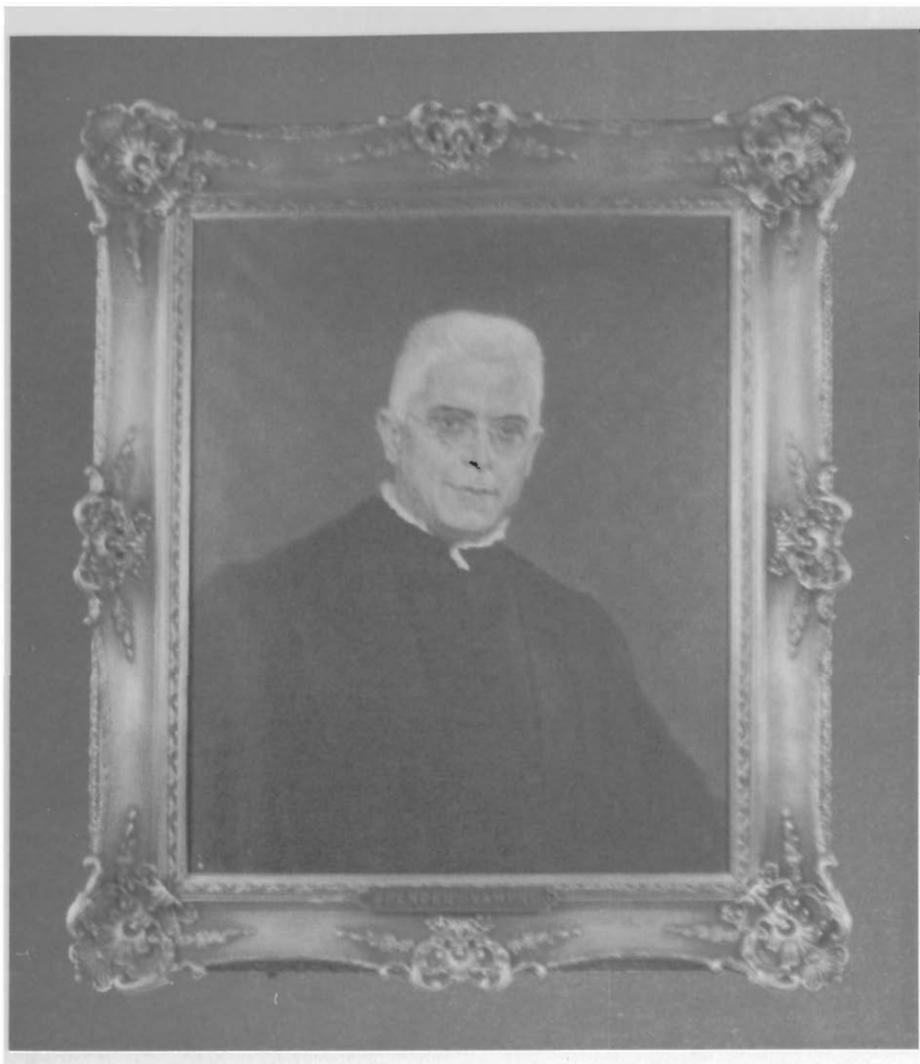
Fez os seus primeiros estudos na Escola Neutralidade e os secundários no Colégio Moretzsohn, iniciando os seus preparatórios em 1887. Matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo em 1890 e recebeu o grau de bacharel em 1893.



**FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO
(1935-1938)**

Nasceu em Piracicaba a 17 de outubro de 1868.

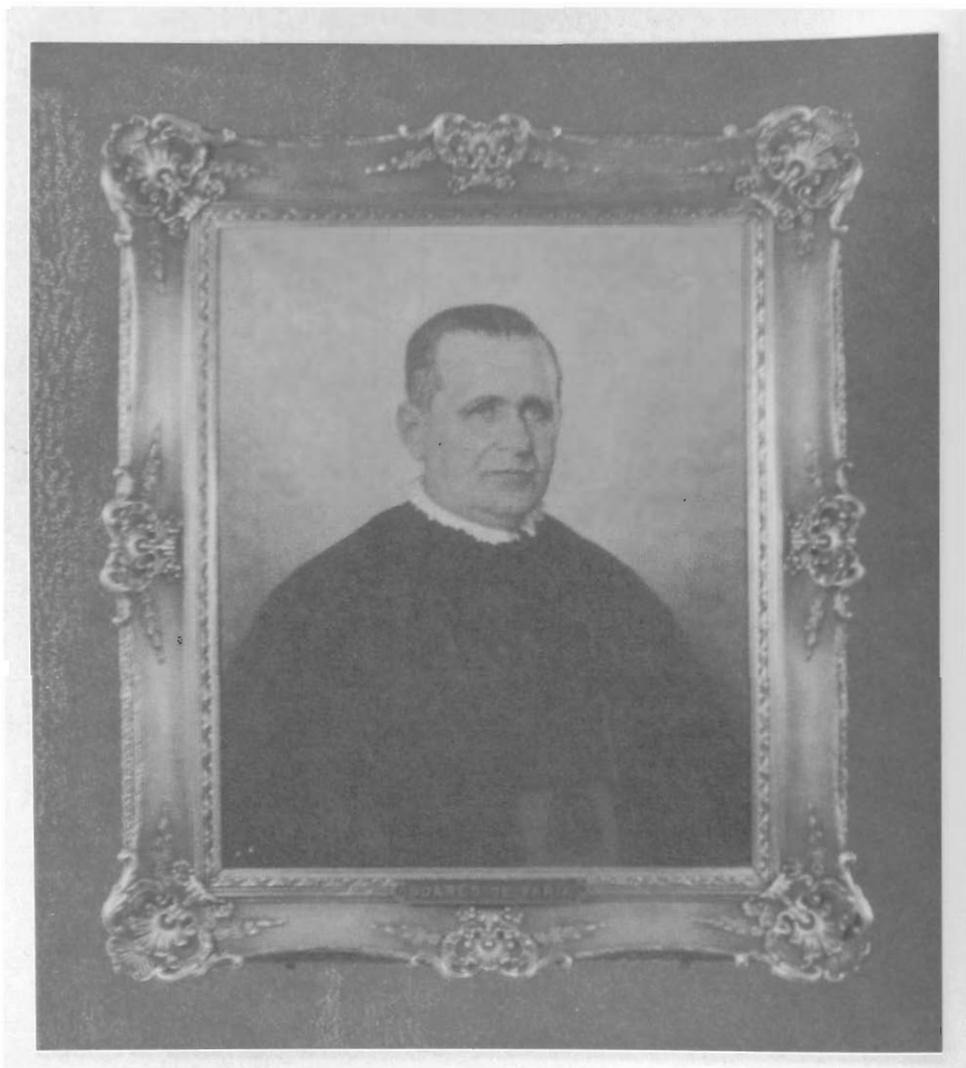
Estudou Humanidades no Colégio Moretzsohn, prestando exames preparatórios no Curso Anexo da Faculdade de Direito de São Paulo, no qual matriculou-se em 1884, recebendo o grau de bacharel em 1888. Recusou a presidência do Estado, aceitando porém o cargo de secretário da Justiça e Negócios do Interior na interventoria Macedo Soares.



SPENCER VAMPRÉ
(1938-1938)

Nasceu em Limeira a 24 de abril de 1888.

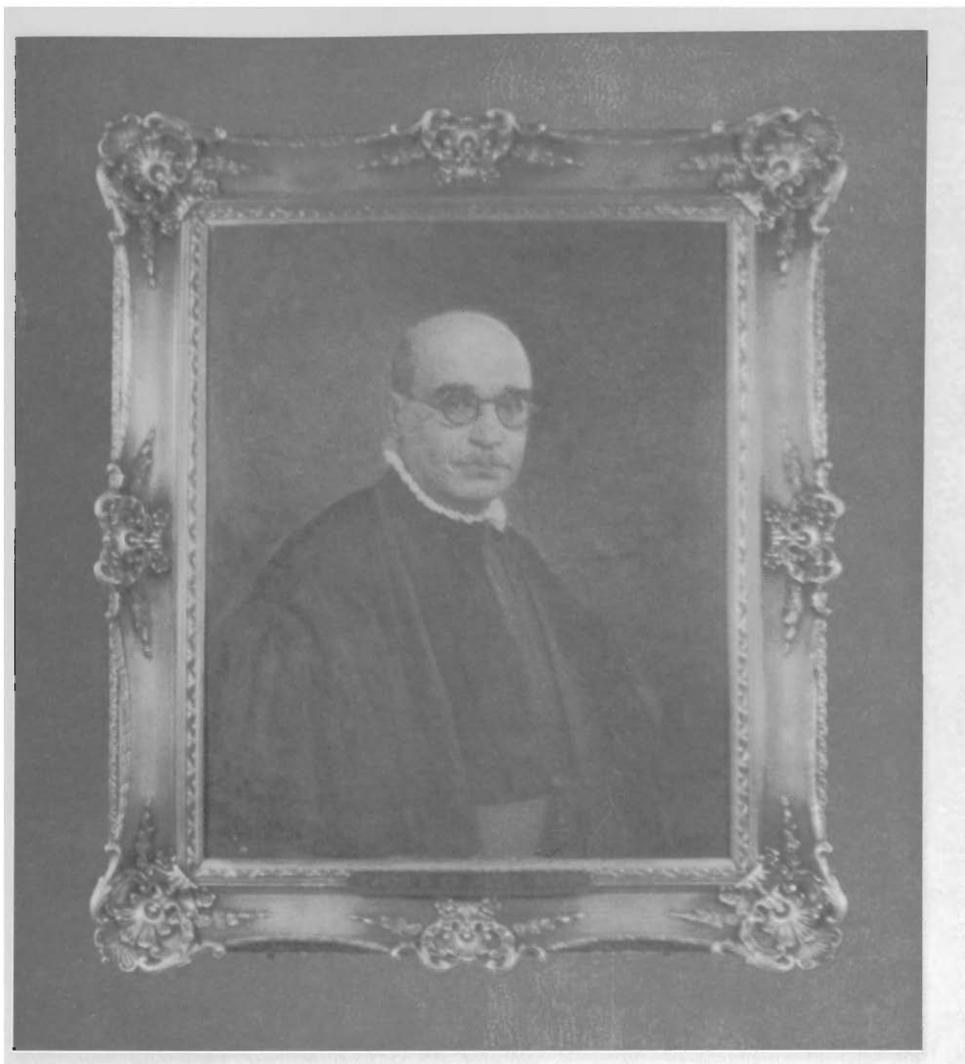
Foi eminente advogado, jornalista, conferencista, jurisconsulto. Foi membro da Academia Paulista de Letras e do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo. Em 1924, demonstrando seu interesse e amor pela Faculdade de Direito de São Paulo, publicou as *Memórias para a História da Academia de São Paulo*



SEBASTIÃO SOARES DE FARIA
(1939-1940)

Nasceu em Lavrinhas, Estado de São Paulo, a 29 de agosto de 1883.

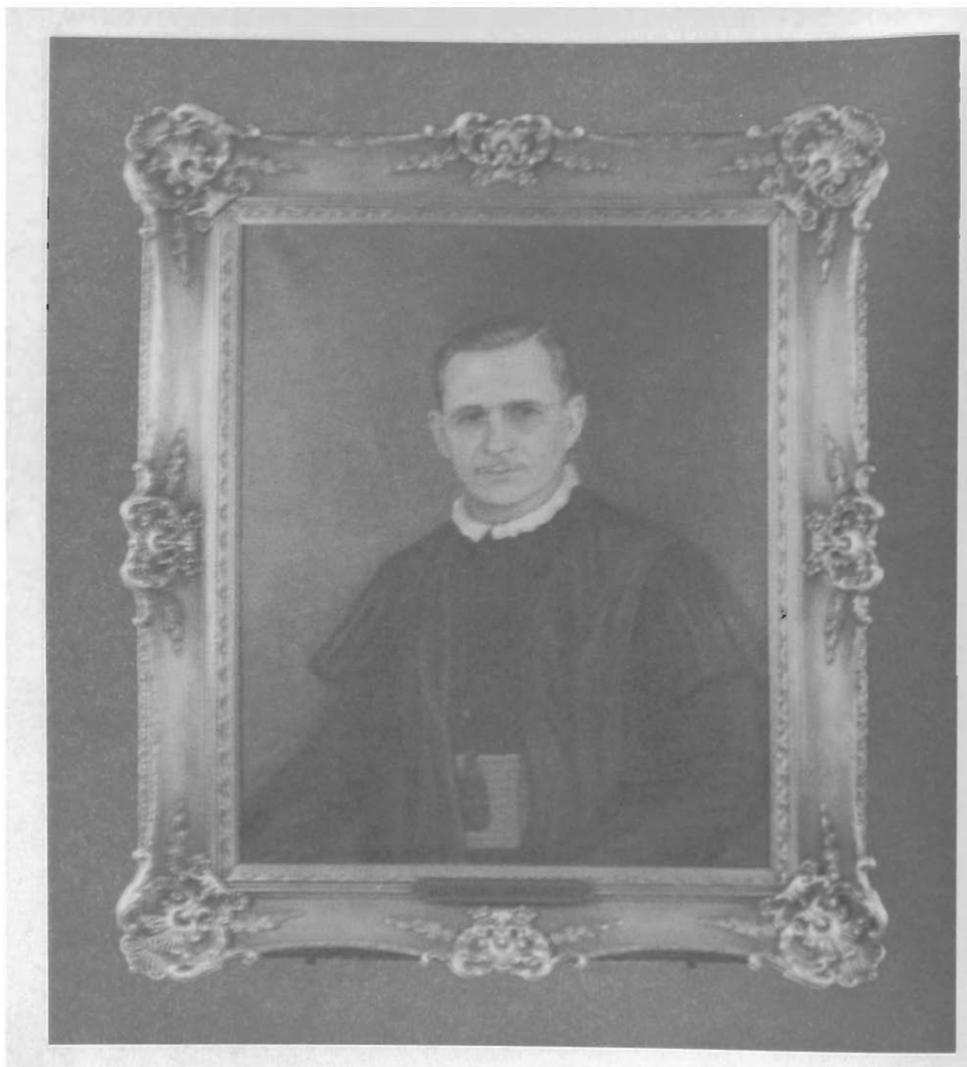
Fez os estudos preparatórios no Colégio Ávila de Pinhal, transferindo-se depois para o Colégio Nogueira da Gama, de Jacareí. Foi, também, jornalista sendo repórter, em 1898, de *A Noite*. Em 1889 matriculou-se na Escola Politécnica de São Paulo, porém interrompeu o curso devido à atividade jornalística. Em 1900 foi secretário do *Cidade de Santos*, tendo dirigido a *Revista de Direito Processual Civil*.



JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELLO NETO
(1941-1942)

Nasceu em São Paulo a 19 de julho de 1883.

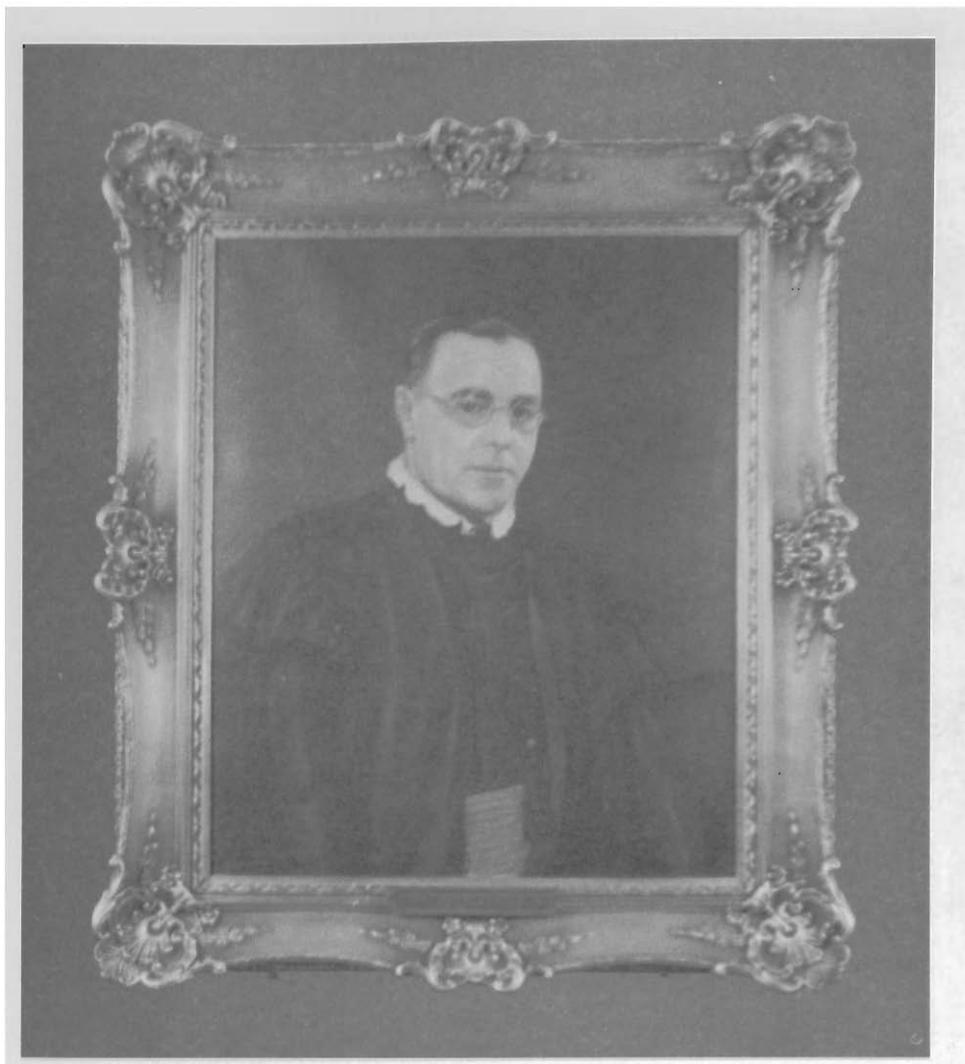
Fez os estudos preparatórios na Escola Complementar, anexa à Escola Normal da Capital de São Paulo. Foi professor, aos dezesseis anos, do Grupo Escolar da Bela Vista. Fez, pouco depois, exame de madureza no Ginásio de Estado da Capital, matriculando-se em 1901 na Faculdade de Direito de São Paulo. Em agosto de 1906, recebeu o grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais. Foi autor de inúmeros pareceres e artigos na *Revista da Faculdade de Direito* e na *Revista dos Tribunais*.



HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO
(1943-1944)

Nasceu em Araraquara a 25 de junho de 1894.

Fez o curso de Humanidades no Ginásio Estadual de Campinas. Em 1915 matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo, bacharelando-se em 1919. Tornou-se, desde então, um dos advogados mais assíduos do Foro da Capital. Em outubro de 1948 foi nomeado ministro do Trabalho do Governo Gaspar Dutra.



GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO
(1945-1948)

Nasceu em São Paulo a 23 de junho de 1893.

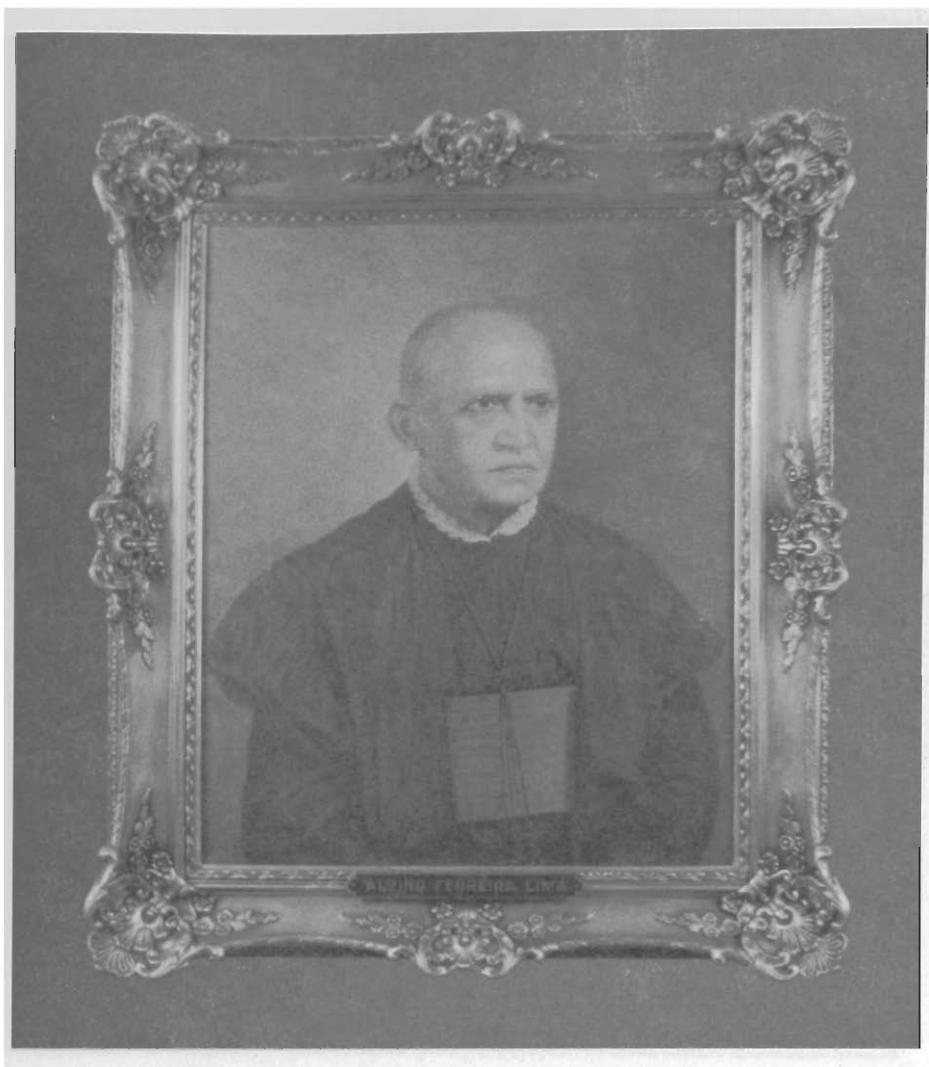
Fez o curso secundário no Colégio do Carmo e no Ginásio de São Bento. Em 1909, quando contava quinze anos, matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo, obtendo o grau de bacharel em 1913. Publicou vários artigos na *Revista da Faculdade de Direito* e na *Revista dos Tribunais*.



BRAZ DE SOUZA ARRUDA
(1949-1955)

Nasceu em Campinas a 3 de fevereiro de 1895.

Criado em Ribeirão Preto, cursou o Ginásio de Estado local e, a seguir, o Instituto Sílvio de Almeida, desta Capital. Publicou vários artigos e pareceres na *Revista da Faculdade de Direito* e na *Revista Jurídica*.



ALVARO FERREIRA LIMA
(1956-1958)

Nasceu em Rosário do Catete, Estado de Sergipe, a 09 de agosto de 1888.

Aos quatro anos de idade mudou-se para o Estado de São Paulo e passou a residir em Vargem Grande. Iniciou os estudos das primeiras letras em escolas particulares desta cidade, sendo que, em 1899, entrou para o Colégio Azevedo Soares, na Capital paulista. Transferiu-se, em 1900, para o Colégio Rosas, de Poços de Caldas, concluindo finalmente seus estudos em 1904 no Instituto de Ciências e Letras desta Capital. Colaborou na *Revista dos Tribunais*, na *Revista da Faculdade de Direito* e diversos jornais de São Paulo.



LUIZ ANTONIO DA GAMA E SILVA
(1959-1962)

Nasceu em Mogi-Mirim a 19 de maio de 1913.

Fez os estudos primários em sua terra natal e os primeiros exames do curso secundário no Ginásio Culto à Ciência, de Campinas, matriculando-se depois, no Ginásio Diocesano de Santa Maria, da mesma cidade, onde concluiu, em 1929, o curso ginásial. Foi juiz da Corte Permanente de Arbitragem de Haia, de 1964 até 1976. De 1963 a 1967 foi reitor da Universidade de São Paulo. Em 1964 foi ministro da Justiça e da Educação e Cultura, e, posteriormente, em 1967, ministro da Justiça no Governo Costa e Silva, em cuja gestão se deu a edição do AI-5.



LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL
(1963-1966)

Nasceu em São Paulo a 4 de fevereiro de 1911.

Fez o curso primário no período de 1918 a 1922, no Ginásio de Nossa Senhora do Carmo, e de 1922 a 1928 cursou o Ginásio de Estado, da Capital. Possui vários artigos publicados na *Revista da Faculdade de Direito*, *Revista dos Tribunais* e *Revista Forense*.



ALFREDO BUZOID
(1967-1969)

Nasceu em Jaboticabal no dia 20 de julho de 1914.

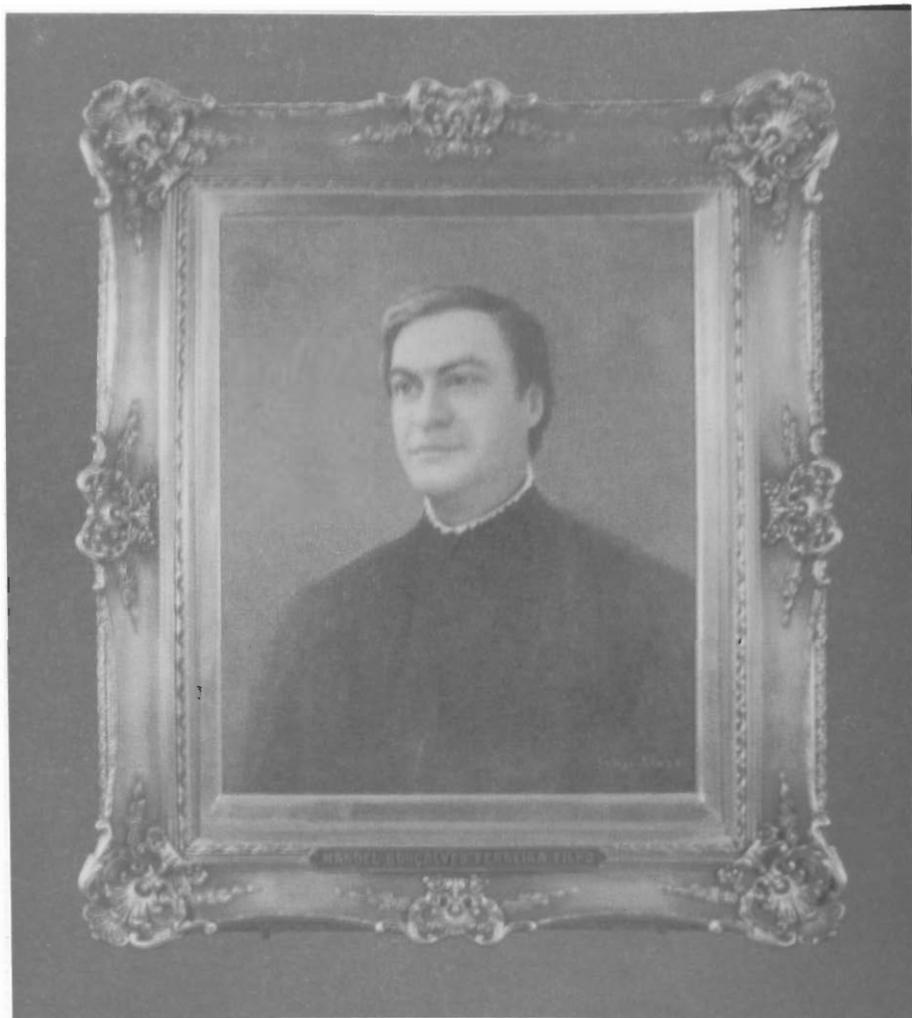
Fez o curso primário e secundário no Ginásio São Luiz, de Jaboticabal, formando-se em 1930. Foi ministro da Justiça no Governo Médice, até 1974



JOSÉ PINTO ANTUNES
(1969-1973)

Nasceu em Lorena a 09 de março de 1906.

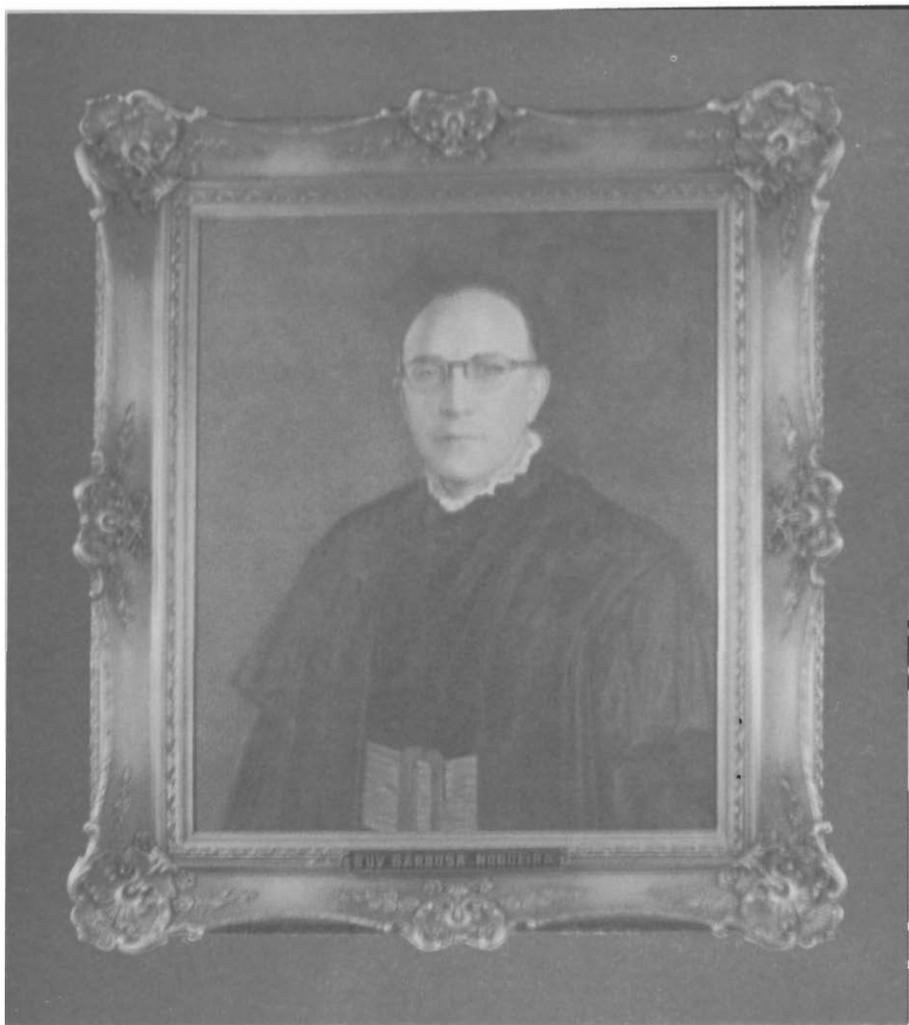
Concluiu os cursos primário e ginásial em sua terra natal. Matriculando-se na Faculdade de Direito de São Paulo em 1924, bacharelou-se em 1928, quando recebeu o Prêmio Rodrigues Alves como primeiro aluno. Cursou simultaneamente a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de São Paulo, agregada, na época, à Universidade de Louvain, tendo obtido a graduação em Filosofia no ano de 1926. Em 1972, durante sua gestão, foram instalados os cursos de pós-graduação, de acordo com as diretrizes estabelecidas pela reforma universitária.



MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO
(1973-1974)

Nasceu nesta Capital a 21 de junho de 1934.

Fez os estudos primários no Externato Assis Pacheco e os secundários no Colégio São Luís, desta Capital. Atualmente, além da atividade docente, é membro do Conselho Federal de Educação, do Conselho de Orientação Jurídica da Federação, do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo e Chefe do Departamento de Direito de Estado desta Faculdade.



RUY BARBOSA NOGUEIRA
(1974-1978)

Nasceu em Jardinópolis, Estado de São Paulo, a 19 de setembro de 1919.

Fez o curso primário no Grupo Escolar Dr. Washington Luís, em Batatais, e o secundário, parte no Ginásio São José, desta Cidade, vindo a concluí-lo no Ginásio Oswaldo Cruz, em São Paulo. Foi professor de Direito Tributário Comparado no curso de pós-graduação e presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário.



ANTONIO CHAVES
(1978-1982)

Nasceu em São Paulo a 3 de dezembro de 1914.

Fez os cursos primário e secundário no então Instituto Médio Dante Alighieri. Em 1933 ingressou na Faculdade de Direito de São Paulo, bacharelando-se em 1937. Teve destaque quando lecionou Direito do Autor, nacional e internacional, no curso de pós-graduação desta Faculdade.



VICENTE MAROTTA RANGEL
(1982-1986)

Nasceu, em São Paulo, a 14 de março de 1924

É membro da Corte de Arbitragem de Haia, por decreto do presidente da República, a partir de abril de 1979, do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, do Estudo Interamericano de Estudos Jurídicos Internacionais, da *American Society of International Law*, da *International Law Association*, da *Société Française de Droit International*, do *Institut de Droit International* e da *Société Belge de Droit International*.



DALMO DE ABREU DALLARI
(1986-1990)

Nasceu em Serra Negra, Estado de São Paulo, a 31 de dezembro de 1931.

Foi membro do Conselho Universitário e da Comissão de Legislação e Recursos da Universidade de São Paulo. É membro da Comissão de Justiça e Paz e da Arquidiocese de São Paulo, da qual foi presidente, da Associação Brasileira de Juristas Democratas, do Instituto dos Advogados de São Paulo, do qual foi vice-presidente, além de ter presidido a Fundação Escola de Sociologia e Política. De agosto de 1990 a dezembro de 1992 foi secretário dos Negócios Jurídicos da Prefeitura do Município de São Paulo, na gestão da prefeita D. Luiza Erundina. Possui inúmeros artigos publicados em jornais e revistas especializadas, além de ser colaborador do jornal *Folha de São Paulo*.



ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO
(1990-1994)

Nasceu em São Paulo a 23 de julho de 1939.

Iniciou seus estudos no Externato Elvira Brandão, em São Paulo; fez o ginásio no Colégio São Luís, dos padres jesuítas, na mesma cidade, terminando em 1954; ainda no mesmo colégio, completou o curso clássico em 1957. Além de prêmios anuais, recebeu o Prêmio São Luís para o melhor aluno de todo o curso.

Foi membro do Conselho Universitário da USP e presidente de sua Comissão de Legislação e Recursos (CLR); foi o presidente da Congregação desta Faculdade. É membro da Associação dos Advogados de São Paulo, do Instituto dos Advogados de São Paulo e da Academia Paulista de Direito.



ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO
(1994-1998)

Nasceu em Bauru, São Paulo, aos 19 de abril de 1937, onde iniciou seus estudos.

Bacharelou-se pela Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, SP, da qual foi seu Diretor e é Titular de Direito Civil e de Direito Romano. Titular de Direito Civil e Diretor desta Faculdade de Direito. Regente de Pós-Graduação nas duas universidades. Ex-conselheiro federal e estadual da OAB. Advogado, Consultor e Parecerista.

É membro da Associação dos Advogados de São Paulo, do Instituto dos Advogados de São Paulo, do Instituto dos Advogados Brasileiros, da Academia Paulista de Direito e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Civilista do Ano pelo Instituto de Divulgação de Direito Civil, em 1979, recebeu o Colar do Mérito Judiciário outorgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

HISTÓRICO
(de 1827 a 1997)

SUMÁRIO

Dados Históricos
Personalidades Célebres
Professores Falecidos e Aposentados
Organização da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Departamentos
Organização dos Estudos e Programa
Biblioteca e Publicações
Serviço Técnico de Imprensa
Cursos Extra-Curriculares e de Difusão Cultural
Convênios e outras atividades
Serviço de Aproximação Docente e Profissional (SADP)
Setor de Extensão e Pesquisas Universitárias e Bolsas
Serviços de Informática
Serviços à Comunidade
Organizações Estudantis

1 Dados Históricos

A idéia de criação de um curso jurídico no Brasil surgiu em 1822, logo após a Independência. Em 1823, D. Pedro I instalou a Assembléia Constituinte para elaborar a primeira Constituição brasileira. Ao fim desse ano, foi dissolvida a Assembléia e em 1824 foi outorgada a primeira Constituição.

Os estudantes que desejavam cursar uma escola de Direito, até então, tinham de ir a Coimbra, em Portugal. A proposta de criação de um curso jurídico

surgiu com José Feliciano Fernandes Pinheiro, o Visconde de São Leopoldo, membro do Parlamento.

Pela Lei de 11 de agosto de 1827, o imperador D. Pedro I criou os dois primeiros cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, um na cidade de São Paulo, no Estado de São Paulo, e outro na de Olinda, no Estado de Pernambuco.

A Academia do Largo de São Francisco foi inaugurada em 1º de março de 1828, pouco tempo antes de sua irmã de Olinda.

A Faculdade de Direito de São Paulo instalou-se inicialmente no Convento de São Francisco que, com a concordância dos frades franciscanos e por Decreto Imperial de 11 de agosto de 1827, foi escolhido para abrigar os Cursos Jurídicos. No início de sua história, o Convento e a Escola estavam juntos. Os estudantes chegavam até as classes entrando pela sacristia e era o sino da igreja que os chamava para as aulas. O prédio antigo foi demolido na década de 1930, para dar lugar ao prédio atual, inaugurado em 1934, com 11 mil metros quadrados de área, em quatro pavimentos, onde se localiza o tradicional Salão Nobre e a Sala dos Estudantes.

No pátio interno situam-se as tradicionais Arcadas, que identificam a própria Faculdade e reproduzem em pedra e cimento aquelas arcadas primitivas, de barro socado, da velha Academia.

Há, também, na Faculdade, outro pátio interno, onde existe um túmulo construído em 1842, por iniciativa dos estudantes. Segundo a tradição, encontra-se ali sepultado Júlio Frank, professor de História e Geografia do Curso Anexo à Faculdade de Direito e fundador da Burschenschaft, a Bucha, sociedade secreta da Faculdade de Direito, que durante vários anos influiu na política brasileira. Consta que figuravam entre seus componentes alunos que se tornaram cidadãos ilustres como Ruy Barbosa, Prudente de Moraes, Rodrigues Alves, Afonso Arinos, Bernardino de Campos e outros.

Desde a sua criação até sua incorporação à Universidade de São Paulo, a Faculdade de Direito pertenceu ao governo central, primeiro, monárquico e, depois, republicano. Na verdade, a incorporação antecipou-se um pouco ao Decreto que formalizou a transferência, assinado por Getúlio Vargas somente em 10 de agosto de 1934 (Decreto Federal n. 24.102, de 1934).

Atrás do prédio antigo, foi construído o Edifício de Apoio, com frente para a Rua Riachuelo, n. 185, com dezoito pavimentos, dois de garagem, com a área

área global de 8.726 metros quadrados, onde está localizado o Auditório de Apoio e a Livraria da Editora da USP - EDUSP.

Em 02 de março de 1995, foi inaugurada uma Passarela que une o edifício antigo ao novo, com 72,5 metros quadrados.

O primeiro Diretor da Faculdade de Direito foi Arouche de Toledo Rendon e o primeiro Reitor da Universidade de São Paulo foi o Prof. Reinaldo Porchat, também da Faculdade de Direito. Os demais reitores da USP pertencentes à Faculdade de Direito foram: Jorge Americano, Miguel Reale (duas vezes), Ernesto de Moraes Leme, Luiz Antonio da Gama e Silva e Alfredo Buzaid. O atual Diretor é o Prof. Álvaro Villaça Azevedo.

2 Personalidades célebres

Pela Faculdade de Direito passaram estudantes que, posteriormente, tornaram-se personalidades destacadas na vida brasileira, sendo um dos mais notáveis Ruy Barbosa. A Faculdade realmente teve um papel preponderante na história das instituições políticas e sociais do Brasil, pois por ela passaram nove presidentes da República: Prudente de Moraes, Campos Salles, Afonso Pena, Rodrigues Alves, Delfim Moreira, Wenceslau Brás, Artur Bernardes, Washington Luiz e Jânio Quadros. E governaram São Paulo, após a República, doze governadores, também formados pela Faculdade do Largo de São Francisco, desde Américo Brasiliense, passando por Jânio Quadros, Abreu Sodré, até Franco Montoro. Também no Parlamento e no Judiciário a presença dos antigos alunos das Arcadas tem sido da mais alta expressão. Grandes poetas também passaram pelas Arcadas e são lembrados pelos seus versos e por suas vidas atribuladas como Castro Alves, Álvares de Azevedo, Fagundes Varela; romancistas, como José de Alencar, Bernardo Guimarães; oradores, como José Bonifácio; parlamentares, como Joaquim Nabuco, João Mendes (pai) e Ulisses Guimarães; juristas, como Pimenta Bueno, Barão de Ramalho, diplomatas, como Barão do Rio Branco, e jornalistas, como Pedro Taques de Almeida Alvim, Júlio de Mesquita, Rangel Pestana.

Desde sua fundação até o final do século passado, as circunstâncias sociais mantiveram preconceituosa resistência à admissão de mulheres nos cursos da Faculdade. Contudo, enfrentando os preconceitos da época, em 1902 formou-se a primeira advogada brasileira, Maria Augusta Saraiva. Hoje o número de alunas é praticamente igual ao dos alunos do sexo masculino.

Aos poucos, a Faculdade de Direito tornou-se o principal centro da vida cultural, social e cívica do País e vários jornais de expressão regional ou mesmo nacional nasceram nessa época do início dos Cursos Jurídicos, quase todos voltados à causa da República, como o "*Farol Paulistano*" e o "*Correio Paulistano*"

Mas não-só de glórias passadas vive a Velha Academia do Largo de São Francisco. A Revolução Constitucionalista de 1932 tem seu testemunho no Pátio das Arcadas, com o Monumento ao Soldado Constitucionalista, lembrança dos alunos da Faculdade que lutaram e morreram pela liberdade. Durante o período da ditadura Vargas, até 1945, as Arcadas abrigaram um corajoso e ativo centro de resistência democrática.

Com a criação dos cursos de pós-graduação, o espaço destinado aos estudantes ficou menor e se cogitou, como já ocorrera antes, da mudança para a Cidade Universitária. Contudo a grande maioria foi contrária a essa transferência, uma vez que toda a infra-estrutura jurídica estava concentrada no centro da cidade (os tribunais e grande número de escritórios de advocacia) e os alunos e professores não queriam estar distantes dos locais de trabalho. Além de tudo, mais de um século e meio de ativa presença no Largo de São Francisco deram significado histórico ao local.

Na época do sesquicentenário da criação dos Cursos Jurídicos foi construído, em frente à Faculdade, um trecho de calçada ampla, considerada "território livre" com uma tribuna, permitindo a parada de pedestres para ouvir discursos e para haver a divulgação livre de opiniões ao povo.

No cenário jurídico, político e intelectual brasileiro, continua marcante a contribuição de ex-alunos da Faculdade, presentes na advocacia, no Parlamento, no Judiciário, na diplomacia, no jornalismo e na liderança da vida política brasileira. É relevante o número de personalidades que se destacam, como, por exemplo, o Prof. Emérito Goffredo da Silva Telles Júnior, constituinte em 1946 e autor da célebre "*Carta aos Brasileiros*" manifesto político para a volta do País ao Estado de Direito, lido no pátio da Faculdade em 8 de agosto de 1977, por ocasião das comemorações do sesquicentenário de criação dos Cursos Jurídicos no Brasil.

Mais recentemente, ainda, a Assembléia Nacional Constituinte, de 1987, contou com a colaboração de juristas docentes da Faculdade de Direito, despontando já novas lideranças políticas das gerações mais recentes das Arcadas. Merece, também, ser analisado o estreito relacionamento da Faculdade de Direito com o Poder Judiciário do Estado. Os juízes paulistas, na maioria, trazem a herança

das lições das Arcadas. Inúmeros ex-alunos do Largo de São Francisco tiveram e têm assento no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores da Federação e dos Estados. Assim, também na advocacia, no Ministério Público, nas procuradorias e defensorias públicas, nas carreiras policiais e, no setor privado das empresas, a posição destacada dos antigos alunos da Faculdade tem sido constante.

3 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 (1892-1979), Miguel Seabra Fagundes (1910-1993).

3-1 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 (1883-1965), 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 Mutshito Marcondes Machado (1906-1980), 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 Junior (1906-1993), Washington de Barros Monteiro, João Baptista de Oliveira e Costa Júnior, Miguel Reale, Celso Neves.

4 - Organização da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

A Faculdade de Direito, desde 1934, foi incorporada à Universidade de São Paulo e atualmente é constituída por nove departamentos, além de alguns Institutos a eles coligados.

O diretor atual da Faculdade de Direito da USP é o Prof. Dr. Álvaro Villaça Azevedo, titular do Departamento de Direito Civil. A vice-diretora é a Profa. Dra. Odete Medauar, titular do Departamento de Direito do Estado.

O órgão máximo da Faculdade de Direito da USP é a Congregação, composta de: diretor, vice-diretor, presidente da Comissão de Graduação, presidente da Comissão de Pós-Graduação, presidente da Comissão de Cultura e Extensão Universitária, presidente da Comissão de Pesquisa, chefes de departamentos, todos os professores titulares, parte dos professores associados e parte dos professores doutores, um representante dos assistentes, um representante dos auxiliares de ensino e alguns representantes dos discentes e dos funcionários não-docentes.

Outros colegiados que compõem a administração superior da Faculdade são o Conselho Técnico Administrativo, a Comissão de Graduação, a Comissão de Pós-Graduação, a Comissão de Cultura e Extensão Universitária e a Comissão de Pesquisa. Além disso, há, também, algumas comissões de âmbito administrativo que assessoram a Diretoria em matérias especializadas.

5 Departamentos

Direito Civil

Corpo Docente: Titulares: José Carlos Moreira Alves; Yussef Said Cahali, Antonio Junqueira de Azevedo, Fábio Maria De-Mattia, Álvaro Villaça Azevedo, Carlos Alberto Bittar, Eduardo César Silveira Vita Marchi, Rui Geraldo Camargo Viana; *Associados:* Carlos Alberto Dabus Maluf; Sérgio Carlos Covello; *Doutores:* Teresa Ancona Lopez, Alcides Tomasetti Júnior, Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida, Daisy Gogliano, Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Guilherme de Almeida, Roberto João Elias, Olavo Acyr de Lima Rocha, Nestor Duarte, José Luis Gavião de Almeida, Ignácio Maria Poveda Velasco.

Direito Comercial

Corpo Docente: Titulares: Fábio Konder Comparato, Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Waldírio Bulgarelli; *Associados:* Newton de Lucca, Rachel Sztajn, Mauro Rodrigues Penteado; *Doutores:* Paulo Salvador Frontini, Vera Helena de Mello Franco, Newton Silveira, Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca, Antonio Martin, José Alexandre Tavares Guerreiro, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa; *Assistente:* Carlos Alberto Senatore.

Direito do Trabalho

Corpo Docente: Titulares: Amauri Mascaro Nascimento, Octávio Bueno Magano, Cássio de Mesquita Barros Júnior; *Doutores:* Walküre Lopes Ribeiro da Silva, Annibal Fernandes, Nelson Mannrich; *Assistente:* João Carlos Casella; *Auxiliares de Ensino:* Octávio Pinto e Silva.

Direito do Estado

Corpo Docente: Titulares: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Dalmo de Abreu Dallari, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar; *Associados:* Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, Edmir Netto de Araújo, Enrique Ricardo Lewandowsky, Anna Cândida da Cunha Ferraz, Mônica Herman Salem Caggiano; *Doutores:* Fernanda Dias Menezes de Almeida, Sebastião Botto de Barros Tojal, Carlos Borges de Castro e Sérgio Rezende de Barros; *Assistentes:* Anna Maria Martins e Eunice Aparecida de Jesus Prudente.

Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia

Corpo Docente: Titulares: Miguel Reale Júnior, Vicente Greco Filho, Ivette Senise Ferreira; *Associado:* Antonio Luiz Chaves Camargo; *Doutores:* Octávio Leitão da Silveira, Alvino Augusto de Sá, José Lopes Zarzuela, Irene Batista Muakad, Pedro Luiz Ricardo Gagliardi, Marcelo Fortes Barbosa; *Assistentes:* André Luiz de Mesquita, David Teixeira de Azevedo, Sérgio Salomão Shecaira.

Direito Processual

Corpo Docente: Titulares: José Ignácio Botelho de Mesquita, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Rogério Lauria Tucci; *Associados:* Rodolfo de Camargo Mancuso, José Rogério Cruz e Tucci, Luiz Carlos de Azevedo, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho; *Doutores:* Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Kazuo Watanabe,

Antonio Carlos Marcato, Walter Piva Rodrigues, Roque Komatsu, Carlos Alberto Carmona, José Roberto dos Santos Bedaque; *Assistentes*: José Raul Gavião de Almeida e Antonio Claudio da Costa Machado.

Direito Econômico e Financeiro

Corpo Docente: Titulares: Eros Roberto Grau, Fábio Nusdeo, Regis Fernandes de Oliveira ; *Associado*: Yonne Dolácio de Oliveira; *Doutores*: Gerd Willi Rothmann, Paulo Roberto Cabral Nogueira, José Tadeu de Chiara, José Antonio de Andrade Martins, Paulo Celso Bergstrom Bonilha, Estevão Horvath; *Assistentes*: Humberto Marques Filgueiras e José Maurício Conti.

Direito Internacional

Corpo Docente: Titulares: Luiz Olavo Baptista, João Grandino Rodas e Guido Fernando Silva Soares; *Associados*: José Roberto Franco da Fonseca, José Carlos de Magalhães, Hermes Marcelo Huck, Paulo Borba Casella; *Doutores*: Georgette Nacarato Nazo, Araminta de Azevedo Mercadante, Masato Ninomiya, Maristela Basso; *Assistente*: Elisabeth de Almeida Meirelles.

Filosofia e Teoria Geral do Direito

Corpo Docente: Titulares: Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Celso Lafer; *Associados*: José Eduardo Campos de Oliveira Faria, Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Antonio Carlos de Campos Pedroso, Alaor Caffé Alves; *Doutores*: Nelson Ferreira de Carvalho, Wilson Hilário Borges, José Reinaldo de Lima Lopes, Ari Marcelo Solon; Alberto do Amaral Júnior, Maria Tereza Leopardi Mello; *Assistentes*: Lídia Reis de Almeida Prado, Antonio Carlos Mendes, Eduardo Domingos Botallo.

6 - Organização dos Estudos e Programa

6.1 - Curso de Graduação Os candidatos ingressam na Faculdade de Direito por meio de exame vestibular realizado fora da Universidade, pela Fuvest. Atualmente o curso de Direito tem duração de 10 semestres letivos, oferecendo 450 vagas, distribuídas entre o curso matutino e noturno. Nos oito primeiros semestres os alunos têm todas as disciplinas gerais. Entretanto, os dois últimos semestres são reservados para um estudo mais profundo de uma destas cinco áreas: Direito Público, Penal, do Trabalho, de Empresas e Privado. A área escolhida para aprofundamento não

corresponde necessariamente à carreira que o profissional irá seguir, pois sua formação permite que ele trabalhe em qualquer área, sendo o diploma conferido o de bacharel em Direito, que habilita o formado ao ingresso na advocacia e na carreira pública, sendo juiz, promotor, procurador ou delegado de polícia. Frequentam anualmente a Faculdade de Direito da USP cerca de 2300 alunos da graduação, distribuídos pelos cinco anos. A Secretaria de Graduação está situada no primeiro andar do prédio sede, Largo de São Francisco, n. 95, Centro. As aulas do Curso de Graduação são ministradas nesse mesmo edifício.

Ciclo Básico: I Semestre: Introdução ao Estudo do Direito I, Economia I, Teoria do Estado I, Direito Romano I, Teoria Geral do Direito Privado I, Lógica e Metodologia Jurídica I; *II Semestre:* Introdução ao Estudo do Direito II, Introdução à Sociologia, Economia II, Teoria do Estado II, Direito Romano II, Teoria Geral do Direito Privado II, Direito Constitucional I, Lógica e Metodologia Jurídica II, Prática Esportiva.

Ciclo Institucional: III Semestre: Teoria Geral das Obrigações, Teoria Geral do Direito Comercial - Direito Comercial I; Teoria Geral do Direito Penal I, Direito Constitucional II, Teoria Geral do Processo I, Sociologia Jurídica, Direito Financeiro, História do Direito e do Pensamento Jurídico I; *IV Semestre:* Fontes das Obrigações: Teoria Geral dos Contratos e Contratos do Código Civil, Parte Especial do Direito Comercial - Direito Comercial II, Direitos Fundamentais, Teoria Geral do Direito Penal II, Teoria Geral do Processo II, História do Direito e do Pensamento Jurídico II. *V Semestre:* Fontes das Obrigações: contratos especiais, atos unilaterais, responsabilidade civil e outras fontes, Direito Comercial II - Parte Especial, Direito Penal I - Parte Especial, Direito do Trabalho I, Direito Processual Civil I, Teoria Geral do Direito Administrativo, Direito Internacional Público I. *VI Semestre:* Direitos Reais, Direito Comercial III - Parte Especial, Direito Penal II - Parte Especial, Direito do Trabalho II, Direito Processual Civil II, Direito Processual Penal I, Direito Administrativo - Parte Especial, Direito Internacional Público II. *VII Semestre:* Direito de Família, Direito Processual Civil III, Direito Processual Penal II, Direito Internacional Privado I, Filosofia do Direito I - Parte Geral, Direito Financeiro, Direito Tributário I. *VIII Semestre:* Direito das Sucessões, Direito Processual Civil IV, Direito Processual Penal III, Direito Internacional Privado II,

Filosofia do Direito II Parte Especial, Direito Tributário II, Medicina Forense I, Comportamento Humano Forense I, Direito Econômico I.

Disciplinas Optativas: I Semestre: Noções Práticas de Computação - diurno; *II Semestre:* Noções Práticas de Computação noturno; *VII Semestre:* Técnica de Negociação e Arbitragens I, Instituições Judiciárias I, Ciência Política; *VIII Semestre:* Técnica de Negociação e Arbitragens II, Instituições Judiciárias II, História das Idéias Políticas no Brasil.

Ciclo Complementar Disciplinas Obrigatórias: Área I Direito Político, Administrativo e Financeiro *IX Semestre:* Liberdades Públicas I, Administração Indireta, Direito Econômico, Organizações Internacionais. *X Semestre:* Atos Administrativos, Sistemas Políticos e Eleitorais, Direito Financeiro Aplicado, Liberdades Públicas II; *Área II* Direito Penal e Criminologia *IX Semestre:* Direito Penal III - Parte Especial, Temas Fundamentais de Direito Penal I, Direito Processual Penal IV - Parte Especial, Medicina Forense II; *X Semestre:* Direito Penal IV - Parte Especial, Criminologia II, Direito Processual Penal V - Parte Especial, Temas Fundamentais de Direito Penal II. *Área III* Direito Privado e Processo Civil *IX Semestre:* Direito Agrário, Direito Processual Civil (Procedimentos Especiais I), Direito Civil Aplicado I, Direito Falimentar, Medicina Forense III; *X Semestre:* Direito de Autor, Direito Processual Civil (Procedimentos Especiais II), Direito Civil Aplicado II, Medicina Forense IV. *Área IV* - Direito de Empresa *IX Semestre:* Direito Falimentar, Direito Econômico, Direito Tributário Aplicado I (Tributos Estaduais e Municipais), Direito Concorrencial, Direito Processual Civil em Matéria Empresarial I; *X Semestre:* Noções de Contabilidade Empresarial, Direito Tributário Aplicado II (Tributos Federais), Mercado de Capitais (Aspectos de Direito Privado), Direito Bancário, Direito Processual Civil em Matéria Empresarial II. *Área V* Direito do Trabalho e de Segurança Social *IX Semestre:* Teoria Geral do Direito do Trabalho I, Direito Individual do Trabalho I, Direito Coletivo do Trabalho I, Direito Processual do Trabalho I; *X Semestre:* Teoria Geral do Direito do Trabalho II, Direito Individual do Trabalho II, Direito Coletivo do Trabalho II, Direito Processual do Trabalho II.

Ciclo Complementar Disciplinas Optativas: IX Semestre: Direito Constitucional Estadual, Direito do Comércio Internacional, Legislação Penal Especial I,

Criminologia I, Direito da Segurança Social I, Infortunistica Médico-Forense (área de Direito do Trabalho), Direito Processual Internacional, Direito Processual Penal (Procedimentos Especiais I), Direito Processual Civil Aplicado I, Novas Tendências do Processo Civil, Direito do Menor I, Direito de Integração Econômica, Identificação Médico-Forense, Comportamento Humano Forense II, Direito do Consumidor I; X *Semestre*: Direito Municipal, Contratos Internacionais do Comércio, Arbitragem Comercial Internacional, Direito de Segurança Social II, Direito Internacional do Trabalho, Direito Econômico Aplicado, Direito Processual Penal Procedimentos Especiais II, Direito Processual Civil Aplicado II, Direito do menor II, Criminalística, Legislação Penal Especial II, Direito do Consumidor II.

6.2 Centro de Prática Jurídica Foi criado o Centro de Prática Jurídica, na Unidade, com o objetivo de coordenar e avaliar as atividades de estágio de prática jurídica obrigatório e integrante do currículo da Faculdade. Compõe-se o Ceprajur de seis docentes coordenadores, de dois docentes coadjuvantes e de dois representantes discentes. As atribuições dos coordenadores são distribuídas por três áreas, Direito Público (Direito Penal e Medicina Forense, Direito do Estado e Direito do Trabalho), Direito Privado (Direito Civil, Direito Comercial, Direito Internacional e Direito Econômico-Financeiro) e Direito Processual (Direito Processual, Filosofia e Teoria Geral do Direito). Dentre outras competências, caberá ao Ceprajur a organização e a divulgação de uma grade curricular completa, com observância da carga horária total mínima exigida de trezentas horas, abrangendo as disciplinas indicadas pelos Departamentos.

6.3 Curso de Pós-Graduação Desde 1972, a Faculdade de Direito oferece cursos de pós-graduação "stricto sensu" em todas as áreas do Direito. A Secretaria de Pós-Graduação, situada no terceiro andar intermediário do Edifício de Apoio da Faculdade de Direito, fornece informações como: elenco das disciplinas, corpo docente, horário dos cursos. As aulas do Curso de Pós-Graduação são ministradas nos segundo e terceiro andares intermediários desse mesmo prédio.

O curso de pós-graduação "stricto sensu" compreende dois níveis de formação: mestrado e doutorado. Para cada nível é exigido um número mínimo de créditos (65 para mestrado e 125 para doutorado).

As disciplinas oferecidas poderão ser cursadas como disciplinas da área de concentração ou da área complementar, sendo a área de concentração o

campo específico escolhido pelo candidato, no qual ele desenvolverá suas atividades de pesquisa, para a elaboração da dissertação de mestrado ou da tese de doutorado. A área complementar é a que contém disciplinas consideradas necessárias ou convenientes para complementar a formação do candidato.

As áreas oferecidas são: Direito Civil, Direito Comercial, Direito Econômico e Financeiro, Direito do Estado, Direito Internacional, Direito Penal, Direito Processual, Direito do Trabalho, Filosofia e Teoria Geral do Direito, Medicina Forense (esta, apenas como área complementar).

É condição para a inscrição no curso de pós-graduação, "stricto sensu" a conclusão de curso de bacharelado em Direito, ou outro curso superior, a critério da Comissão de Pós-Graduação.

A inscrição será feita mediante requerimento ao presidente da Comissão de Pós-Graduação e a matrícula depende de seleção prévia, realizada por meio de uma entrevista com o orientador indicado pelo candidato e de um exame de proficiência em línguas estrangeiras (uma para o mestrado e duas para o doutorado), que são: inglês, francês, italiano e alemão.

Há dez vagas, para cada orientador titular ou associado, e quatro, para cada orientador doutor.

6.4 Curso de Especialização Estão sendo desenvolvidos esforços para a criação do Curso de Especialização, em nível de pós-graduação, que possibilitará a formação de especialistas, em algumas áreas do Direito. Esse curso será de interesse daqueles profissionais, que desejam aperfeiçoamento em suas atividades, sem a utilização dos cursos de mestrado e de doutorado, destinados, especificamente, à formação de docentes.

7 Biblioteca e Publicações

O Serviço de Biblioteca e Documentação da Faculdade de Direito (SBD) possui um acervo de cerca de 290 mil volumes, com 2.083 títulos de periódicos nacionais e estrangeiros. O SBD é constituído por uma Biblioteca Central, uma Biblioteca Circulante e dez bibliotecas departamentais, especializadas e agrupadas da seguinte forma: Biblioteca de Direito Econômico-Financeiro e Tributário; Biblioteca de Direito Penal, Direito Processual e Medicina Forense; Biblioteca de Direito Comercial -Waldemar Ferreira e Túlio Ascarelli; Biblioteca de

Direito Civil Eduardo Spínola; Biblioteca de Direito Internacional e Direito do Trabalho; Biblioteca de Direito do Estado e Filosofia do Direito.

O SBD edita várias publicações: o Boletim da Biblioteca, o Guia da Biblioteca, os Sumários Correntes de Direito, a Bibliografia Jurídica e, ocasionalmente, bibliografias especializadas.

Além disso, o SBD da Faculdade de Direito obteve, a partir de 1988, o *status* de Centro de Referência das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, recebendo gratuitamente essas publicações, que estão organizadas e à disposição dos interessados, para consulta, na Biblioteca Central da FDUSP.

O Serviço de Biblioteca e Documentação realiza, também, outros serviços, entre os quais a Comutação Bibliográfica, o empréstimo entre bibliotecas, o treinamento de seus usuários no uso das fontes de informação da área jurídica e a disseminação de artigos de periódicos por meio de um Serviço de Disseminação Seletiva da Informação, personalizado aos professores da Faculdade.

8 - Serviço Técnico de Imprensa

O Serviço Técnico de Imprensa é a mais nova das quatro áreas que compõem o organograma desta Unidade, aprovado pela Reitoria da Universidade de São Paulo. A idealização desta área que compreende cinco seções, além dos respectivos setores, foi concretizada em 07 de novembro de 1991 pelo então Diretor, professor doutor Antonio Junqueira de Azevedo.

A Chefia Técnica de Imprensa tem por objetivo coordenar todas as áreas junto ao Senhor Diretor, agindo diretamente em todas as seções e setores, além de intermediar entrevistas solicitadas pela imprensa em geral com o corpo docente desta Faculdade.

Dentre as seções, a mais expressiva é a Seção de Edição da Revista e Outros Periódicos que publica revista especializada na área do Direito, desde 1893, ininterruptamente. Por essa publicação e pelas referências à informatização é mantido um serviço de permuta nacional e internacional com inúmeras universidades e instituições do mundo todo.

9 - Cursos Extra-Curriculares e de Difusão Cultural

Os departamentos e institutos ligados à Faculdade de Direito da USP promovem anualmente cursos abertos a bacharéis em Direito e ao público em geral, sendo promovidos freqüentemente congressos nacionais e internacionais.

10 - Convênios e outras atividades

A Faculdade de Direito da USP mantém convênios culturais com universidades de diversos países, como a Università degli Studi di Roma "La Sapienza"; Facoltà di Giurisprudenza Dell'Università di Milano, Università di Napoli; Università degli Studi di Salerno Itália; Université de Droit, D'Economie et Sciences Sociales de Paris II; Université Paris X Nanterre; Université de Bordeaux; Université Lyon-2 França; New York University School of Law; Escola de Direito da Southern Methodist University; The University of Texas, em Austin; California State University em Northridge EUA; Universidade Nacional de La Plata Argentina; Universidade de Havana Cuba; Universidade de Barcelona; Universidade Complutense de Madri Espanha; Universidade da Nicarágua; Universidade Técnica de Lisboa; Universidade de Coimbra Portugal; Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto Angola; Escola de Direito da Guiné-Bissau - África; Universidade de Lagos - Nigéria; Universidade de Keio; Universidade de Hankuk - Japão; bem como convênios nacionais, com universidades e órgãos governamentais.

A modernização da Faculdade de Direito, nestes últimos anos, objetivou principalmente o ensino, onde várias inovações foram realizadas. Assim, por exemplo, a celebração de convênios de estágio para alunos, em escritórios particulares e entidades públicas. Esses estágios são considerados importantes, pois permitem dar ao aluno o conhecimento da prática e uma visão real da profissão, colocando-o em contato com as necessidades sociais do País.

Outra inovação na área do ensino na Faculdade de Direito é o estímulo que vem sendo dado para a realização de pesquisas na área jurídica. Seguindo esta filosofia de ensino, existem na Faculdade de Direito os seguintes setores, abaixo discriminados.

11 - Serviço de Aproximação Docente e Profissional (SADP)

O SADP mantém contatos com alunos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, interessados em estágio remunerado ou em empregos. Por outro lado, mantém cadastro de várias empresas e escritórios interessados em estagiários e profissionais. Alunos e profissionais são diariamente recepcionados no SADP e, por meio de convênios, são encaminhados às empresas. O SADP é coordenado por professores da FDUSP

12 - Setor de Extensão e Pesquisas Universitárias e Bolsas

O objetivo deste Setor é despertar e incentivar vocações para as atividades da pesquisa científica no campo jurídico. Foram firmados convênios com a FAPESP - Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, para bolsas de iniciação científica destinadas à graduação, com a finalidade de desenvolver atividades de pesquisa, sob orientação e responsabilidade de pesquisador com titulação mínima de doutor. Com o CNPq Conselho Nacional de Pesquisa e CAPES Coordenadoria de Aperfeiçoamento de Pesquisa e Ensino foram firmados convênios para a área de pós-graduação.

O Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da FDUSP mantém convênio com a CAPES para bolsistas, com o objetivo de formar pesquisadores do Curso de Graduação na área de Direito.

13 Serviços de Informática

A Seção de Informática, vinculada ao Serviço Técnico de Imprensa, foi criada com o intuito de dar suporte técnico e de desenvolver a área de informática da Faculdade de Direito, bem como para promover cursos de informática na área de ciências humanas. A Faculdade de Direito conta hoje com dois cursos regulares, ministrados por professores do Instituto de Matemática e Estatística, sendo um deles curricular e optativo, oferecido aos calouros, e outro extra-curricular, oferecido a alunos do 2º ao 5º ano do Curso de Graduação e a alunos do Curso de Pós-Graduação.

Para ministrar esses cursos, a referida Seção conta com uma sala, contendo vinte microcomputadores ligados em rede e duas impressoras. Esta sala é

mantida pela Pró-Reitoria de Graduação por meio do Programa denominado Sala Pró-Aluno e conta com o apoio técnico do Centro de Computação Eletrônica da USP e também da Seção de Informática da Faculdade de Direito. Fora do horário de aulas, essa sala é para uso diário dos alunos de Graduação e de Pós-Graduação.

Além desta, a Seção mantém uma sala de Coordenação; esta sala tem como objetivo atender a professores, funcionários, alunos de Graduação e de Pós-Graduação, para esclarecimento de dúvidas, apoio científico e didático, sendo que a medida do possível elabora apostilas dos principais softwares utilizados por seus alunos, como, por exemplo, o editor de textos Word 97.

A Seção cuida também das Redes administrativas (Rede Astir) e científicas (Rede USP) desta Unidade, atualmente com a modernização dos Computadores de Grande Porte da USP, e de projetos elaborados pela Universidade de São Paulo. Está sendo implementado a *USPnet* na Unidade, que será responsável por todo processamento científico e administrativo de todas as Unidades da USP, em substituição das atuais Redes USP e Astir.

Pela *USPnet* será possível, praticamente a todos os computadores instalados na Unidade, o acesso à Rede Mundial Internet, além da troca de mensagens e de arquivos, por todos os departamentos e seções da Faculdade.

Cabe ressaltar que as referidas Salas estão localizadas no Prédio Anexo da Faculdade de Direito, no 1º pavimento intermediário, e a Seção integra o quadro da área do Serviço Técnico de Imprensa e Propaganda, composta por várias seções e setores, sendo expressiva a Seção de Edição da Revista e Outros Periódicos, na qual se publica a *Revista da Faculdade de Direito*, desde 1893, boletins, relatórios, etc.

14 - Serviços à Comunidade

Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto

Este órgão estudantil, por meio de convênio com o Departamento de Direito Processual da FDUSP, presta serviços de assistência judiciária gratuita aos necessitados, sob a orientação dos professores desse Departamento. Endereço: Praça da Sé, n. 62, 17º andar.

15 Organizações Estudantis

Durante toda a vida da Faculdade de Direito, desde 1828, os estudantes sempre mantiveram uma intensa atividade associativa, voltada a atividades políticas, artísticas, esportivas etc.

Entre as associações atualmente existentes, estão o Centro Acadêmico XI de Agosto, fundado em 1903, o Coral Acadêmico XI de Agosto, a Academia de Letras dos Alunos da Faculdade de Direito e a Associação Atlética XI de Agosto.

**RELATÓRIO DAS ATIVIDADES REALIZADAS NAS "COMEMORAÇÕES
DOS 170 ANOS DE FUNDAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL -
(1827-1997) E DO SESQUICENTENÁRIO DE CASTRO ALVES".**

Realização:

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Centro Acadêmico XI de Agosto

Apoio:

Ministério da Cultura
Pró-Reitoria de Cultura e Extensão Universitária USP

"Alternativas ao Neoliberalismo"

Roberto Freire - Senador pelo PPS/PE

Data: 08.08.1997 (11h00)

Local: Sala dos Estudantes

Júri Simulado - Caso José Rainha Júnior

Data: 08.08.1997 (15h00 às 22h00)

Local: Salão Nobre

Assinatura de Convênio entre Departamento Jurídico, C.A. XI de Agosto,
Faculdade de Direito e Pró-Reitoria de Cultura e Extensão Universitária da
Universidade de São Paulo.

Data: 11.08.1997 (9h00)

Local: Gabinete do Diretor

Cerimônia de Abertura:

Hino Nacional com a Banda da Polícia Militar.

- Presenças do Ministro da Cultura, Francisco Corrêa Weffort, do Secretário de Apoio à Cultura, José Álvaro Moises, do Reitor da Universidade de São Paulo, Flávio Fava de Moraes, do Pró-Reitor de Cultura e Extensão da Universidade de São Paulo, Jacques Marcovitch, do Diretor da Faculdade de Direito da

Universidade de São Paulo, Álvaro Villaça Azevedo e do Presidente do C.A. XI de Agosto, Denis Fernando Mizne.

Data: 11.08.1997 (10h00)

Local: Salão Nobre

"Castro Alves em São Paulo e na sua Faculdade de Direito"

(Comemorações do Sesquicentenário de Castro Alves)

Professor Rubens Limongi França (São Paulo)

Data: 11.08.1997

Ato pelo Desarmamento e Contra a Violência, promovido pelo C.A. XI de Agosto, em parceria com a OAB/SP, UNE, UEE, Comissão de Justiça e Paz, e outras entidades, com o apoio da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Data: 11.08.1997 (11h00)

Inauguração das placas do ex-presidente da República, Jânio da Silva Quadros, e do Eminentíssimo Político Ulysses Guimarães.

Data: 11.08.1997 (13h00)

Local: Pátio das Arcadas

Coquetel de Abertura da *"II Semana de Arte nas Arcadas"* (com o apoio da ECA/USP), com destaque a Domenico Calabroni e Aldemir Martins.

Data: 11.08.1997 (17h00)

Apresentação do Grupo XI de Agosto (Coralusp);

Declamação do ator e ex-aluno da Faculdade de Direito, Paulo Autran, recitando poesias de Castro Alves (Comemorações do Sesquicentenário de Castro Alves). (não-compareceu).

"Democracia Representativa: mitos, crises e paradigmas"

Olívio Dutra ex-prefeito de Porto Alegre;

Miguel Reale Jr. - professor da FDUSP

Data: 12.08.1997 (10h00)

Local: Sala dos Estudantes

Entrega do Prêmio XI de Agosto conferido pelo C.A. XI de Agosto ao Professor Emérito Goffredo da Silva Telles Júnior.

Apresentação dos Jograis da Academia Associação dos Ex-Alunos da Faculdade de Direito - Homenagem de José Carlos Dias.

Apresentação da Orquestra Jazz Sinfônica do Estado de São Paulo, da Secretaria de Estado de Cultura do Município de São Paulo.

Data: 12.08.1997 (12h00)

Local: Pátio das Arcadas

"Instrumentos de Democracia Participativa"

- Luiza Erundina ex-prefeita de São Paulo

- Antonio Pallocci presidente estadual do PT

- Maria Inês Bierrenbach presidente do CONDEPE

Data: 12.08.1997 (19h00)

"Comemorações do Sesquicentenário de Castro Alves"

Data: 12.08.1997

Local: Auditório do Prédio Anexo

"As Imagens Cóslicas na Poesia de Castro Alves"

Professor Cesar Leal (Recife)

Data: 12.08.1997 (19h00)

Local: Auditório Prédio Anexo

"Castro Alves e sua Poesia Social"

Professor Edivaldo Boaventura (Salvador)

Data: 12.08.1997 (20h00)

Local: Auditório Prédio Anexo

"O fenômeno da política não-governamental e suas relações com o Estado"

Belisário dos Santos Jr. secretário Estadual de Justiça e Defesa da Cidadania

- Roberto Romano professor da UNICAMP

Data: 13.08.1997 (19h00)

"Castro Alves e a Negritude"

Professor Antonio Junqueira de Azevedo (São Paulo)

Data: 13.08.1997 (10h00)

Local: Auditório do Prédio Anexo

Final do Concurso de Declamação de Poesias de Castro Alves.

Vencedora: Juliana Battistella (aluna do 5º ano).

Data: 13.08.1997

Encerramento da Semana do XI

Data: 15.08.1997 (11h00)

Local: Salão Nobre

"Separação de Poderes e Consolidação da Democracia no Brasil"

Ministro José Celso de Mello Filho, Presidente do Supremo Tribunal Federal

Iris Rezende Ministro da Justiça

- Michel Temer - presidente da Câmara dos Deputados

Local: Sala dos Estudantes

"Meus Tempos de Faculdade"

- Aloísio Nunes Ferreira Filho presidente do C.A. XI em 1967 e Deputado Federal pelo PMDB/SP

Marcos Mendonça secretário Estadual da Cultura

Almino Affonso Orador do XI em 1952 e Deputado Federal pelo PSDB/SP

Data: 18.08.1997

Local: Sala dos Estudantes

"Meus Tempos de Faculdade"

Fábio Feldman vice-presidente do C.A. XI em 1979 e secretário Estadual do Meio Ambiente.

Data: 19.08.1997

Local: Sala dos Estudantes

Solenidade de entrega pública do IV Volume da edição "*fac símile*" das Actas das Sessões da Congregação da Academia de Direito do Largo São Francisco, entre os anos de 1897 e 1906.

Data: 10.12.1997

Local: Sala da Congregação

A SEPARAÇÃO DE PODERES E A CONSOLIDAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA NO BRASIL*

Celso de Mello

Ministro, Presidente do Supremo Tribunal Federal

Mais do que o exercício ritual de uma celebração, esta solenidade, tão-impregnada de expressivo significado histórico, representa um momento importante de confirmação de nossa fé em valores que jamais poderão ser desrespeitados ou esquecidos pelas inúmeras gerações, que, sucedendo-se no tempo, formam um elo contínuo capaz de construir, pela permanente renovação da esperança, o sonho alimentado pelos ideais de Justiça que pulsam, intensamente, no espírito daqueles que ainda conservam viva, em seus corações, a chama ardente dos anos de juventude acadêmica.

A Academia de Direito de São Paulo, em seu itinerário histórico, forjou-se como instrumento de concretização de nossa independência cultural e elemento de consolidação de nosso projeto político como Estado nacional soberano.

O espírito da Academia, que nos envolve a todos, confere-nos uma identidade comum, confirmada, a cada momento, pelos desafios, pelas crises, pelos dilemas e pelos anseios de gerações de estudantes, que, com dignidade e notável percepção das exigências éticas impostas pela consciência democrática, foram sempre capazes de opor-se, em instantes cruciais da vida política nacional, a estruturas autoritárias que buscavam monopolizar, com absoluta arrogância e avidez de poder, o controle do Estado e o domínio institucional da sociedade civil.

Os sonhos generosos, que tanto inspiraram os estudantes da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em sua longa existência histórica iniciada em 11 de agosto de 1827, nada mais refletem senão a plenitude do espírito acadêmico, capaz de estimular, em cada um de nós, um insuprimível senso de responsabilidade cívica, animado por este poderoso sentimento interior de liberdade que nos impulsionou, sem desânimo, no esforço ingente de repudiar o progressivo aumento

* Palestra proferida em solenidade de encerramento das comemorações dos 170 anos de sua existência, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 15.08.1997.

do coeficiente de tutela que vocações totalitárias impuseram ao povo deste País ao longo de nosso processo histórico.

Não há dúvida de que estas Arcadas que nasceram sob o signo da liberdade - representam, na experiência concreta de sua trajetória institucional, o testemunho fiel do compromisso histórico de seus Alunos e Professores com a causa da democracia.

O legado da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, transmitido, continuamente, de geração a geração, a todos os que transpuseram os seus umbrais, é imenso e é indestrutível, pois marcou-nos com lição que ainda pulsa em nossos corações, ensinando-nos que o respeito à ordem constitucional, legitima a repulsa ao arbítrio e a proteção das liberdades qualificam-se como fins superiores que devem inspirar a conduta daqueles que pretendem construir, edificar e consolidar, no Brasil, o Estado democrático de Direito.

Dentro desse contexto, é preciso enfatizar que o Supremo Tribunal Federal e esta Academia sempre mantiveram íntima vinculação, revelada por fortes laços que unem, historicamente, aquele órgão de cúpula da Justiça brasileira à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que, ao longo do período republicano, foi responsável pela formação acadêmica de mais de 1/3 dos magistrados que compuseram a Corte Suprema do Brasil.

Cabe mencionar, por oportuno, que, na instalação do Supremo Tribunal Federal, ocorrida a 28 de fevereiro de 1891, na cidade do Rio de Janeiro, seis (6) de seus primeiros quinze (15) Juízes procediam da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: João Evangelista Negreiros Saião Lobato, Visconde de Sabará (1836); Ovídio Fernandes Trigo de Loureiro (1848); Olegário Herculano D'Aquino e Castro (1848); Tristão de Alencar Araripe (1845); João José de Andrade Pinto (1846); Joaquim Francisco de Faria (1850) e Joaquim de Toledo Piza e Almeida (1866).

Grandes vultos do Supremo Tribunal Federal, magistrados eminentes da Suprema Corte brasileira, passaram pelos bancos acadêmicos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, aqui graduando-se e aqui obtendo sólida formação jurídica. Outros, embora não houvessem cursado esta Academia de Direito, nela vieram a lecionar, tornando-se Mestres de inúmeras gerações estudantis.

Eis alguns desses nomes, que tanto dignificaram o Supremo Tribunal Federal e que muito honraram a Faculdade de Direito do Largo do São Francisco:

- Américo Brasiliense de Almeida e Melo (aluno e professor)
- João Mendes de Almeida Júnior (aluno e professor)
- Pedro Lessa (aluno e professor)
 - Herculano de Freitas (aluno e professor)
 - Joaquim de Toledo Piza e Almeida (aluno e professor)
 - Alfredo Buzaid (aluno e professor)
 - José Linhares (aluno)
 - Canuto José Saraiva (aluno)
- Edmundo Muniz Barreto (aluno)
- Enéas Galvão (aluno), que, ao lado de Pedro Lessa, foi o grande formulador, como Juiz de nossa Suprema Corte, da doutrina brasileira do *habeas corpus*

Edmundo Lins (aluno)

Mário Guimarães (aluno)

Cândido Mota Filho (aluno e professor), também membro da Academia Brasileira de Letras (ABL)

João Luiz Alves (aluno), que também pertenceu à ABL

José Geraldo Rodrigues de Alckmin (aluno)

Firmino Whitaker (aluno)

- Rodrigo Otávio (aluno), um dos fundadores, em 1897, da ABL
- Carvalho Mourão (aluno)
- Plínio Casado (aluno), que colocou grau perante o Barão de Ramalho, grande Diretor da Faculdade de Direito de São Paulo

- Laudo de Camargo (aluno)

- Manoel da Costa Manso (aluno)

Ataulfo de Paiva (aluno), também membro da ABL

Américo Lobo (aluno)

Ubaldo do Amaral (aluno)

Pedro Chaves (aluno)

Hermes Lima (professor)

Raphael de Barros Monteiro (aluno)

Moacyr do Amaral Santos (aluno e professor)

José Carlos Moreira Alves (professor)

- Sydney Sanches (aluno).

As sucessivas gerações acadêmicas que passaram pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, inspiradas pela superioridade ético-política da ordem democrática e impulsionadas pela busca incessante das liberdades, sempre tiveram nítida consciência e clara percepção de que o respeito aos limites impostos pela Constituição atua como decisivo fator de equilíbrio das relações institucionais entre os Poderes do Estado.

Sabemos todos que a atividade inconstitucional do Poder Público projeta-se, anomalmente, como elemento de ruptura da harmonia que deve necessariamente pautar as ações desenvolvidas pelos Poderes da República.

O princípio da separação de poderes, além de qualificar-se como núcleo temático irreformável do ordenamento constitucional positivo brasileiro, reflete, na concreção do seu alcance, um significativo dogma de preservação do equilíbrio de nosso sistema político e de intangibilidade do modelo normativo das liberdades públicas, impedindo - a partir da estrita subordinação estatal aos limites impostos ao âmbito de atuação dos poderes constituídos - que o regime democrático venha a ser conspurcado pelo exercício ilegítimo das prerrogativas estatais.

Torna-se necessário enfatizar e enfatizar com veemência, sempre - que o coeficiente de liberdade dos Povos expõe-se a sensível e perigosa redução, quando os Poderes do Estado, ao usurparem atribuições institucionais que lhes não são próprias, transgridem o postulado da separação constitucional, dando indevida expansão às suas prerrogativas políticas e jurídicas, e, com esse comportamento revestido de ilicitude constitucional, vêm a desrespeitar a Constituição e a lesar, de maneira inaceitável, as liberdades civis e as franquias democráticas.

Processos de contínua usurpação de poderes e de competências constitucionais culminam por gerar, no âmbito da comunidade estatal, situações instauradoras de desrespeito sistemático do Poder Público ao regime essencial das liberdades públicas.

É preciso advertir, neste ponto, que as liberdades da pessoa, muitas vezes, expõem-se a um processo de quase imperceptível erosão, destruindo-se, lenta e progressivamente, pela ação usurpadora e insidiosa dos poderes estatais, que nem sempre agem, de maneira ostensiva, na busca autoritária de maior domínio sobre os direitos e garantias do cidadão.

Quando os Cursos Jurídicos foram instituídos em São Paulo e Olinda pela Lei de 11.08.1827, vigorava, já há quase três anos e meio, a Carta Política do Império do Brasil, cujo art. 9º refletindo o verdadeiro significado finalístico que

ainda hoje anima e orienta o princípio da divisão funcional do poder, proclamava que *"a divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece"*

José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente, paulista eminente, graduou-se em Direito na primeira turma da Academia de São Paulo, em 1832. Foi ele, segundo consenso geral, o grande constitucionalista do Império, responsável pelo estabelecimento das bases do direito público imperial. Ao comentar o sentido e a razão de ser do princípio da separação de poderes consagrado pela Carta Política de 1824, Pimenta Bueno (*"Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império"*, pp. 31/33, itens 26/28, 1958. Ministério da Justiça, Rio de Janeiro) deixou registrada esta lição impregnada de inquestionável atualidade:

"Quando se reflete sobre o fundo do preceito, sobre a força das expressões deste artigo constitucional, não é possível deixar de admirar a extensão de suas vistas, a alta compreensão e o vigor de sua sabedoria!

Na infância das sociedades, ou antes da sua civilização, os Poderes Políticos em vez de divididos são confundidos e concentrados em uma mesma individualidade, e conseqüentemente entregues ao impulso, e por ventura desvarios de uma só vontade, por isso mesmo que em tal caso ela é ilimitada, absoluta, competente.

Os males que daí resultam são patentes e terríveis em suas conseqüências; a sociedade em todas as suas relações pende do arbítrio.

Pelo que respeita a garantias individuais é óbvio que nem uma existe, e nem pode existir contra a vontade ou contra o abuso de uma onipotência, que por seu próprio excesso torna-se irracional; aniquila-se toda a possibilidade de limites, de equilíbrio, de fiscalização, ou contenção política. Não podendo desde então haver governo livre não pode haver também liberdades públicas nem individuais; o homem é escravo, os seus caracteres morais e intelectuais são degradados ou comprimidos. A única garantia eventual ou precária é a da virtude pessoal do governante quando bem informada.

Em relação à administração pública, a sociedade necessariamente sofre, todos os interesses se ressentem. Não prevalecem os talentos, as luzes, as virtudes em seu impulso, sim as afeições pessoais, a desteridade dos válidos. Os interesses e relações sociais de ordens diversas, que a razão demanda que sejam confiados a poderes e pessoas distintas, que pressupõe habilitações e condições especiais, são confundidos, olvidados ou sacrificados; é o patrimônio pessoal maldirigido e defraudado.

Assim essa forma viciosa exerce nociva influência sobre os homens e sobre as cousas, sobre todas as relações da inteligência e vida dos indivíduos e do Estado.

Dai se manifesta claramente a necessidade essencial da divisão do poder, necessidade que uma civilização adulta trata logo de satisfazer. Essa divisão é quem verdadeiramente distingue e classifica as diversas formas dos governos, quem estrema os que são absolutos dos que são livres, quem enfim opera a distinção real dos diferentes interesses e serviços da sociedade. Sem ela o despotismo necessariamente deverá prevalecer, pois que para o poder não abusar é preciso que o poder contenha o poder.

Entretanto, para que a divisão dos poderes ministre seus benefícios resultados, é de mister que seja real, que prevaleça não-só de direito como de fato, que seja uma realidade e não-somente nominal, que seja efetiva e não uma idealidade apenas escrita. É essencial que seja respeitada, e fielmente observada, que cada poder efetivamente se contenha em sua órbita, que reciprocamente zelem de suas atribuições, não tolerando a invasão e o despojo de sua competência constitucional. Observar praticamente a sábia disposição do art. 9º da lei fundamental é o grande desideratum, é a vida real do sistema constitucional. Quanto mais exata for essa observância, mais seguras e amplas serão as liberdades brasileiras, e mais regular e bem ordenada a administração nacional, marcharemos então para prosperidade; haverá crenças, espírito nacional e entusiasmo."

Esse magistério notável, lúcido e extremamente atual, ministrado por um dos mais extraordinários constitucionalistas do Império, aluno da primeira turma,

desta Faculdade de Direito, autoriza proclamar a asserção de que a construção da ordem democrática no Brasil ou em qualquer outro País, para ser plena, há de neutralizar os impulsos gerados no interior do próprio aparelho de Estado que incompreensivelmente estimulam a desconsideração do valor e do significado que uma ordem constitucional legítima deve representar para a consciência de homens livres e para as formações sociais organizadas de acordo com o princípio da liberdade.

Uma visão do processo político-institucional, que se recuse a compreender a supremacia da Constituição e que hesite em submeter-se à autoridade normativa de seus preceitos, notadamente daqueles que consubstanciam as cláusulas pétreas que protegem o núcleo irreformável e a essência mesma do pacto constitucional -, é censurável e é preocupante, pois torna evidente que ainda há, na intimidade do Poder, um resíduo de indisfarçável autoritarismo, despojado de qualquer coeficiente de legitimidade ético-jurídica.

Nesse contexto e com os olhos permanentemente voltados para recente período histórico, que, ao longo de 21 anos, aniquilou, em nosso País, o regime das franquias individuais e das conquistas políticas e sociais da cidadania, é preciso destacar a importância fundamental do Poder Judiciário na promoção da causa democrática e na defesa do princípio da liberdade.

Os magistrados devem obediência exclusiva à autoridade normativa que emerge da Constituição e que se funda no consenso dos governados. Os juízes têm e devem ter - na ordem constitucional legitimamente estabelecida, o parâmetro inafastável de sua atuação institucional. Os órgãos do Poder Judiciário devem constituir o instrumento vital da cidadania na defesa do Estado democrático de Direito, pautando as suas ações pelo respeito incondicional aos postulados básicos, aos valores essenciais e aos objetivos fundamentais que conferem à Constituição do Brasil o sentido verdadeiramente democrático de que ela se acha impregnada.

A magistratura, que exerce a função jurisdicional por delegação soberana do Povo, não pode permitir, sob pena de grave infidelidade à alta missão institucional que lhe foi atribuída, que se organizem, no seio do Estado, sistemas marginais de poder, vocacionados a frustrar a força normativa da Constituição e a transformação, em prática banal e inconseqüente, o gesto inaceitável de descumprimento dos princípios constitucionais que estruturam, em nosso sistema jurídico, o modelo político de Estado democrático de Direito.

O texto constitucional, por isso mesmo, não deve expor-se a manipulações exegéticas que somente visam a propiciar interpretações jurídicas destinadas a satisfazer a conveniência de determinados planos governamentais que se revelam incompatíveis com os postulados fundamentais da Carta Política. A Constituição não é mera *lex privata*. O governante não pode interpretá-la somente *pro domo sua*. Ela representa, na abrangência do seu subordinante domínio normativo, o instrumento de definição das relações institucionais entre os poderes da República, além de qualificar-se como o manto tutelar das liberdades públicas e de proteção social, política e jurídica da cidadania, em face da índole expansiva e muitas vezes arbitrária que caracteriza a atuação do poder estatal.

Interpretações facciosas da Constituição, que somente considerem, como perspectiva única do intérprete, a visão dos interesses próprios das agências governamentais, deslegitimam-se por si mesmas, em face da natureza de que se reveste o texto constitucional, vocacionado - enquanto obra de compromisso fundada no consenso emergente da comunhão nacional - a tomar efetivos, na prática concreta das instituições, os postulados do pluralismo político, da livre circulação de idéias, das liberdades públicas e da divisão funcional do Poder.

O magistrado - para legitimar-se em sua função essencial de arbitrar os conflitos, dirimindo-os em caráter definitivo - deve ser o intérprete fiel e o guardião escrupuloso dos princípios que dão à Constituição da República e ao ordenamento jurídico que com ela seja compatível - o sentido de instrumentos verdadeiramente democráticos, porque essencialmente fiéis à vontade que reflete os anseios supremos do Povo.

Recusar a supremacia da Constituição, para, sobre ela, fazer prevalecer a vontade pessoal do governante, significa romper a normalidade jurídica do Estado democrático de Direito.

Dentro desse específico contexto, cumpre registrar, com preocupação, que a experiência jurídica brasileira tem demonstrado, desde a vigência da nova Constituição, a ocorrência de uma crescente apropriação institucional, pela Presidência da República, do poder de legislar, que, por imposição dos postulados que regem o Estado democrático de Direito, pertence, exclusivamente, ao Congresso Nacional.

Essa progressiva ocupação, pelo Poder Executivo, do espaço constitucionalmente reservado à atuação da instituição parlamentar provoca graves distorções de caráter político-jurídico, pois as medidas provisórias considerada a

essência democrática do regime constitucional que prevalece no Estado brasileiro - não foram concebidas pela Assembléia Constituinte como instrumentos ordinários de substituição da atividade legislativa comum do Congresso Nacional.

É certo que as múltiplas exigências que concernem ao Estado contemporâneo impõem a adoção de mecanismos destinados a viabilizar uma produção normativa ágil e eficaz reclamada por situações extraordinárias de necessidade e de urgência.

Essas situações extraordinárias de necessidade e de urgência - muito embora legitimem, no contexto do modelo constitucional brasileiro, o exercício da atividade normativa primária pelo Executivo - não conferem ao Presidente da República, a qualquer Presidente da República, o poder de manipular a excepcional competência de editar atos com força de lei, eis que essa prerrogativa de ordem institucional, por não se qualificar como um direito fora da Constituição, supõe, para efeito de seu válido exercício, a estrita observância das normas impostas pela própria Lei Fundamental.

Cumprir não-desconhecer, neste ponto, que é o Parlamento, no regime da separação de poderes, o único órgão estatal investido de legitimidade constitucional para elaborar, democraticamente, as leis do Estado.

Mais grave do que isso, no entanto, revela-se a conduta dos que, querendo impor a vontade do Estado, pretendem negar prepotentemente ao Judiciário, fundados em interpretações abstrusas e concepções equivocadas, a possibilidade de aplicar postulados da mais elevada estatura normativa, que encontram fundamento na própria Constituição da República. Esse gravíssimo comportamento governamental nada mais significa, na dimensão em que se projeta o nosso sistema de direito positivo, do que o deliberado e censurável intuito de praticar um ilícito constitucional, com grave subversão da hierarquia jurídica.

Somente pessoas desatentas ao fato de que vivemos sob um regime constitucional de poderes limitados, que se mostram infensas a qualquer compromisso com a ordem jurídica consagrada pela Constituição - que representa, no seio das sociedades politicamente organizadas, o único parâmetro subordinante de todas as ações estatais - seriam capazes de desprezar os fundamentos em que se assenta, em toda a extensão de sua legitimidade, o Estado democrático de Direito.

A missão política do Poder Judiciário reveste-se de um significado transcendental no plano de nossas instituições republicanas.

A Constituição e as leis todos o sabemos nada mais são do que a sua própria interpretação. No poder de interpretar o ordenamento jurídico reside a magna prerrogativa judicial de estabelecer o alcance e de definir o sentido da vontade normativa proclamada pelo Estado.

Eventual interpretação desfavorável das normas jurídicas não pode ser invocada como ato ofensivo ao princípio constitucional da legalidade e, muito menos, como gesto incompatível com o postulado da separação de poderes, especialmente quando se tem em conta a necessidade de fazer prevalecer, no processo de indagação do ordenamento normativo, postulados de irrecusável hierarquia, como o são aqueles que derivam da própria Constituição da República.

Os governantes não podem pretender que deles, unicamente deles, emanem as legítimas interpretações da Constituição e das leis. Esse não é o domínio institucional de sua atuação e nem essa constitui, no plano de nossa organização jurídica, a atividade preponderante que lhes incumbe.

Interpretações regalistas da Constituição e das leis que visem a produzir exegeses servilmente ajustadas à visão e à conveniência exclusivas dos governantes e de estamentos dominantes no aparelho social representariam clara subversão da vontade inscrita no texto de nossa Lei Fundamental e ensejariam, a partir da temerária aceitação da soberania interpretativa manifestada pelos dirigentes do Estado, a deformação do sistema de discriminação de poderes fixado, de modo legítimo e incontrastável, pela Assembléia Nacional Constituinte.

Impõe-se lembrar e lembrar a todo momento que os poderes do Estado, em nosso sistema constitucional, são essencialmente definidos e precisamente limitados. *"E a Constituição foi feita"* adverte a doutrina (Hugo L. Black, *"Crença na Constituição"*, p. 39, 1970, Forense) *"para que esses limites não sejam mal interpretados ou esquecidos"*

Tenho sempre enfatizado que uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica subalterna, que possa sujeitar-se à vontade discricionária e irresponsável dos governantes, nem representa simples estrutura formal de normatividade e nem pode caracterizar ou ser interpretada como um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das Nações. A Constituição reflete um documento solene da maior importância político-jurídica, sob cujo império protegem-se as liberdades, impede-se a opressão governamental e repudia-se o abuso de poder.

Ordens autoritárias, praticadas com abuso de poder e desrespeito ao texto constitucional, podem gerar e geram com certeza - a deliquescência do regime democrático, desagregando-lhe as estruturas políticas, defraudando o seu sistema jurídico e descaracterizando-o naquilo que de mais essencial nele existe: o respeito incondicional e a submissão plena da autoridade pública ao império da Constituição.

Neste expressivo momento histórico de nossa experiência social, econômica e político-institucional, em que se processam fundadas discussões em torno dos limites que devem, necessariamente, condicionar a atividade jurídica do Estado (e do Poder Executivo em particular), torna-se imperioso reconhecer a importância da reflexão sobre o significado, para a vida das instituições e a prática das liberdades públicas, da supremacia da Constituição.

Sabemos que a necessidade de impor limitações jurídicas ao exercício do Poder estatal e a exigência de preservar, em benefício das pessoas e dos grupos sociais, o regime das liberdades públicas situam-se, historicamente, na gênese do processo de organização democrática e constitucional do Estado.

O constitucionalismo, por isso mesmo, enquanto processo e movimento, projetou-se numa dimensão político-jurídica e operou, em bases formais, a instauração de uma ordem normativa destinada a conter a própria onipotência do Estado.

O poder absoluto, exercido pelo Estado sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias. Por isso mesmo, a sujeição do poder estatal a regras jurídicas claramente definidas e formalmente preestabelecidas no instrumento constitucional revela-se consequência necessária da técnica de racionalização do poder, a qual visa, em última análise, por meio de sistemas institucionalizados de controle, a impedir, no processo governamental, o abuso de poder.

Não basta, pois, apresentar, o governante qualquer governante . para justificar o exercício autorizado do poder, títulos de legitimidade que se apoiem nos valores em nome dos quais o próprio poder é exercido (José Eduardo Faria, "*Poder e Legitimidade*" p. 114, 1978, Editora Perspectiva).

Mais do que isso, é preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação, delineados no texto constitucional, que impõem diretrizes e traçam esquemas normativos condicionadores da própria atuação governamental.

Todos os atos estatais que repugnam à Constituição expõem-se à censura jurídica, dos Tribunais, especialmente - porque são írritos, nulos, desvestidos de qualquer validade.

O exercício das funções estatais sofre os rígidos condicionamentos impostos pela ordem constitucional. O extravasamento dos limites de sua atuação põe gravemente em causa a supremacia, formal e material, da Constituição e gera situações de conflituosidade jurídico-institucional, na medida em que os atos de usurpação qualificam-se como fatores de ruptura do equilíbrio entre os Poderes do Estado.

O constituinte brasileiro, ao elaborar a Constituição que nos rege, mostrou-se atento e sensível à experiência histórica de outros Povos e fez consagrar, na Carta Política que promulgou, fiel à nossa própria tradição constitucional, um princípio cuja essencialidade é marcante no plano das relações institucionais entre os órgãos da soberania nacional.

Esse princípio - o da separação de poderes - a que é ínsito um sentido de fundamentalidade, foi proclamado, na Constituição brasileira de 1988, como um dos seus núcleos irreformáveis, insuscetível, até mesmo, de alteração por via de emenda constitucional (art. 60, § 4º III).

E indubitável que nenhum dos poderes do Estado detém o monopólio de suas próprias atribuições (funções típicas). Cada qual exerce, em caráter secundário, atipicamente, atribuições jurídicas que, no plano constitucional, são preponderantemente deferidas, em razão de sua especialização funcional, aos demais poderes estatais.

O sistema de *checks and balances*, de freios e contrapesos, possibilita, pelo exercício de controles interorgânicos recíprocos, a harmonia e a interdependência entre os poderes do Estado, com o que se preserva o regime das liberdades públicas e se mantém, no plano da sociedade política, o equilíbrio institucional entre esses mesmos poderes.

As recíprocas interferências dos poderes do Estado, uns nos outros, desde que ocorram nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, não provocam a ruptura do sistema, porque por este expressamente previstas e disciplinadas.

Essa ruptura, no entanto, ocorrerá sempre que qualquer dos Poderes exercer, com expansão desordenada, atribuições que lhe não são próprias, ou, então, impedir, por atos que refogem à ortodoxia constitucional, o normal desempenho,

pelos demais Poderes do Estado, de funções que lhes são inerentes, como a prática, em plenitude, do ofício jurisdicional por magistrados e Tribunais.

A Constituição não pode submeter-se ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste, enquanto for respeitada, constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos.

A essencialidade das liberdades públicas, enquanto expressão concreta das conquistas individuais e sociais obtidas ao longo do desenvolvimento de nosso processo histórico e político, traduz o reconhecimento de que o poder do Estado não deve ser absoluto e de que a dignidade da pessoa humana, a importância da cidadania e a necessidade da prevalência do pluralismo político e do respeito ao postulado da separação de poderes constituem valores fundantes da própria ordem democrática.

É tempo de concluir.

Antes, contudo, torna-se necessário enfatizar que nenhum dos Poderes da República situa-se acima da Constituição.

A percepção dessa realidade, além de forjar em nossos espíritos a consciência da importância insuperável do estatuto constitucional fundado em bases democráticas, permite que não ignoremos, tanto governantes quanto governados, que o justo equilíbrio político entre os Poderes do Estado decorre do convívio harmonioso que deve necessariamente pautar as suas relações institucionais.

É preciso também acentuar que o Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais, exerce, de maneira plenamente legítima, no âmbito concreto de uma comunidade verdadeiramente democrática, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República.

Impõe-se reconhecer que o exercício regular da função jurisdicional, necessariamente pautado pelo respeito à Constituição, não-transgrido o princípio da separação de poderes. Antes, esse desempenho livre e independente da atividade jurisdicional revela o elevado índice de civilização de um Povo inspirado pela idéia essencial de respeito à ordem democrática.

Não constitui demasia insistir na asserção de que a submissão incondicional de todos ao império da Constituição representa o fator essencial de preservação, aperfeiçoamento e consolidação do regime democrático, por cuja integridade devemos velar, enquanto cidadãos e, também, enquanto legisladores, magistrados ou membros do Poder Executivo.

Ao concluir o meu pronunciamento, desejo registrar, Senhor Diretor, a significativa importância da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco no processo histórico e político-jurídico brasileiro.

Por tudo o que a velha e sempre nova Academia de São Paulo, que é a minha "*alma mater*", tem representado para o Brasil, significando, para todos nós, em todos os momentos da vida política nacional, o espaço essencial da defesa das liberdades e da luta pela construção e consolidação da ordem democrática, é que compareço a esta solenidade, como ex-aluno desta Casa, honrado em pronunciar-me como Presidente do Supremo Tribunal Federal, para estender a esta magnífica Instituição e a todos os seus eminentes Professores, Alunos e membros do corpo administrativo -, ao ensejo da celebração de seu 170º aniversário de fundação, as saudações respeitadas da Suprema Corte do Brasil.

Muito obrigado.

São Paulo, 15 de agosto de 1997.

OS 170 ANOS DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL E AS ACTAS DA CONGREGAÇÃO DOS LENTES DA ACADEMIA DE DIREITO DE SÃO PAULO

Álvaro Villaça Azevedo

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

As Actas da Congregação de Lentes da Academia da Universidade de Direito de São Paulo, organizadas pelo Diretor desta Faculdade, professor dr. Álvaro Villaça Azevedo, com a colaboração do professor e pesquisador Aurélio Wander Bastos e reproduzidas pela Xerox do Brasil com a decisiva colaboração do presidente da Xerox do Brasil, dr. Carlos Salles, e do seu Diretor, Heitor Chagas, em quatro volumes, contêm alguns dos mais preciosos documentos da história da Faculdade, do ensino jurídico, da Província de São Paulo e do Brasil-Império.

O primeiro volume referente ao período de reuniões compreendido entre 1874/1885 foi lançado no Salão Nobre da Faculdade de Direito de São Paulo no dia 11 de outubro de 1996, sob a presidência do Diretor desta Faculdade, com a presença do ministro do STF Sydney Sanches, do, à época, secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, Aurélio Wander Bastos, que fez uma elucidativa exposição sobre a história e a evolução do ensino jurídico no Brasil, onde destacou o especial papel desempenhado na definição dos currículos e programas pela antiga Congregação dos Lentes. Naquela mesma ocasião, como presidente da Sessão solene da Congregação, destacou o Diretor os esforços para a realização da coletânea, assim como a sua importância para a recuperação das principais questões acadêmicas e administrativas que afetaram a implantação da Academia de Direito em São Paulo.

Nesse volume das Actas de 1874 a 1885, apresentam-se opiniões de brasileiros ilustres como Vicente Pires da Mota, tradicional Diretor por muitos e consecutivos anos da Academia de São Paulo, Martin Francisco Ribeiro de Andrade, José Bonifácio Ribeiro de Andrade e Silva, Antonio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva, nomes ilustres vinculados à formação do estado nacional brasileiro como José Maria de Sá e Benevides, protagonista de uma contenda pública com Rui Barbosa, patrono dos advogados, sobre o ensino do Direito Romano, sua conveniência e necessidade acadêmica. Da mesma forma, neste volume, encontra-se o material referente a concurso de lentes, horário de aulas, programas de disciplinas

e todos os temas que permeiam o cotidiano da vida acadêmica, inclusive sobre a frequência permitida e simultânea à Academia de São Paulo e à Academia de Recife (transferida de Olinda em 1854), realidade acadêmica do importante fenômeno político-institucional do Império: a circulação das elites.

O segundo volume das Actas, referente às anotações das reuniões realizadas entre os anos de 1885 a 1897, foi divulgado publicamente em maio deste ano, no Saguão Negro do Ministério da Justiça, em solenidade presidida pelo então ministro da Justiça, Nelson Jobim, e com as presenças do Diretor desta Faculdade, do vice-presidente da República, Marco Maciel, e dos presidentes do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, e do Superior Tribunal de Justiça, Romildo Bueno de Souza.

Nessa ocasião, usando da palavra o vice-presidente da República, Marco Maciel, ressaltou a importância da Academia de Direito de Olinda, também fundada em 1827, instalada em 15 de maio de 1828 no Mosteiro de São Bento, onde se destacaram lentes e professores da maior envergadura e importância para a Província de Pernambuco. Depois de ressaltar a importância da pesquisa realizada pelo professor Aurélio Wander Bastos, destacou o significado histórico de antigos diretores da Academia de Olinda, especialmente o seu Diretor-fundador Pedro de Araújo Lima, depois Marquês de Olinda, que tomou posse em 1º de março de 1828 e teve como seu Diretor-substituto Lourenço José Ribeiro. Lembrou também o vice-presidente da República os laços de associação entre a Academia de São Paulo e a Academia de Olinda, muito especialmente relevando o papel do Diretor Antonio Peregrino Maciel Monteiro, Barão de Itamaracá, que tomou posse em 1839 sem que se esquecesse do período de interinidade (1839/40) do Bispo Tomás Noronha e da longa gestão do Frade Miguel do Sacramento Lopes Gama (1835/47), além do seu sucessor, Bernardo José da Gama (que tomou posse em 1850), Visconde de Goiana.

Lembrou, ainda, que também tiveram significativa importância para a consolidação do ensino jurídico no Brasil os professores da Academia Co-Irmã da Academia de São Paulo, Leôncio Ribeiro (vice-diretor), Lourenço José Ribeiro (professor de Direito Constitucional), Manuel José da Silva Porto (professor de Direito Eclesiástico), José de Moura Magalhães (professor de Direito Constitucional), Pedro Autran da Mata e Albuquerque e Zacarias de Góes e Vasconcellos, João Lins Cansanção do Sinimbu e José Tomás Nabuco de Araújo.

Em seguida, na mesma sessão realizada no Ministério da Justiça, usando da palavra o ministro Nelson Jobim demonstrou a importância dos Cursos

Jurídicos, muito especialmente da Faculdade de Direito de São Paulo, no processo de formação e desenvolvimento do pensamento jurídico brasileiro, assim como na consolidação das instituições jurídicas nacionais. O pronunciamento do Diretor desta Faculdade, no encerramento da solenidade, destacou o conferido genérico dos atos e muito especialmente as anotações sobre o ensino de Direito Romano, cujo berço de fortalecimento estava na Academia de Direito de São Paulo.

Nesse volume referente aos anos de 1885/97, inúmeras são as opiniões dos professores sobre as questões da crise imperial que já se aproximava: o problema da Guerra do Paraguai, o problema da escravatura, questão republicana e até questões referentes à monarquia federativa e as sucessivas leis de ensino. Dentre os professores desse período (os últimos anos do Império), destacam-se: Brasília Machado, Américo Brasiliense, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, João Mendes de Almeida Jr., Pedro Lessa, autor da clássica obra sobre *O Poder Judiciário no Brasil*, André Fleuri que por muitos anos foi Diretor da Academia, Carlos Leôncio de Carvalho, autor da mais polêmica Lei de Ensino da História Educacional Brasileira: *A Lei do Ensino Livre*, que permitiu a abertura de novas escolas de Direito alternativo às duas de São Paulo e Recife (para onde em 1854 se transferiu a Academia de Olinda), inclusive, a Faculdade Livre de Direito e a Faculdade Livre de Ciências Jurídicas no Rio de Janeiro. Nesse volume estão também as proposições do Barão de Ramalho, primeiro Diretor republicano, e antigo lente imperial, como que demonstrando os vínculos de continuidade de ensino, apesar da ruptura institucional profunda.

O terceiro volume das Actas, referente ao período de 1897 a 1906, foi lançado no Plenário do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no dia 19 de agosto de 1997, em solenidade presidida pelo seu presidente Ernani Uchoa Lima, quando estiveram presentes, além do Diretor desta Faculdade, expressivas autoridades da República dentre elas: o presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, o ministro da Justiça, Íris Resende, o ministro do STF, Sepúlveda Pertence, o presidente do Tribunal de Contas da União, Marcos Vileça e o convidado especial, organizador da obra, Aurélio Wander Bastos.

No seu pronunciamento inaugural, o presidente do Conselho Federal da OAB, Ernani Uchoa Lima, observou que "*Estas Atas, trazidas a público no ano em que comemoramos os 170 anos de criação dos Cursos Jurídicos no Brasil e o Dia dos Advogados são a demonstração lídima dos compromissos dos nossos advogados brasileiros com a sobrevivência das instituições políticas tradicionais e com o seu engajamento na história brasileira presente. Os advogados brasileiros*

estão, e sempre estiveram, engajados e empenhados no processo de mudanças políticas e institucionais, resguardando os ideais de justiça e liberdade, respeitando as nossas tradições democráticas: tradições que sempre foram um paradigma de nossos Cursos Jurídicos e nosso Poder Judiciário(...)"

Nessas Actas, podem identificar-se os principais atos praticados pela Congregação dos Lentes da Academia de São Paulo, mas, muito especialmente, permitem identificar não apenas a trajetória e o posicionamento intelectual de importantes personalidades políticas da História imperial, mas também as opiniões de nossos antigos lentes de Direito sobre as questões centrais da vida política, institucional e acadêmica. Não há como desconhecer que esses documentos são uma verdadeira preciosidade para a História brasileira, e para os Cursos Jurídicos no Brasil.

Finalmente, a solenidade final, realizada na Sala da Congregação da Faculdade, em Sessão presidida por seu Diretor, com a presença ilustre dos senhores professores e do professor Aurélio Wander Bastos, que permitiu transformar esses eventos nos mais importantes atos comemorativos dos 170 anos dos Cursos Jurídicos no Brasil, o lançamento do primeiro conjunto da coletânea de Actas, referente ao período de 1837 a 1855, sensivelmente danificadas pela ação do tempo e pelo incêndio que afetou os arquivos da Faculdade no dia 16 de fevereiro de 1880 e que destruiu os volumes antecedentes, mas que ainda permitem identificar a participação do nosso primeiro Diretor da Academia de São Paulo, Marechal Rendon.

Esse período de reuniões basicamente esteve concentrado na discussão do regulamento da Escola e de seu regime de funcionamento, bem como na elaboração horária. A ação do próprio tempo, assim como as modelações taquigráficas das anotações exigirão um tempo mais longo para melhor identificação desse material, mas com certeza permitem afirmar que aqui, nessas Actas, estão preciosas opiniões sobre algumas das mais importantes instituições jurídicas e políticas brasileiras. Não há como desconhecer que muitas das instituições brasileiras os nossos modelos de ensinar são aprender . nasceram aqui e dessa referência histórica continua como fundamento a história do ensino jurídico no Brasil.

Destaque-se que grande parte das informações históricas, aqui prestadas, fundamentou-se na pesquisa do professor Aurélio Wander Bastos.

ACTAS DA CONGREGAÇÃO DOS LENTES DA ACADEMIA DE DIREITO DE SÃO PAULO

Álvaro Villaça Azevedo

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Actas

A idéia da criação dos cursos jurídicos no Brasil foi em 1822, com a Independência do Brasil, uma vez que até então os brasileiros iam estudar Direito em Coimbra, Portugal. Em 1827, por meio do Decreto Imperial de 11 de agosto, dois cursos jurídicos foram criados; um em São Paulo, outro em Olinda.

A nossa Academia foi inaugurada em 1º de março de 1828, no Convento de São Francisco. O prédio antigo foi, por sua vez, demolido em 1930. E, em 1934, novo prédio foi inaugurado, incorporando-se à Universidade de São Paulo, pelo decreto federal de 10 de agosto. Cumpre salientar que, desde sua criação, a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo pertenceu ao governo central, monárquico e, depois, republicano.

No atual Governo, pelo então ministro da Justiça, Nelson Jobim, firmou-se um convênio com a Faculdade de Direito, em 09 de agosto de 1996, para que fossem editadas as *Actas* de sua Congregação, do período imperial, por meio de quatro volumes, concretizando a idéia do pesquisador, doutor Aurélio Wander Bastos.

Esse sonho tornou-se realidade com a publicação dessa obra pela Xerox do Brasil (edição fac-similar), sob a coordenação do doutor Heitor Chagas.

As *Actas* contêm discussões dos mestres das Arcadas, não-só de caráter político, mas jurídico; como contêm verdadeiras programações de ensino jurídico que foram *fonte da educação nacional* na área do Direito, como paradigmas, por meio de seus programas seguidos pelas instituições superiores de ensino.

Tradição

Passaram pelos bancos das Arcadas eminentes personalidades: presidentes da República, governadores, poetas, estadistas, juristas, parlamentares, literatos, oradores, diplomatas, jornalistas e empresários. Além disso, nossas Arcadas sentiram as vibrações patrióticas na Revolução Constitucionalista de 1932, tendo sido sempre um centro de resistência democrática aos regimes ditatoriais. As Arcadas participaram de movimentos nacionais notáveis, dos quais resultou a *Carta aos Brasileiros*, de 08 de agosto de 1977, de autoria do emérito professor doutor Goffredo da Silva Telles Júnior, trazendo ao País a volta ao Estado de Direito.

Em 11 de agosto de 1996, inauguramos o período de Comemoração dos 170 Anos da Academia das Arcadas, que *culminou* no dia 11 de agosto do ano de 1997. Foram semanas de comemorações, inclusive de 150 anos do inesquecível poeta Castro Alves.

O primeiro ato dessas comemorações foi marcado pela solenidade de entrega do primeiro volume das *Actas*. Uma homenagem à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo pelo Ministério da Justiça, representado por seu então ministro Nelson Jobim, que assinou convênio com nossa Academia, para a edição das *Actas* de sua Congregação, no período imperial.

Edição das *Actas*

Foram reproduzidos, em edição fac-similar, 25 exemplares históricos destinados: ao presidente da República, Fernando Henrique Cardoso; ao vice-presidente da República, Marco Antonio Maciel; ao presidente da Comissão de Relações Exteriores do Senado Federal, José Sarney; ao ministro da Justiça, Nelson Jobim; ao presidente do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence; ao presidente do Superior Tribunal de Justiça, Romildo Bueno de Souza; ao ministro da Educação e do Desporto, Paulo Renato de Souza; ao procurador-geral da República, Geraldo Brindeiro; ao presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Ernando Uchôa Lima; ao ex-presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, hoje senador Bernardo Cabral; ao presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer; ao presidente da Xerox do Brasil, Carlos Augusto Salles; ao governador do Estado de São Paulo, Mário Covas; ao presidente da Assembléia

Legislativa, Paulo Kobayashi; ao ex-prefeito do Município de São Paulo, Paulo Salim Maluf; ao prefeito do Município de São Paulo, Celso Pitta do Nascimento; ao presidente do Tribunal Regional Federal 3ª Região, Jorge Tadeu Flaquer Scartezini; ao Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Álvaro Villaça Azevedo; ao presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Youssef Said Cahali; ao Reitor da Universidade de São Paulo, Jacques Marcovitch; ao ex-reitor da Universidade de São Paulo, Flávio Fava de Moraes; ao presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Guido Antonio Andrade; ao procurador-geral de Justiça de São Paulo, Luís Antonio Guimarães Marrey; ao Centro Acadêmico XI de Agosto da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; ao Serviço de Biblioteca e Documentação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Lançamento dos volumes das Actas

O *primeiro volume* foi lançado na sala da Congregação da Faculdade de Direito, com a presença do Magnífico Reitor, professor Flávio Fava de Moraes, do senhor ministro do Supremo Tribunal Federal, Sydney Sanches, do senhor doutor Heitor Chagas, diretor da Xerox do Brasil, dos senhores doutores professor Aurélio Wander Chaves Bastos e Cláudio Salvador Lembo.

O *segundo volume* foi apresentado e lançado na biblioteca do Ministério da Justiça, em Brasília, com a presença do vice-presidente da República, Marco Maciel, do ministro da Justiça, Nelson Jobim, do presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Sepúlveda Pertence, do presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro Romildo de Souza, e do doutor Heitor Chagas, da Xerox do Brasil.

O *terceiro volume* foi apresentado no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em Brasília, onde nasceu a idéia de melhorar os cursos jurídicos brasileiros pelo seu então presidente, e hoje senador da República, Bernardo Cabral. Estavam presentes, nessa oportunidade, o presidente do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, Ernando Uchôa Lima, o presidente da Câmara dos Deputados, o deputado Michel Temer, e o ministro da Justiça, Iris Resende.

O *quarto volume* das *Actas* foi lançado na sala da Congregação de nossa Faculdade de Direito, sempre com o apoio que nos foi dado pelo Ministério da Justiça e pela Xerox do Brasil, que, com seus equipamentos fantásticos, tornou possível realizar o sonho tão-almejado, por nós, que respeitamos nossa velha, mas sempre nova, entusiasta, idealista e corajosa Academia.

APRESENTAÇÃO

A divulgação das *Actas da Congregação dos Lentes da Academia de Direito de São Paulo*, instalada após criação, pela Lei de 11 de agosto de 1827, de "dous cursos de Sciencias Jurídicas e Sociaes, um na cidade de São Paulo e outro na de Olinda", é um significativo ato para a recuperação da história e dos destinos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e das elites intelectuais, políticas e administrativas do Estado de São Paulo e do Brasil.

O professor e pesquisador, dr. Aurélio Wander Chaves Bastos, em pesquisa desenvolvida nos arquivos da Faculdade, identificou e reconheceu, nesses documentos, fonte importante para o ensino, e para a pesquisa jurídica e histórica no Brasil. Em decorrência desse labor, nasceu a idéia de compilação dos textos documentais e de sua divulgação "fac-símile" como especial forma de facilitar a consulta e resguardar os originais, assim como de levar ao conhecimento das autoridades públicas e acadêmicas o seu relevante conteúdo.

Analisando a correspondência, entendemos que esses originais das *Actas*, entre os anos de 1837 e 1889, mereciam não apenas uma edição restrita, mas, também, uma edição gráfica, como obra comemorativa do início das festividades dos 170 anos da criação dos Cursos Jurídicos no Brasil.

Este trabalho de impressão "fac-símile" em quatro volumes, tornou-se possível com o efetivo apoio da Xerox do Brasil, especialmente de seu presidente, dr. Carlos Salles, e de seu diretor, dr. Heitor Chagas, que reconheceram a importância dos documentos para o ensino jurídico e para a História de São Paulo e do Brasil, com utilização de apurada e moderna tecnologia.

Por meio desta edição "fac-símile" poderão ser conhecidos os principais atos praticados pela Congregação dos Lentes da Academia (hoje Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) e pelos seus diretores históricos, bem como todos os atos acadêmicos que influenciaram o ensino jurídico, a participação de seus professores em questões políticas e acadêmicas imperiais e os seus programas e currículos à época.

Os originais das *Actas* tiveram o privilégio de serem editados pelo Departamento de Imprensa Nacional por solicitação do ministro da Justiça, Nelson Jobim, como especial forma de ampliar seu acesso aos estudantes, professores e pesquisadores brasileiros, e a profissionais do Direito.

Esta edição constitui-se em verdadeira relíquia a ser integrada aos documentos fundamentais que hão de revelar a história do ensino do Direito no Brasil.

Finalmente, temos absoluta convicção de que a edição "fac-símile" destas *Actas*, e sua subsequente publicação, confirmará a importância dos estudos jurídicos no Brasil e sua influência e significado para a formação da nacionalidade brasileira.

Álvaro Villaça Azevedo

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

TERMO DE CONVÊNIO QUE ENTRE SI CELEBRAM A UNIÃO FEDERAL, POR INTERMÉDIO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, COM A INTERVENIÊNCIA DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, E A UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, COM A INTERVENIÊNCIA DA FACULDADE DE DIREITO, PARA OS FINS QUE ESPECIFICA.

CLÁUSULA PRIMEIRA DO OBJETO

O presente Convênio tem por objeto a preparação técnica e posterior publicação da coletânea histórica dos manuscritos das "ACTAS DA CONGREGAÇÃO DA ACADEMIA DE DIREITO DE SÃO PAULO" produzidas no período de 1837 a 1889.

CLÁUSULA SEGUNDA DAS OBRIGAÇÕES

I DO MINISTÉRIO

- a) preparação técnica e publicação das *Actas*;
- b) destinar recursos financeiros necessários à publicação das *Actas*;
- d) promover esforços destinados ao estudo analítico da coletânea, coordenadamente com a Faculdade de Direito de São Paulo.

II. DA FACULDADE

- a) ceder os originais manuscritos das Actas da Congregação da Academia de Direito de São Paulo, produzidas entre os anos de 1837 a 1889, na forma "fac-símile";
- b) entregar os originais em "fac-símile" na data da assinatura deste Convênio.

SUBCLÁUSULA ÚNICA

Os recursos humanos, materiais e financeiros destinados à preparação técnica e à publicação ficarão a cargo da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

CLÁUSULA TERCEIRA - DOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS

Os recursos orçamentários necessários à consecução do Objeto do presente Convênio correrá à conta do Projeto Código 03009.0042.3416.0001, natureza da Despesa 3490.39 - Serviço de Terceiras Pessoas Jurídicas.

CLÁUSULA QUARTA DA EDIÇÃO

A publicação das Actas será realizada pela Imprensa Nacional, observado o disposto na Lei n. 8.666/93.

CLÁUSULA QUINTA - DO QUANTITATIVO

Serão publicados, inicialmente, hum mil e quinhentos volumes, que serão distribuídos, gratuitamente, para as Bibliotecas das Faculdades de Direito, Órgãos Públicos e Centros de Pesquisas.

CLÁUSULA SEXTA DA VIGÊNCIA

O presente Convênio terá sua vigência a partir da data de sua assinatura por um período de vinte e quatro meses, podendo ser prorrogado e/ou alterado através de termo aditivo mediante expressa manifestação das Partes.

CLÁUSULA SÉTIMA DA EXTINÇÃO

Este Convênio poderá ser resolvido, automaticamente, por inexecução total ou parcial de qualquer de suas cláusulas ou condições, ou pela superveniência de norma legal ou evento que o torne material ou formalmente inexecutível.

CLÁUSULA OITAVA DAS DÚVIDAS

As dúvidas suscitadas na execução deste Convênio serão dirimidas em comum acordo pelas Partes.

CLÁUSULA NONA DA PUBLICAÇÃO

A publicação do presente Instrumento será efetuada em extrato no Diário Oficial da União, no prazo de vinte dias a contar da data de sua assinatura, corrente à conta do Ministério a respectiva despesa.

CLÁUSULA DÉCIMA DO FORO

Para dirimir conflitos porventura decorrentes deste Convênio, fica eleito o foro do Distrito Federal com renúncia expressa de qualquer outro, por mais privilegiado que seja.

E, para validade do que pelas partes foi pactuado, firma-se este Instrumento em duas vias de igual teor e forma, na presença das testemunhas abaixo assinadas, para que surta seus efeitos jurídicos e legais efeitos.

Brasília-DF, 09 de agosto de 1996

NELSON A. JOBIM
Ministro da Justiça

FLÁVIO FAVA DE MORAES
Reitor da Universidade de São Paulo

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO
Diretor da Faculdade de Direito da USP

AURÉLIO WANDER CHAVES BASTOS
Secretário de Direito Econômico

CASTRO ALVES EM SÃO PAULO E NA SUA FACULDADE DE DIREITO

Rubens Limongi França

Professor Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Oração oficial proferida no Salão Nobre da Faculdade em 11 de agosto de 1997, às 10h00 com a presença do Excelentíssimo Ministro da Cultura, do Magnífico Reitor da Pró-Reitoria e do Diretor da FDUSP

Em muitos autores, como Xavier Marques, Afrânio Peixoto, Pedro Camon, Pereira da Silva, Oliveira Ribeiro Neto e tantos outros, poderíamos deparar um sem-número de excertos, dos quais cada um, por si só, serviria como epígrafe do nosso assunto, tal a uniformidade dos juízes sobre o relacionamento entre Castro Alves e São Paulo.

Por especial pertinência vejamos, por exemplo, este do baianíssimo, universalíssimo Jorge Amado. "*É em Castro Alves que São Paulo vai encontrar a política, o vibrar por causas mais próximas, se afastar (sic) dos devaneios que conduziam ao reino da imaginação delirante*" E em São Paulo, ao calor da simpatia com que a cidade o cerca, Castro Alves escreverá o melhor da sua obra abolicionista e republicana. *Se duas coisas se compreenderam no mundo, foram Castro Alves e São Paulo* (ABC, p. 232).

Mas é preciso sublinhar, para que a afirmação seja de algum modo ainda mais verdadeira, que essa compreensão esteve longe de ser um tipo de *amor à primeira vista*.

Descontente com a acolhida que, retornando mais uma vez do Recife, lhe dera a Terra Natal e, sobretudo, com a interpretação de "*O Gonzaga*", "pálidas sombras que um dia creei de coração, e cuja caricatura na cena da Bahia deu-me ímpetos de atirar ao fogo" (Carta a Joaquim Augusto, "*Obras*" II, p. 564, 1ª ed.), tinha a vidência de que o sucesso seria outro em São Paulo, onde o aguardaria "uma platéia ilustrada"... "uma platéia *acadêmica*" pois com todo "o lirismo, e patriotismo, a linguagem" haveriam de ser "bem recebidos por corações de vinte anos" (Ibidem, p. 563).

Por outro lado pompeava na cátedra do Largo de São Francisco o ex-professor substituto do Recife, também poeta, e sobretudo o grande tribuno da Abolição e da República, de modo que, em breve, estaria podendo dizer, como disse,

em carta a Luiz Cornélio, datada de 20 de março de 1868: "*Estou na Academia, ouvindo o grande José Bonifácio*" (Op. cit., II, 551).

Mas o jovem paladino, ainda não completamente maduro, senhor dos seus talentos e encantos pessoais, tinha lá, por vezes, compreensíveis intolerâncias e extravasamentos de radicalismo.

Assim, em Carta a Augusto Alvares Guimarães, de abril de 68 ("*Obras*" II, 557), que, sob alguns aspectos chega a ser contraditória, traça um rascunho nada lisonjeiro da Paulicéia: "... aqui não há senão frio, mas frio da Sibéria; cinismo (no sentido romântico da palavra), mas cinismo da Alemanha; casas, mas casas de Tebas; ruas, mas ruas de Cartago... (por outra) casas que parecem feitas antes do mundo tanto são pretas; ruas que parecem feitas depois do mundo tanto são desertas..."

E naturalmente faz comparações com o aconchego morno dos recantos que deixara no rincão natal: "Escrevo-te à noite. Faz frio de morte. Embalde estou embuçado no capote, e esganado no *cache-nez*... Homem feliz que tu és, Augusto! A estas horas suas à fresca nos lençóis de linho, enquanto eu estou gelado com as meias de lã"

E mais adiante a apóstrofe de descabida hipérbole: "São Paulo não é o Brasil., é um trapo do polo pregado a goma arábica na falda da América..." (Ibidem).

Mas não era só isso.

Um certo provincianismo paulistano, que aliás ainda hoje conserva a nossa Piratininga, o incomodava em coisas de hábitos pessoais. Assim, a despeito do "grande número de alfaiates" existentes em São Paulo, sobretudo, como assinala Almeida Nogueira (*Tradições e Reminiscências*, v. 5, p. 6) em relação ao índice populacional, não lhes poupou o garboso Cecéu crítica das mais severas.

Com efeito em carta a Luiz Cornélio, a eles se refere com desmedida acrimônia: "Possui esta terra de São Paulo estúpidos alfaiates. - Preciso de algum fato do Rio. Far-me-ás o obséquio de ir à casa do Sr. *João Francisco Rabello*, Rua do Ouvidor n. 104, e de dizer-lhe que a minha pessoa tem as mesmas proporções físicas do *Cardoso de Menezes*... Pode, pois, por ela, regular-se na confecção da roupa de que te falo, e que deve constar de um paletó preto, um dito de casimira, duas calças e dois coletes de casimira sendo uma clara e outra escura... Peço-te toda e toda a pressa na remessa, se for possível até o 7 de setembro" (Carta de 24 de agosto, in "*Obras*". II, 561).

Entretanto, não é que de todo tivesse começado *de mal* com São Paulo, pois na própria Carta a *Augusto*, de abril de 68, iniciara por chamar Piratininga de "bela cidade das névoas e das mantilhas, no solo que casa Heidelberg com a Andaluzia..." ("*Obras*" II, p. 556).

Numa alegoria um pouco audaciosa, mas adequada ao Poeta, a *noiva* (São Paulo) era um pouco *feia*, mas não deixava de ter os seus encantos. E esses encantos se lhe antolharam muito depressa, como soe acontecer com a maioria das damas recatadas...

De pronto, o convívio que aqui encontrou sob a égide daquele a quem considerava "o grande José Bonifácio" o aconchego dos moços, especialmente os da *Bucha* que tão perto sempre dele estiveram, com seu espírito de solidariedade e a tradição liberal, a vida social para cuja participação sempre era convidado, repleto de rostos morenos, de uma caboclice refinada, tão do seu agrado, os resquícios do *cinismo* byroniano deixado por Álvares de Azevedo e por seu amigo e até certo ponto, nos primeiros encontros, seu mentor - *Fagundes Varela*; o espírito de *Cultura* que, dentro dos lares e dos salões, contrastava com a provincianice do aspecto externo do casario, onde foi encontrar os ecos do "*Moço Paulistano*" - *Carlos Gomes*, a quem se refere no poema "*A Minha Irmã Adelaide*", de maio de 1871 (um dos últimos de sua vida, "*Obras*" I, p. 452), isso (e haveria muito mais a dizer) foi mostrando a *Castro Alves* a São Paulo que, de certo modo, já esperava e não o haveria de desiludir.

Haveria muito mais, dissemos. Sim. Mas sobretudo duas coisas: a vertigem da merecida Glória; e a lealdade bandeirante, à hora do sofrimento, pois, como dissera *Ovídio*, *amicus certus in re incerta cernitur*.

Sobre a Glória, excedeu-lhe a expectativa.

Na Carta a *Augusto*, já de abril de 68, várias vezes citada, noticiava: "Devo dizer-te que houve aqui um brilhante sarau literário. Pianistas, cantoras, oradores, valsadores, virtuosos, etc., etc... Aí me achei e, entre amigos, *se algum dia obtive um triunfo não foi noutra lugar*" Diga-se por acréscimo que, segundo reporta - "*Muitos lentes da Academia aí se achavam... e todos me receberam da maneira mais lisonjeira*". E houve até uma esposa de cônsul inglês que fez questão de cumprimentá-lo do melhor modo que até hoje conseguem fazer: "*Mim gostar muito da sua recitativa*" ("*Obras*", II, 557-558).

Daí escrever ao ator *Joaquim Augusto* afiançando a natureza ilustre e culta da platéia paulistana e a antevisão do sucesso de "*O Gonzaga*":

E a realidade não foi diversa. Aos 4 de novembro escrevia a Luiz Cornélio - "*a representação do meu drama, que tanto movimento fez na Imprensa e que aqui, na última prova, a da cena, acaba de obter um sucesso imenso, um verdadeiro triunfo*"

Mas... veio a hora do Sofrimento. *Scriptum erat*. Segundo os Livros da Sabedoria, há tempo para tudo - *omnia tempus habet...* tempo para rir - *tempus ridendi...* e tempo de chorar - *tempus plangendi* (Eclesiastes, 3, 4).

Logo após a suprema glória de "*O Gonzaga*" e a *aprovação plena* no 3º Ano da Faculdade, em 7 de novembro, veio o dia 11... e o tiro no pé.

E a notícia a Luiz Cornélio: "Estou há 20 dias de cama de um tiro que dei em mim mesmo, por acaso. Este desastre caiu-me na pior ocasião"

Nem avaliava quanto.

Começava o seu Calvário.

E uma legião de Cirineus de São Paulo e da Academia, entre eles Brasília Machado, Rubino de Oliveira e o Padre Chico, tudo fizeram para ajudá-lo na penosa subida da redenção.

Daí a sua carta "*Aos Amigos de São Paulo*". com esse nome divulgada por Xavier Marques e Afrânio Peixoto ("*Vida de Castro Alves*" p. 243; "*Obra*", II, p. 566, 1ª ed.).

Na verdade, trata-se de missiva destinada, como está no "*Correio Paulistano*" de 30 de maio de 1869, "a alguns amigos desta capital" sendo que, da mesma, esclareceu o jornal que estava a divulgar "alguns trechos"

Esta nossa pesquisa foi realizada *in loco*, na Biblioteca Central da Faculdade de Direito e, a bem da verdade histórica, *não se trata, de uma carta aberta* a amigos em geral, como poderia parecer, idéia que chegaria mesmo a desmerecer a imagem do Poeta, pois aí fala de coisas e sentimentos extremamente íntimos.

Sua divulgação, entretanto, pelo periódico, a pedido dos destinatários, foi mais uma demonstração da pungente tristeza e solidariedade que o sinistro causou em toda a alma paulistana.

Por outro lado, graças a essa publicação, a História ficou ciente de como e até que ponto São Paulo esteve junto de *Castro Alves* em momentos tão difíceis, bem assim de que modo o Poeta lhe ficou enternecidamente grato.

Vejam os seus excertos mais expressivos, a partir de quando descreve o fato de ter podido levantar-se para viajar à Corte, acompanhado do "incansável Dr. Rubino": "*Eis-me na Corte há quatro dias, eu, pobre inválido, que*

não podia chegar até a sala!... Que força, que mola estranha deu vida ao cadáver? Foi Deus. O Deus de Lázaro sustentou-me nesse instante em que a amizade acompanhou-me"

A seguir, a referência ao adeus a Piratininga, constitui passagem de especial significado: *"E custou-me bem aquele último abraço a bordo, à tarde, quando o vento do mar começava a trazer não sei que tristeza do frio das vagas, quando uma nova peregrinação de penitência começava"*

"Custou muito. Custou como agora, que eu estou lembrando-me do passado, do tempo em que eu sofri, mas no qual a cada dor, que me lacerava, tinha uma mão de amigo para apertar. Seis meses vividos na comunhão mais santa na comunhão do pensamento, seis meses em que a minha cabeça desfalecida encontrava sempre um bom coração - onde repousar..."

Particularmente, as madrugadas de março e abril, em que o Poeta esteve próximo à agonia, foram aí lembradas com grande emoção: *"Lembras-te das noites de 30 de março e primeiro de abril? Foi a afeição quem me salvou"*

"Mas para que desfilar este rosado santo de saudades e gratidão? Falemos de viagem"

Por fim, articula o Poeta as pungentes palavras da despedida final:

"Meus amigos, agora adeus! Se o braço tivesse força, longa seria esta carta; mas, se o meu coração não cansa de os estimar, a minha mão desfalecida me diz que pare de escrever..."

A missiva, de 25 de maio de 1869, mais tarde, em fevereiro de 1870 é de certo modo confirmada no Prólogo das *"Espumas Flutuantes"* que em suma é uma preciosa dedicatória aos "amigos das terras do sul", onde penetrara "como Rafael subindo as escadas do Vaticano"

É a esses amigos, à altura em que trazia "por única ambição - a esperança de repouso" nos braços da Mãe-Terra, que dedica o mais brilhante dos seus livros para que os seus versos pudessem "efêmeros filhos" de sua alma - "levar uma lembrança de mim às vossas plagas!..."

Como selo indelével de sua aliança com Piratininga, ostenta, no frontispício, o galardão: *"Estudante do 4º Ano da Faculdade de Direito de São Paulo"!*

São Paulo, 18 de março de 1997.



O poeta Castro Alves em seu primeiro ano no Curso de Direito desta Faculdade.

HOMENAGEM AO DOUTOR GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR

Presidente Paulo Teixeira - Assume a Presidência e abre a sessão. Anuncia a presença das autoridades. Comunica que a finalidade da sessão é homenagear o Dr. Goffredo da Silva Telles Júnior. Convida a todos para, de pé, ouvirem a execução do Hino Nacional. Anuncia um número musical.

O Sr. Álvaro Villaça Azevedo - Ilustre Deputado Paulo Teixeira, ex-aluno da Faculdade das Arcadas, que teve a memorável idéia de homenagear, nesta Casa Legislativa tão-respeitada do nosso Estado, a figura do professor emérito, Goffredo da Silva Telles Júnior.

Não poderia ter sido melhor esta lembrança, nesta Casa, onde as vozes se erguem em prol da democracia e dos direitos humanos. Não era possível que esta Casa ficasse calada diante da figura eminente do meu querido amigo, professor Goffredo. Também sei que todos querem falar ao mestre e vim aqui, humildemente, como Diretor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, trazer uma mensagem breve, mas de muita sensibilidade e emoção. Se pudesse o professor chegar mais perto de mim, sentiria nas batidas do meu coração uma homenagem que deixaria, na verdade, caladas as palavras de expressão para homenagear este mestre carismático, esta figura verdadeiramente poética da liberdade jurídica do nosso País.

Na verdade, professor, posso dizer que se inserem com letras de ouro nas comemorações dos 170 anos da Faculdade das Arcadas as suas palavras pronunciadas no pátio e no território livre, quando, sofrendo até risco de seqüestro, foi V.Exa. o grande bradador pela liberdade e pelos direitos da nossa Pátria. Não fosse o "seqüestro" carinhoso e amigo dos estudantes do Largo de São Francisco, do Centro Acadêmico XI de Agosto, certamente, teria o meu amigo sido preso.

Na verdade, essa coragem desmedida que sempre procurou passar a todos aqueles que tremiam no momento em que a Pátria estava enegrecida por atos de violência, o meu grande Goffredo teve a paz de espírito, uma pomba que simboliza liberdade de alçar vôo por este País sobre todos os desmandos, e fazer a sua palavra ouvida e que se transformou na realidade.

Por isso, sem tomar muito tempo dos meus amigos, quero dizer que o Professor Goffredo, falando ao pátio, como ele mesmo disse, de pedra do Largo São Francisco, conseguiu plantar "um verdadeiro jardim"

Essas palavras do professor deixaram-me emocionado na homenagem naquele ambiente sagrado do Largo de São Francisco. Sabe o amigo que, naquele pátio, milagrosa também foi a idéia de que lá todos os sonhos nem sempre se tornam realidade, mas os sonhos do professor Goffredo transformaram-se em realidade.

Ele é advogado do Brasil, da liberdade, da democracia. Bastaria lembrar, nesta parte, a grande imagem do grande ex-aluno das Arcadas, Rui Barbosa, quando escreveu "*A Couve e o Carvalho*"

Disse ele: *Uns plantam a couve para o prato de amanhã, outros plantam o carvalho para a eternidade.*

O professor Goffredo só plantou carvalhos. E muito mais que plantar carvalhos na defesa dos interesses nacionais, o professor Goffredo plantou o amor, a amizade e o respeito nos nossos corações. Meu querido professor.

O Sr. José Ignácio Botelho de Mesquita - Excelentíssimo Sr. Deputado Paulo Teixeira, de quem tenho orgulho de ter sido professor, em cujo nome saúdo os parlamentares desta Casa, professor Goffredo, mestre e amigo, realmente, aconteceu na minha vida este fato, de que não esqueço, de ter sido signatário após o professor Goffredo dar a *Carta aos Brasileiros*. Convém lembrar um pouco o que ocorreu naqueles dias e hoje parece impossível que possa ter ocorrido.

Meus senhores, vivia-se uma noite em que os que vivem os dias de hoje não podem ter idéia.

Há vinte anos aproximava-se a comemoração dos 150 anos da Fundação dos Cursos Jurídicos de São Paulo e Olinda. Preparavam-se várias cerimônias na Faculdade. Nada, porém, garantia que dentre as cerimônias houvesse alguma que fizesse brilhar a chama da Faculdade, o seu sentido histórico, a sua vocação para defesa da verdade e do Direito.

Um pequeno grupo de advogados vinculados à OAB, Ordem dos Advogados de São Paulo, teve a idéia de procurar o professor Goffredo da Silva Telles para que fizesse alguma coisa na Faculdade de Direito que representasse o que ela efetivamente é, o que ela foi no início, o que foi durante 150 anos, que era naquele momento, apesar de tudo.

O professor Goffredo com esta mesma simplicidade que os senhores o vêem aqui, aceitou o encargo. Depois da primeira redação do texto, convocou alguns

professores da Faculdade de Direito, talvez três ou quatro, para com ele discutir o texto numa reunião em sua casa, e tive o privilégio de ser um dos convidados.

Passaram-se alguns dias, o texto ficou pronto, uma peça magnífica. Não era um panfleto. Não era um discurso político pura e simplesmente. Era a tradução mais lídima, mais pura, mais firme, mais generosa que se pode imaginar do que se passa na alma de um jurista, quando vive na noite negra de uma ditadura. Lendo este texto hoje, verão os senhores que nele se contém afirmações que estão todas na nossa Constituição hoje, sem exceção. Mas naquele momento, meus senhores, era tudo o que não tínhamos. Tomem os senhores a página final da *Carta aos Brasileiros*, leiam o que ali está escrito e que parece aos olhos de hoje uma coisa normal. Era tudo o que nós não tínhamos. Palavra por palavra era o que nós não tínhamos. Foi preciso um homem como ele, com a coragem dele para tanto.

Nessa segunda reunião assinamos essa Carta. Em primeiro lugar eu. O professor Fábio Comparato esse dia não pôde ir, estava lá Modesto Carvalhosa. Fábio Comparato assinou logo em seguida, mas nem em segundo lugar. Cada um de nós saiu com um exemplar da Carta, a Carta de assinaturas, que de início não foi fácil, realmente não foi fácil. Quando chegamos ao dia 8 de agosto, poucas eram as assinaturas. No próprio dia 8 de agosto muitos assinaram a Carta. À noite, no pátio, ninguém sabia o que poderia acontecer. Fala-se numa multidão. Não digo, mas era bastante gente, jovens sobretudo, tão-jovens que, segundo costume da Escola, sentaram-se no pátio, para ouvir sentados a leitura da *Carta aos Brasileiros* pelo professor Goffredo. A emoção era imensa, meus senhores. Não há como traduzir. O que posso dizer é que as últimas páginas, como cada um tinha uma cópia da *Carta aos Brasileiros*, foram lidas em coro, como se estivéssemos rezando ao lado das Arcadas sob aquela noite esplêndida, com a cidade muda à nossa volta. Goffredo lia e todos rezavam com ele. Rezavam, meus senhores, a *Carta aos Brasileiros*.

Terminado aquilo, não é possível descrever o que se passava no nosso ânimo, mas posso falar de um efeito praticamente imediato. Falei que era dia 8 de agosto. No dia 11 de agosto houve uma solenidade ou mais de uma, na faculdade, em comemoração exatamente à data 11 de agosto. E nesta noite, um grupo de alunos saiu em passeata pelas ruas de São Paulo. Era plena ditadura. Ninguém tocou nestes alunos.

Pela primeira vez uma passeata se fez em São Paulo, sem que houvesse qualquer gesto, qualquer ameaça de repressão. As ruas de São Paulo, as ruas do Brasil estavam abertas para a manifestação livre do pensamento jovem, da

juventude brasileira. Estavam guardadas estas ruas pela dignidade de Goffredo da Silva Telles, pela força que este homem tem, a única força verdadeira que é a força do seu valor ético, da sua confiança nos valores supremos do Direito.

Goffredo da Silva Telles abriu naquela noite os caminhos da liberdade para este País. O fato é que depois disto houve ainda dois episódios trágicos aqui, em São Paulo: a morte de Wladimir Herzog e subseqüentemente a de Manoel Fiel Filho. E ponto. Nunca mais alguém torturou alguém neste País por motivos políticos. Cessaram as prisões políticas e estavam abertos os caminhos da democracia.

Por tudo isso, professor, a minha homenagem sincera e o meu abraço de coração.

O Sr. Eros Roberto Grau - Deputado Paulo Teixeira, amigos das Arcadas, em nome de quem saúdo todos os membros desta Casa e os que aqui estão, minhas senhoras e meus senhores, caríssimo professor Goffredo, o homem é um gesto que se faz ou não se faz. Nessa versão de Paulo Mendes Campos, uma das mais singelas e por isso uma das mais belas sínteses descritivas do que é e do que deve ser o homem. O homem é um gesto que se faz ou não se faz. É o gesto assumido ou recusado pelo homem que o torna digno desse nome homem. Assim diz o poeta, Professor. Os poetas estão muito próximos dos que trabalham com o fenômeno jurídico. O senhor me ensinou isso. E Vico encontra uma origem comum a ambos, à poesia e ao Direito. A síntese do poeta, dizia eu, faz-me imensamente pensar na formação do homem digno. Onde e como, quais são os mestres que forjam a dignidade, quais os mestres que nos ensinam a assumir o gesto ou a recusá-lo.

Por certo a vida há de ter oferecido alguns deles. Pensando em mim mesmo, lembro o exemplo e as lições que recebi de meu pai, o olhar, bastava apenas um olhar de minha mãe. Depois o afeto no interior do lar, a rua, a esquina, a escola, o trabalho, o mundo pleno, a vida com suas angústias e as expectativas que propõe. Nós, que conservamos a virtude de permanecer alertas, prontos a reagir contra a agressão aos valores sociais e políticos, fazemos parte de uma geração privilegiada. Isto professor, porque...

E isso porque, embora sejam tantas as nossas frustrações sociais e democráticas, passadas e presentes, podemos aprender a dignidade com o professor Goffredo, esta figura maravilhosa, que sempre esteve presente nos momentos críticos não apenas a inspirar, mas a participar das nossas lutas, usando a força necessária, com a presença, com o gesto não apenas o mestre do Direito, mas do nosso mestre e mestre maior da dignidade sempre pronta a não-compartilhar com o egoísmo.

Há alguns poucos meses, no início de março, quando um grupo de professores de Direito e advogados denunciou, em manifesto à Nação divulgado em Brasília, as reiteradas afrontas do Poder Executivo à Constituição e ao Poder Judiciário, lá estava, assinando em primeiro lugar, o professor Goffredo da Silva Telles. Esta sua assinatura, professor, não apenas conferiu legitimidade ao manifesto, mas sobretudo foi nela que nos transmitiu coragem, ânimo, disposição.

Depois, a luta contra a privatização da Companhia Vale do Rio Doce. Vivemos, os autores da ação popular, momentos amargos. Fomos objeto da ira incontida, fomos ofendidos. Os jornais anunciaram que seríamos desmoralizados, apenas porque usamos o exercício desse direito fundamental que nos assegura o art. 73, inciso V da Constituição Federal. Mas, nos momentos mais duros, sensibilizados de sabermos que Goffredo, o mestre da dignidade, não apenas nos apoiava, mas era um de nós, estava ao nosso lado.

Sabendo disso, professor, nos dava mais segurança ainda, mesmo diante da verificação triste verificação de que o inimigo contra o qual ontem e hoje investe o Executivo deste País é o Estado de Direito. Triste verificação, professor, de que as instituições foram corrompidas e a rés pública está vilipendiada. Triste verificação de que a esperteza, a marotice, a velhacaria, confere caráter aos comportamentos comprometidos com a "Fujimorização" do País. Triste verificação de que os projetos de lei são arrumados de molde a serem perfeitamente adequados aos interesses do Chefe do Poder Executivo. Triste verificação de que a dimensão social é substituída pela perspectiva de um feudalismo possessivo, da vantagem, da eficiência daquilo que não tem nada a ver com os valores da sociedade. Tristes verificações.

Um dos jornais da manhã de hoje noticia o que já era bem sabido: "*Petrobrás será vendida*" Tristes verificações, mas não importa, porque agora o que mais vale é estarmos aqui olhando para o futuro. O que mais vale é estarmos aqui, professor Goffredo, ao seu lado para homenageá-lo, os seus discípulos de dignidade. E direi sempre que sou discípulo de Direito do professor Goffredo, isso me deixará sempre honrado. Mas há algo, do fundo do meu peito, que tem de ser dito, que ninguém pode tirar: é ter sido discípulo de dignidade e ter aprendido dignidade com o professor Goffredo, com o meu professor Goffredo. Nas suas sempre renovadas afirmações de independência, coragem e de desprendimento, o verso do poeta assume forma: "*Aqui estamos para dizer que jamais recusaremos quando se tornar necessário o gesto que se espera de nós*" e para dizer também, como o poeta,

querido professor, que *"apesar de tudo, se multiplicamos nossa dor, também multiplicamos nossa esperança"*

O Sr. Goffredo da Silva Telles Que surpresa, Paulo Teixeira! Eu me lembro dele como estudante da Faculdade. Ei-lo aqui inventando meios e modos para me chamar a esta Assembléia que me disse tudo que acabo de ouvir. Com efusão d'alma, com o coração em alvoroço sinto-me penetrado de amor e reconhecimento ao saber das pessoas que promoveram esta cerimônia e ao ler o rol das entidades que lhe deram apoio. Profundamente sensibilizado quero declarar a minha gratidão à Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

Neste recinto, meus amigos, eu me sinto um pouco em casa, não por qualquer presunção, mas porque já fui deputado, já fui representante do povo. A palavra povo, pronunciada aqui, na casa dos representantes do povo, acorda dentro de mim uma velha lembrança, acorda dentro de mim a lembrança de um dia de Natal, do Natal de 1944, precisamente do Natal do ano anterior ao do ano da minha eleição para a Assembléia Nacional Constituinte de 46. Nos matutinos daquele dia deparei nas primeiras páginas com a mensagem natalina do Papa Pio XII, surpreendente mensagem intitulada *"O problema da democracia"* uma lição magistral sobre a realidade chamada povo. Não resisto à tentação, queridos amigos, não resisto à tentação, tenham paciência, não resisto à tentação de revelar um pequeno trecho desse luminoso documento. Disse o insigne pontífice: *povo não é multidão, povo não é massa. Povo e massa são dois conceitos distintos; o povo vive e se move por sua vida própria, a massa por si é inerte e não pode ser movida, a não ser de fora. O povo vive na plenitude da vida dos homens que o compõe, pelo contrário; a massa espera o impulso do exterior.* Disto se deduz, diz o Pontífice, uma outra clara conclusão: a massa como agora acabamos de defini-la é a capital inimiga da verdadeira democracia e de seu ideal de liberdade e igualdade. Fundamental me pareceu esta distinção entre povo e massa e é com alegria que trago esta noite à Casa do Povo esta alta lição do Papa Pio XII; massa implica em homogeneidade, a massa do pão, por exemplo, é homogênea porque cada porção da massa é igual a todas as outras porções, mas o povo não é homogêneo, não é um aglomerado de porções iguais, o povo é essencialmente heterogêneo, uma vez que se compõe de grupos sociais diferenciados, de instituições e corporações diversas, de associações e uniões específicas, o povo é um todo composto de comunidades discriminadas, de corpos distintos. É um só todo sim, mas um todo feito de partes heterogêneas e organizadas. Estas noções para o fundamento da democracia são

noções absolutamente importantes e são freqüentemente esquecidas. O povo verdadeiro, não a massa, é feito de famílias, de empresas, associações, institutos, sindicatos, partidos, movimentos, frentes, órgãos, grêmios, clubes, escolas, universidades, academias, igrejas. Lembro-me da lição de Maurice Sanroviu no seu famoso compêndio em que diz que o povo é uma instituição mais feita de instituições do que de indivíduos isolados. De fato, o povo real, o povo constituído de seres humanos concretos, pessoas com suas vidas individuais, vidas efetivamente vividas, este povo complexificado nada tem a ver com as coletividades que se tenham conformado a ser massas humanas. De massas humanas estou convencido, não pode emanar o poder legítimo, as massas são tangidas, não são fontes de poder, o poder não nasce da massa, nasce do povo, não há democracia autêntica onde o povo é reduzido a massa, os governos das massas são os governos de força ou governos em que a democracia ainda é incipiente, é ensaio de democracia ou é mera democracia de fachada, mera democracia do faz-de-conta.

Pois bem, o que verifico é que parte imensa da vontade dos anseios do povo se manifesta nos grupos sociais ou comunidades de que a sociedade é feita. Para exprimir parte imensa da vontade, dos anseios do povo não há órgãos mais legítimos do que os grupos, os corpos dentro dos quais se processa, inelutavelmente, a vida real do cidadão, a nossa vida, de cada um de nós.

Ao atentar para os processos geradores das leis certifiquei-me, definitivamente, de que esses grupos, essas comunidades são verdadeiras fontes profundas e inexauríveis das normas da convivência humana. Funcionam como centros de irradiação normativa, como são incontáveis os grupos organizados dentro de uma sociedade, inúmeras são as fontes de normas e inúmeras as ordenações delas oriundas.

Enorme essa espontânea floração normativa. Este é o motivo, estou certo, pelo qual a sociedade contemplada em seu todo se apresenta aos olhos do seu observador como imenso campo onde desabrocham ordenações em todos os setores.

O que verifico é que os grupos sociais são matrizes e mananciais de grande número de ordenações reguladoras. Como produtores de normas do comportamento, inspiradores de leis e como força de pressão sobre os poderes públicos creio que, numa democracia autêntica, não se deve deixar de incluir tais comunidades entre as fontes mais autênticas da ordenação jurídica nacional.

Meus eminentes amigos, estou pensando na democracia brasileira, estou pensando no poder que emana do povo, estou pensando na independência do Poder Legislativo.

A avalanche de medidas provisórias me assusta, me repugna. Para mim a democracia é o regime que procura segurar a permanente penetração da vontade do povo nas decisões legislativas do governo. Aqui é que se coloca, ao meu ver, a mais greve questão: como fazer a permanente penetração da vontade dos grupos sociais nas decisões legislativas do governo.

Não quero abusar da paciência desta admirável Assembléia. Só quero dizer que, ao meu ver, o meio excelente para efetuar essa permanente penetração é o de conferir aos grupos sociais a iniciativa das leis que lhes dizem respeito.

O que ousou propor, tenho a honra de fazer esta proposta esta noite nesta egrégia Assembléia, o que ousou propor com o pensamento voltado para as formas de uma democracia mais perfeita é uma emenda ao art. 61, da Constituição, para incluir as instituições representativas dos grupos sociais entre as entidades titulares da prerrogativa da iniciativa das leis.

O que pretendo, em verdade, é que a iniciativa das leis, em cada caso particular de ordenação legislativa reflita não a vontade quimérica da massa, mas a vontade específica do grupo social ou dos grupos sociais diretamente interessados na nova legislação.

Em última análise, meus caros amigos, o que almejo é que todo o poder emane do povo e em seu nome seja exercido.

Perdoem-me, caros amigos, este meu aranzel, aqui deixo em sinal do meu mais profundo agradecimento, comovido que estou com as palavras dos amigos excelsos que tenho e que acabo de ouvir.

Deixo aqui na Assembléia um punhado de idéias, homenagem de um velho sonhador.

São Paulo, 15 de agosto de 1997



Professor Goffredo da Silva Telles Júnior

CRÔNICA DAS ARCADAS

Goffredo da Silva Telles Júnior dá a Público a Carta aos Brasileiros.

A Redação

Aos oito de agosto de 1977, às 20h00, no Pátio das Arcadas repleto de estudantes, de gente do povo e de altas personalidades, o Professor Dr Goffredo da Silva Telles Júnior leu a sua *Carta aos Brasileiros*.

A *Carta* que já estava subscrita por professores de Direito, advogados, políticos e estudantes, constituiu-se em mensagem de aniversário dos Cursos Jurídicos, proclamando princípios de convicções políticas, "*como testemunho, para as gerações futuras, de que os ideais do Estado de Direito vivem e atuam no espírito vigilante da nacionalidade*" Foi elaborada com a certeza de exprimir o pensamento de toda a comunidade acadêmica da São Francisco, embora não constasse do programa oficial das festividades comemorativas do Sesquicentenário.

O documento despertou grande interesse no Brasil inteiro e foi traduzido para as principais línguas estrangeiras, alcançando as primeiras páginas dos grandes jornais do mundo. Expõe, dentro de princípios científicos, a legitimidade das leis e Constituições, do Poder e da Ordem, os quais geram a democracia verdadeira, propulsora única do desenvolvimento econômico e da segurança nacional. Faz um paralelo entre o Estado de Direito e o Estado de Fato e relaciona, a seguir, os direitos protegidos pelo Estado de Direito, como valores soberanos que inspiram as ordenações jurídicas de nações verdadeiramente civilizadas.

Conclui, exigindo o imediato Estado de Direito para o Brasil, ficando célebre a frase final: "*O Estado de Direito, já!*"

Ao fim da leitura, toda a imensa audiência irrompe em prolongadas manifestações de aplausos.

CARTA AOS BRASILEIROS

Das Arcadas do Largo de São Francisco, do "Território Livre" da Academia de Direito de São Paulo, dirigimos a todos os brasileiros esta Mensagem de Aniversário, que é a *Proclamação de Princípios* de nossas convicções políticas.

Na qualidade de herdeiros do patrimônio recebido de nossos maiores, ao ensejo do Sesquicentenário dos Cursos Jurídicos no Brasil, queremos dar o

testemunho, para as gerações futuras, de que os ideais do Estado de Direito, apesar da conjuntura da hora presente, vivem e atuam, hoje como ontem, no espírito vigilante da nacionalidade.

Queremos dizer, sobretudo aos moços, que nós aqui estamos e aqui permanecemos, decididos, como sempre, a lutar pelos Direitos Humanos, contra a opressão de todas as ditaduras.

Nossa fidelidade de hoje aos princípios basilares da Democracia é a mesma que sempre existiu à sombra das Arcadas: fidelidade indefectível e operante, que escreveu as Páginas da Liberdade, na História do Brasil.

Estamos certos de que esta *Carta* exprime o pensamento comum de nossa imensa e poderosa Família da Família formada, durante um século e meio, na Academia do Largo de São Francisco, na Faculdade de Direito de Olinda e Recife, e nas outras grandes Faculdades de Direito do Brasil Família indestrutível, espalhada por todos os rincões da Pátria, e da qual já saíram, na vigência de Constituições democráticas, dezessete Presidentes da República.

I. O Legal e o Legítimo.

Deixemos de lado o que não é essencial.

O que aqui diremos não tem a pretensão de constituir novidade. Para evitar interpretações errôneas, nem sequer nos vamos referir a certas conquistas sociais do mundo moderno. Deliberadamente, nada mais diremos do que aquilo que, de uma ou outra maneira, vem sendo ensinado, ano após ano, nos cursos normais das Faculdades de Direito. E não transporemos os limites do campo científico de nossa competência.

Partimos de uma distinção necessária. Distinguimos entre o *legal* e o *legítimo*.

Toda lei é *legal*, obviamente. Mas nem toda lei é *legítima*. Sustentamos que só é *legítima* a lei provinda de *fonte legítima*.

Das leis, a *fonte legítima, primária* é a comunidade a que as leis dizem respeito; é o Povo ao qual elas interessam comunidade e Povo em cujo seio as *idéias* das leis germinam, como produtos naturais das exigências da vida.

Os dados sociais, as contingências históricas da coletividade, as contradições entre o dever teórico e o comportamento efetivo, a média das aspirações e das repulsas populares, os anseios dominantes do Povo, tudo isto, em conjunto, é que constitui o manancial de onde brotam normas espontâneas de

convivência, originais intentos de ordenação, às vezes usos e costumes, que irão inspirar a obra do legislador.

Das forças mesológicas, dos fatores reais, imperantes na comunidade, é que emerge a alma dos mandamentos que o legislador, na forja parlamentar, modela em termos de leis legítimas.

A *fonte legítima secundária* das leis é o próprio legislador, ou o conjunto dos legisladores de que se compõem os órgãos legislativos do Estado. Mas o legislador e os órgãos legislativos somente são fontes *legítimas* das leis enquanto forem representantes autorizados da comunidade, vozes oficiais do Povo, que é a fonte primária das leis.

O único outorgante de poderes legislativos é o Povo. Somente o Povo tem competência para escolher seus representantes. Somente os Representantes do Povo são legisladores legítimos.

A escolha legítima dos legisladores só se pode fazer pelos processos fixados pelo Povo em sua Lei Magna, por ele também elaborada, e que é a Constituição.

Consideramos *ilegítimas* as leis *não nascidas* do seio da coletividade, não confeccionadas em conformidade com os processos prefixados pelos Representantes do Povo, mas *baixadas* de cima, como carga descida na ponta de um cabo.

Afirmamos, portanto, que há uma *ordem jurídica legítima* e uma *ordem jurídica ilegítima*. A ordem imposta, vinda de cima para baixo, é ordem ilegítima. Ela é ilegítima porque, antes de mais nada, ilegítima é a sua origem. Somente é legítima a ordem que *nasce*, que *tem raízes*, que *brot*a da própria vida, no seio do Povo.

Imposta, a ordem é violência. Às vezes, em certos momentos de convulsão social, apresenta-se como remédio de urgência. Mas, em regra, é medicação que não pode ser usada por tempo dilatado, porque acaba acarretando males piores do que os causados pela doença.

2. A Ordem, o Poder e a Força.

Estamos convictos de que há um *senso leviano* e um *senso grave* da ordem.

O *senso leviano da ordem* é o dos que se supõem imbuídos da ciência do bem e do mal, conhecedores predestinados do que deve e do que não deve ser

feito, proprietários absolutos da verdade, ditadores soberanos do comportamento humano.

O *sensu grave da ordem* é o dos que abraçam os projetos resultantes do entrosque livre das opiniões, das lutas fecundas entre idéias e tendências, nas quais nenhuma autoridade se sobrepõe às Leis e ao Direito.

Ninguém se iluda. A ordem social justa não pode ser gerada pela pretensão de governantes prepotentes. A fonte genuína da ordem não é a Força, mas o Poder.

O Poder, a que nos referimos, não é o Poder da Força, mas um Poder de persuasão.

Sustentamos que o Poder Legítimo é o que se funda naquele *sensu grave da ordem*, naqueles projetos de organização social, nascidos do embate das convicções e que passam a preponderar na coletividade e a ser aceitos pela consciência comum do Povo, como os melhores.

O Governo com o *sensu grave da ordem* é um Governo cheio de Poder. Sua legitimidade reside no prestígio popular de quase todos os seus projetos. Sua autoridade se apóia no consenso da maioria.

Nisto é que está a razão da obediência voluntária do Povo aos Governos legítimos.

Denunciamos como ilegítimo todo Governo fundado na Força. Legítimo somente o é o Governo que for Órgão do Poder.

Ilegítimo é o Governo cheio de Força e vazio de Poder.

A nós nos repugna a teoria de que o Poder não é mais do que a Força. Para nossa consciência jurídica, o Poder é produto do consenso popular e a Força um mero instrumento do Governo.

Não negamos a utilidade de tal instrumento. Mas o que afirmamos é que a Força é somente útil na qualidade de *meio*, para assegurar o respeito pela ordem jurídica vigente e não para subvertê-la ou para impor reformas na Constituição.

A Força é um *meio* de que se utiliza o Governo fiel aos projetos do Povo. Desgraçadamente, também a utiliza o Governo infiel. O Governo fiel a utiliza a serviço do Poder. O Governo infiel, a serviço do arbítrio.

Reconhecemos que o Chefe do Governo é o mais alto funcionário nos quadros administrativos da Nação. Mas negamos que ele seja o mais alto Poder de um País. Acima dele, reina o Poder de uma Idéia: reina o Poder das convicções que

inspiram as linhas-mestras da política nacional. Reina o senso grave da ordem, que se acha definido na Constituição.

3. A Soberania da Constituição.

Proclamamos a soberania da Constituição.

Sustentamos que nenhum ato legislativo pode ser tido como lei superior à Constituição.

Uma lei só é válida se a sua elaboração obedeceu aos preceitos constitucionais, que regulam o processo legislativo. Ela só é válida se, em seu mérito, suas disposições não se opõem ao pensamento da Constituição.

Aliás, uma lei inconstitucional é lei precária e efêmera, porque só é lei enquanto sua inconstitucionalidade não for declarada pelo Poder Judiciário. Ela não é propriamente lei, mas apenas uma camuflagem da lei. No conflito entre ela e a Constituição, o que cumpre, propriamente, não é fazer prevalecer a Constituição, mas é dar pela nulidade da lei inconstitucional. Embora não seja razoável considerá-la inexistente, uma vez que a lei existe como objeto do julgamento que a declara inconstitucional, ela não tem, em verdade, a dignidade de uma verdadeira lei.

Queremos consignar aqui um simples mas fundamental princípio. Da conformidade de todas as leis com o espírito e a letra da Constituição dependem a unidade e coerência do sistema jurídico nacional.

Observamos que a Constituição também é uma lei. Mas é a Lei Magna. O que, antes de tudo, a distingue nitidamente das outras leis é que sua elaboração e seu mérito não se submetem a disposições de nenhuma lei superior a ela. Aliás, não podemos admitir como legítima lei nenhuma que lhe seja superior. Entretanto, sendo lei, a Constituição há de ter, também, sua fonte legítima.

Afirmamos que a fonte legítima da Constituição é o Povo.

4. O Poder Constituinte.

Costuma-se dizer que a Constituição é obra do Poder.

Sim, a Constituição é obra do *Poder Constituinte*. Mas o que se há de acrescentar, imediatamente, é que o Poder Constituinte pertence ao Povo, e ao Povo somente.

Ao Povo é que compete tomar a *decisão política fundamental*, que irá determinar os lineamentos da paisagem jurídica em que deseja viver.

Assim como a validade das leis depende de sua conformação com os preceitos da Constituição, a legitimidade da Constituição se avalia pela sua adequação às realidades sócio-culturais da comunidade para a qual ela é feita.

Disto é que decorre a competência da própria comunidade para decidir sobre o seu regime político; sobre a estrutura de seu Governo e os campos de competência dos órgãos principais de que o Governo se compõe; sobre os processos de designação de seus governantes e legisladores.

Disto, também, é que decorre a competência do Povo para fazer a Declaração dos Direitos Humanos fundamentais, assim como para instituir os meios que os assegurem.

Em consequência, sustentamos que *somente o Povo*, por meio de seus Representantes, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, ou por meio de uma Revolução vitoriosa, tem competência para elaborar a Constituição; que somente o Povo tem competência para substituir a Constituição vigente por outra, nos casos em que isto se faz necessário.

Sustentamos, igualmente, que só o Povo, por meio de seus Representantes no Parlamento Nacional, tem competência para emendar a Constituição.

E sustentamos, ainda, que as emendas na Constituição não se podem fazer como se fazem as alterações na legislação ordinária. Na Constituição, as emendas somente se efetuam, quando apresentadas, processadas e aprovadas em conformidade com preceitos especiais, que a própria Constituição há de enunciar, preceitos estes que têm por fim conferir à Lei Magna do Povo uma estabilidade maior do que a das outras leis.

Declaramos ilegítima a Constituição outorgada por autoridade que não seja a Assembléia Nacional Constituinte, com a única exceção daquela que é imediatamente imposta por meio de uma Revolução vitoriosa, realizada com a direta participação do Povo.

Declaramos ilegítimas as emendas na Constituição que não forem feitas pelo Parlamento, com obediência, no encaminhamento, na votação e promulgação das mesmas, a todas as formalidades do rito, que a própria *Carta Magna* prefixa, em disposições expressas.

Não nos podemos furtar ao dever de advertir que o exercício do Poder Constituinte, por autoridade que não seja o Povo, configura, em qualquer Estado democrático, a prática de usurpação de poder político.

Negamos peremptoriamente a possibilidade de coexistência, num mesmo País, de duas ordens constitucionais legítimas, embora diferentes uma da outra. Se uma ordem é legítima, por ser obra da Assembléia Constituinte do Povo, nenhuma outra ordem, provinda de outra autoridade, pode ser legítima.

Se, ao Poder Executivo fosse facultado reformar a Constituição, ou submetê-la a uma legislação discricionária, a Constituição perderia, precisamente, seu caráter constitucional e passaria a ser um farrapo de papel.

A um farrapo de papel se reduziria o documento solene, em que a Nação delimita a competência dos órgãos do Governo, para resguardar, zelosamente, de intromissões cerceadoras dos poderes públicos, o campo de atuação da liberdade humana.

5. O Estado de Direito e o Estado de Fato.

Proclamamos que o Estado legítimo é o Estado de Direito, e que o Estado de Direito é o *Estado Constitucional*.

O Estado de Direito é o Estado que se submete ao princípio de que Governos e governantes devem obediência à Constituição.

Bem simples é este princípio, mas luminoso, porque se ergue, como barreira providencial, contra o arbítrio de vetustos e renitentes absolutismos. A ele as instituições políticas das Nações somente chegaram após um longo e acidentado percurso na História da Civilização. Sem exagero, pode se dizer que a consagração desse princípio representa uma das mais altas conquistas da cultura, na área da Política e da Ciência do Estado.

O Estado de Direito se caracteriza por três notas essenciais, a saber: por ser *obediente ao Direito*; por ser *guardião dos Direitos*; e por ser *aberto para as conquistas da cultura jurídica*.

É *obediente ao Direito*, porque suas funções são as que a Constituição lhe atribui, e porque, ao exercê-las, o Governo não-ultrapassa os limites de sua competência.

É *guardião dos Direitos*, porque o Estado de Direito é o *Estado-Meio*, organizado para servir o Ser humano, ou seja, para assegurar o exercício das liberdades e dos direitos subjetivos das pessoas.

E é *aberto para as conquistas da cultura jurídica*, porque o *Estado de Direito* é uma democracia, caracterizado pelo regime de representação popular nos órgãos legislativos e, portanto, é um Estado sensível às necessidades de incorporar à

legislação as normas tendentes a realizar o ideal de uma Justiça cada vez mais perfeita.

Os outros Estados, os Estados não-constitucionais, são os Estados cujo Poder Executivo usurpa o Poder Constituinte. São os Estados cujos chefes tendem a se julgar onipotentes e oniscientes, e que acabam por não respeitar fronteiras para sua competência. São os Estados cujo Governo não tolera crítica e não permite contestação. São os *Estados-Fim*, com Governos obcecados por sua própria segurança, permanentemente preocupados com sua sobrevivência e continuidade. São Estados opressores, que muitas vezes se caracterizam por seus sistemas de repressão, erguidos contra as livres manifestações da cultura e contra o emprego normal dos meios de defesa dos direitos da personalidade.

Esses Estados se chamam *Estados de Fato*. Os otimistas lhes dão o nome de *Estados de Exceção*. Na verdade, são *Estados Autoritários*, que facilmente descambam para a Ditadura.

Ilegítimos, evidentemente, são tais Estados, porque seu Poder Executivo viola o princípio soberano da obediência dos Governos à Constituição e às leis.

Ilegítimos, em verdade, porque seus Governos não têm Poder, não têm o Poder Legítimo, que definimos no início desta *Carta*.

Destituídos de Poder Legítimo, os Estados de Fato duram enquanto puderem contar com o apoio de suas forças armadas.

Sustentamos que os Estados de Fato, ou Estados de Exceção, são sistemas subversivos, inimigos da ordem legítima, promotores da violência contra Direitos Subjetivos, porque são Estados contrários ao Estado Constitucional, que é o Estado de Direito, o Estado da Ordem Jurídica.

Nos países adiantados, em que a cultura política já organizou o Estado de Direito, a insólita implantação do Estado de Fato ou de Exceção do Estado em que o Presidente da República volta a ser o monarca *lege solutus* constitui um violento retrocesso no caminho da cultura.

Uma vez reimplantado o Estado de Fato, a Força torna a governar, destronando o Poder. Então, bens supremos do espírito humano, somente alcançados após árdua caminhada da inteligência, em séculos de História, são simplesmente ignorados. Os valores mais altos da Justiça, os direitos mais sagrados dos homens, os processos mais elementares de defesa do que é de cada um, são vilipendiados, ridicularizados e até ignorados, como se nunca tivessem existido.

O que os Estados de Fato, Estados Policiais, Estados de Exceção, Sistemas de Força apregoam é que há Direitos que devem ser suprimidos ou cerceados, para tornar possível a consecução dos ideais desses próprios Estados e Sistemas.

Por exemplo, em lugar dos Direitos Humanos, a que se refere a Declaração Universal das Nações Unidas, aprovada em 1948; em lugar do *habeas corpus*; em lugar do direito dos cidadãos de eleger seus governantes, esses Estados e Sistemas colocam, freqüentemente, o que chamam de *Segurança Nacional e Desenvolvimento Econômico*.

Com as tenebrosas experiências dos Estados Totalitários europeus, nos quais o lema é, e sempre foi, "Segurança e Desenvolvimento" aprendemos uma dura lição. Aprendemos que a Ditadura é o regime, por excelência, da Segurança Nacional e do Desenvolvimento Econômico. O Nazismo, por exemplo, tinha por meta o binômio Segurança e Desenvolvimento. Nele ainda se inspira a ditadura soviética.

Aprendemos definitivamente que, *fora do Estado de Direito*, o referido binômio pode não passar de uma cilada. *Fora do Estado de Direito*, a Segurança, com seus órgãos de terror, é o caminho da tortura e do aviltamento humano; e o Desenvolvimento, com o malabarismo de seus cálculos, a preparação para o descalabro econômico, para a miséria e a ruína.

Não nos deixaremos seduzir pelo canto das sereias de quaisquer Estados de Fato, que apregoam a necessidade de Segurança e Desenvolvimento, com o objetivo de conferir legitimidade a seus atos de Força, violadores freqüentes da Ordem Constitucional.

Afirmamos que o binômio Segurança e Desenvolvimento não tem o condão de transformar uma Ditadura numa Democracia, um Estado de Fato num Estado de Direito.

Declaramos falsa a vulgar afirmação de que o Estado de Direito e a Democracia são "*a sobremesa do desenvolvimento econômico*". O que temos verificado, com freqüência, é que desenvolvimentos econômicos se fazem nas mais hediondas ditaduras.

Nenhum País deve esperar por seu desenvolvimento econômico, para depois implantar o Estado de Direito. Advertimos que os Sistemas, nos Estados de Fato, ficarão permanentemente à espera de um maior desenvolvimento econômico, para nunca implantar o Estado de Direito.

Proclamamos que o Estado de Direito é sempre *primeiro*, porque primeiro estão os direitos e a segurança da pessoa humana. Nenhuma idéia de Segurança Nacional e de Desenvolvimento Econômico prepondera sobre a idéia de que o *Estado existe para servir o homem*.

Estamos convictos de que a segurança dos direitos da pessoa humana é a primeira providência para garantir o verdadeiro desenvolvimento de uma Nação.

Nós queremos segurança e desenvolvimento. Mas queremos segurança e desenvolvimento dentro do Estado de Direito.

Em meio da treva cultural dos Estados de Fato, a chama acesa da consciência jurídica não cessa de reconhecer que não existem, para Estado nenhum, ideais mais altos do que os da Liberdade e da Justiça.

6. A Sociedade Civil e o Governo.

O que dá sentido ao desenvolvimento nacional, o que confere legitimidade às reformas sociais, o que dá autenticidade às renovações do Direito, são as livres manifestações do Povo, em seus órgãos de classe, nos diversos ambientes da vida.

Quem deve propulsionar o desenvolvimento é o Povo organizado, mas livre, porque ele é que tem competência, mais do que ninguém, para defender seus interesses e seus direitos.

Sustentamos que uma Nação desenvolvida é uma Nação que pode manifestar e fazer sentir a sua vontade. É uma Nação com organização popular, com sindicatos autônomos, com centros de debate, com partidos autênticos, com veículos de livre informação. É uma Nação em que o Povo escolhe seus dirigentes, e tem meios de introduzir sua vontade nas deliberações governamentais. É uma Nação em que se acham abertos os amplos e francos canais de comunicação entre a Sociedade Civil e o Governo.

Nos Estados de Fato, esses canais são cortados. Os Governos se encerram em Sistemas fechados, nos quais se instalam os "donos do Poder" Esses "donos do Poder" não são, em verdade, donos do Poder Legítimo: são donos da Força. O que chamam de Poder não é o Poder oriundo do Povo.

A órbita da política não vai além da área palaciana, reduto aureolado de mistério, hermeticamente trancado para a Sociedade Civil.

Nos Estados de Fato, a Sociedade Civil é banida da vida política da Nação. Pelos chefes do Sistema, a Sociedade Civil é tratada como um confuso

conglomerado de ineptos, sem discernimento e sem critério, aventureiros e aproveitadores, incapazes para a vida pública, destituídos de senso moral e de idealismo cívico. Uma multidão de ovelhas negras, que precisa ser continuamente contida e sempre tangida pela inteligência soberana do sábio tutor da Nação.

Nesses Estados, o Poder Executivo, por meio de atos arbitrários, declara a incapacidade da Sociedade Civil, e decreta a sua interdição.

Proclamamos a ilegitimidade de todo sistema político em que fendas ou abismos se abrem entre a Sociedade Civil e o Governo.

Chamamos de *Ditadura* o regime em que o Governo está separado da Sociedade Civil. Ditadura é o regime em que a Sociedade Civil não elege seus Governantes e não participa do Governo. Ditadura é o regime em que o Governo governa sem o Povo. Ditadura é o regime em que o Poder não vem do Povo. Ditadura é o regime que castiga seus adversários e proíbe a contestação das razões em que ela se procura fundar.

Ditadura é o regime que governa para nós, mas sem nós.

Como cultores da Ciência do Direito e do Estado, nós nos recusamos, de uma vez por todas, a aceitar a falsificação dos conceitos. Para nós a Ditadura se chama Ditadura, e a Democracia se chama Democracia.

Os governantes que dão o nome de Democracia à Ditadura nunca nos enganaram e não nos enganarão. Nós saberemos que eles estarão atirando, sobre os ombros do povo, um manto de irrisão.

7. Os Valores Soberanos do Homem, dentro do Estado de Direito.

Neste preciso momento histórico, reassume extraordinária importância a verificação de um fato cósmico. Até o advento do Homem no Universo, a *evolução* era simples mudança na organização física dos seres. Com o surgimento do Homem, a *evolução* passou a ser, também, um *movimento da consciência*.

Seja-nos permitido insistir num truísmo: a evolução do homem é a evolução de sua consciência; e a evolução da consciência é a evolução da cultura.

A nossa tese é a de que o homem se aperfeiçoa à medida que incorpora valores morais ao seu patrimônio espiritual. Sustentamos que os Estados somente progridem, somente se aprimoram, quando tendem a satisfazer ansiedades do coração humano, assegurando a fruição de valores espirituais, de que a importância da vida individual depende.

Sustentamos que um Estado será tanto mais evoluído quanto mais a ordem reinante consagre e garanta o direito dos cidadãos de serem regidos por uma Constituição soberana, elaborada livremente pelos Representantes do Povo, numa Assembléa Nacional Constituinte; o direito de não ver ninguém jamais submetido a disposições de atos legislativos do Poder Executivo, contrários aos preceitos e ao espírito dessa Constituição; o direito de ter um Governo em que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário possam cumprir sua missão com independência, sem medo de represálias e castigos do Poder Executivo; o direito de ter um Poder Executivo limitado pelas normas da Constituição soberana, elaborada pela Assembléa Nacional Constituinte; o direito de escolher, em pleitos democráticos, seus governantes e legisladores; o direito de ser eleito governante ou legislador, e o de ocupar cargos na administração pública; o direito de se fazer ouvir pelos Poderes Públicos, e de introduzir seu pensamento nas decisões do Governo; o direito à liberdade justa, que é o direito de fazer ou de não-fazer o que a lei não proíbe; o direito à igualdade perante a lei que é o direito de cada um de receber o que a cada um pertence; o direito à intimidade e à inviolabilidade do domicílio; o direito à propriedade e o de conservá-la; o direito de organizar livremente sindicatos de trabalhadores, para que estes possam lutar em defesa de seus interesses; o direito à presunção de inocência, dos que não forem declarados culpados, em processo regular; o direito de imediata e ampla defesa dos que forem acusados de ter praticado ato ilícito; o direito de não ser preso, fora dos casos previstos em lei; o direito de não ser mantido preso, em regime de incomunicabilidade, fora dos casos da lei; o direito do não ser condenado a nenhuma pena que a lei não haja cominado antes do delito; o direito de nunca ser submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante; o direito de pedir a manifestação do Poder Judiciário, sempre que houver interesse legítimo de alguém; o direito irrestrito de impetrar *habeas corpus*; o direito de ter Juízes e Tribunais independentes, com prerrogativas que os tornem refratários a injunções de qualquer ordem; o direito de ter uma imprensa livre; o direito de fruir das obras de arte e cultura, sem cortes ou restrições; o direito de exprimir o pensamento, sem qualquer censura, ressalvadas as penas legalmente previstas, para os crimes de calúnia, difamação e injúria; o direito de resposta; o direito de reunião e associação.

Tais direitos são valores soberanos. São ideais que inspiram as ordenações jurídicas das nações verdadeiramente civilizadas. São princípios informadores do Estado de Direito.

Fiquemos apenas com o essencial.

O que queremos é ordem. Somos contrários a qualquer tipo de subversão. Mas a ordem que queremos é a *ordem do Estado de Direito*.

A consciência jurídica do Brasil quer uma coisa só: o *Estado de Direito, já*.

Goffredo Telles Júnior

NOTA: Antes de sua leitura a "Carta" foi subscrita pelos seguintes "Signatários-Lançadores": José Ignácio Botelho de Mesquita, Prof. Titular FDUSP; Fábio Konder Comparato, Prof. Tit. FDUSP; Modesto Carvalhosa, Prof. FDUSP e Presidente da Associação dos Docentes da USP; Irineu Strenger, Prof. Tit. FDUSP; Dalmo de Abreu Dallari, Prof. Tit. FDUSP e Presidente da Comissão Justiça e Paz da Cúria Metropolitana de SP; Mário Simas, Vice-Presidente da Comissão e Paz; Geraldo Ataliba, Prof. FDUSP e Fac. Dir. PUC, ex-Reitor da PUC; José Afonso da Silva, Prof. Tit. FDUSP; Miguel Reale Júnior, Prof. FDUSP; Ignácio da Silva Telles, Prof. FDUSP; Tércio Sampaio Ferraz, Prof. FDUSP; Alcides Jorge Costa, Prof. FDUSP; Gláucio Veiga, Prof. FDUSP e Fac. Dir. Recife; Mário Sérgio Duarte Garcia, Vice-Presidente da Ordem dos Advogados SP; Antônio Cândido de Mello e Souza, Prof. Tit. USP; Paulo Duarte, Prof. Catedr. USP, aposentado; André Franco Montoro, Prof. Catedr. PUC e Senador; Flávio Flores da Cunha Birrenbach, Prof. FDUSP; José Carlos Dias, Adv., Consultor Jurídico da Comissão Justiça e Paz, da Cúria Metrop. de SP; Aliomar Baleeiro, ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal e Prof. Fac. Dir. Univ. Fed. Rio de Janeiro; Hermes Lima, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal e Prof. Fac. Dir. Univ. Fed. Rio Janeiro; Heleno Fragoso, Prof. Fac. Dir. Univ. Fed. Rio Janeiro; João Batista de Arruda Sampaio, Desembargador Trib. Just. SP, aposentado; Raul da Rocha Medeiros, Desembargador Trib. Just. SP, aposentado; Odilon da Costa Manso, desembargador Trib. Just. SP, aposentado; Darcy de Arruda Miranda, Desembargador Trib. Just. SP, aposentado; Hélio Bicudo, Procurador da Justiça SP; Dom Cândido Padim, Bispo de Bauri, Bel. pela FDUSP; Sérgio Bermudes, Conselheiro Federal Ordem Adv.; Tércio Lins e Silva, Conselheiro Ordem Adv. Rio; Cid Riedel, Conselheiro da Ordem Adv. Distrito Federal; Ruy Homem de Mello Lacerda, ex-Presid. da Assoc. dos Adv. SP e Conselheiro; Walter Ceneviva, Vice-Presid. da Assoc. Adv.; Sérgio Marques da Cruz, Conselheiro e ex-Presid. Assoc. Adv.; Luciano de Carvalho, Secret. Educação e Fazenda, do Governo Carvalho Pinto; João Nascimento Franco, Conselheiro do Instituto Adv. e Ordem Adv.; Domingos Marmo, ex-Conselheiro da Ordem Adv.; Walter Laudísio, Conselheiro Assoc. Adv.; Homero Alves de Sá, Cons. Assoc. Adv.; Salim Arida, Cons. Assoc. Adv.; José Carlos da Silva Arouca, Cons. Assoc. Adv.; Joaquim Pacheco Cyrillo, Cons. da Assoc. Adv.; Rubens Ignácio de Souza Rodrigues, Cons. da Assoc. Adv.; Jayme Cueva, Cons. da Assoc. Adv.; Maria Luiza Flores da Cunha Birrenbach, Procuradora do Município SP; José Gregori, Adv. e Prof. da PUC; Lauro Malheiros Filho, Adv.; Aldo Lins e Silva, Adv.;

José Roberto Leal de Carvalho, Adv.; Cantídio Salvador Filardi, ex-Conselheiro da Ordem Adv.; Antônio Carlos Magalhães Malheiros, Adv.; Luiz Eduardo Greenhalgh, Adv.; Márcia Ramos de Souza, Adv.; Arnaldo Malheiros, Adv.; Dione Prado Stamato, Procuradora do Estado de SP; Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Adv.; Pedro Garaude Júnior, Adv.; Alberto Pinto Horta Júnior, Adv.; Manoel Ferraz Whitaker Salles, Adv.; Maria Eugênia Raposo da Silva Telles, Adv.; Edmur de Andrade Nunes Pereira Neto, Adv.; Márcia L. B. Jaime, Adv.; Areobaldo Espínola de Oliveira Lima Filho, Adv.; Alexandre Thiollier Filho, Adv.; Jayme A. da Silva Telles, Adv.; Clóvis de Gouvêa Franco, Adv.; Agripino Doria, Adv.; Edgard de Novacs França Neto, Adv.; Edgard de Novaes França Filho, Adv.; José V. Bernardes, Adv.; Luiz Baptista Pereira de Almeida Filho, Adv.; Luiz Baptista Pereira de Almeida, Adv.; Marcelo Duarte de Oliveira, sacerdote e bacharel, Adv.; Celso Cintra Mori, Adv.; Clarita Carameli, Adv.; Paulo Pereira, Adv.; José Melado Moreno, Adv.; Maria Ferreira Lara, Adv.; Pedro Luiz Aguirre Menin, Adv.; José Nuzzi Neto, Adv.; João Henrique de Almeida Santos, Adv.; Carlos Alberto Queiroz, Adv.; Jayme Queiroz Lopes Filho, Adv.; Paulo R. C. Lara, Adv.; Walter Arruda Júnior, Adv.; Joaquim Renato Correia Freire, Adv.; Darcy Paulilo dos Passos, Adv.; Sílvio Roberto Correia, Adv.; Francisco Mencucci, Adv.; Antônio Costa Correia, Adv.; Francisco Otávio de Almeida Prado, Adv.; Marco Antônio Rodrigues Nahun, Adv.; Léo Duarte de Oliveira, Adv.

TALHADO PARA A GRANDEZA

Maria do Rosário Caetano
Colunista do *Jornal de Brasília*

O Brasil celebra este ano o sesquicentenário de nascimento de Castro Alves, que será lembrado em livros, filmes e relançamento de obras

No próximo dia 14 de março, o País comemora o sesquicentenário de nascimento de Antônio Castro Alves (1847-1871), um dos poetas mais populares da história brasileira.

A Bahia, mais do que todos os territórios, dedicará festejos nobres a um de seus filhos mais ilustres. Mas os festejos de hoje lembram, apenas palidamente, os de 1947, data do centenário. Aí sim, o País festejou para valer. Castro Alves estava no auge, era adorado por multidões, recitado nas escolas e cantado em saraus.

Os tempos mudaram muito. Hoje, os ídolos populares se expressam em outras linguagens. Música, cinema e TV geram os grandes ídolos da juventude. Mesmo assim, São Paulo e Recife, onde estão as duas mais antigas faculdades de Direito do País, lembrarão o aluno brilhante, tribuno afoito e carismático. Brasília também estruturou programação significativa.

Os cineastas Néelson Pereira dos Santos e Sílvio Tendler prepararam dois filmes. O primeiro, ex-aluno da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, vai realizar um longa-metragem intitulado *Castro Alves Guerra e Liberdade*, sobre a agitada passagem do poeta por São Paulo e seu rumoroso caso com a atriz portuguesa, Eugênia Câmara. Tendler fará um documentário.

O diretor da Faculdade de Direito da USP, Álvaro Villaça Azevedo, lembra que a escola que notabilizou seus feitos na história político-institucional brasileira, e teve, além de Castro Alves, alunos brilhantes como Ruy Barbosa, Álvares de Azevedo, Fagundes Varela e o Barão do Rio Branco, estará comemorando, ao longo deste ano, além do sesquicentenário do poeta, seus 170 anos de fundação.

O professor Villaça lembra, ainda, que a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco dará apoio total ao filme *Guerra e Liberdade*, pois "ele

soma esforços de dois de nossos mais brilhantes alunos, Castro Alves e Néilson Pereira dos Santos" diz.

Antes de se transferir para a Faculdade de Direito de São Paulo, Castro Alves estudou na Faculdade de Direito do Recife, a mais antiga do País. Lá tornou-se amigo de Tobias Barreto, outro aluno brilhante. Travaram grande polêmica e dividiram a mocidade. Havia os tobínistas e os castristas. Os recifenses, como os paulistas, lembrarão o poeta dos escravos em sua passagem pela cidade.

Bahia Só na Bahia a festa será de arromba. Se não for, será por negligência da platéia, já que Consuelo Pondé, diretora do Instituto Histórico e Geográfico do Estado, comanda, incansável, a Comissão do Sesquicentenário. Como todo baiano, ela adora festa. Quando o motivo é Castro Alves, o ânimo de Consuelo chega ao paroxismo.

"Costumam dizer aqui na Bahia" - conta, zombeteira "que eu sou viúva de Castro Alves, tamanha é minha veneração por ele. Digo, sem nenhum constrangimento, que ele é o grande herói da nacionalidade brasileira. Um artista como poucos"

"Sabe" tieta a entusiasta admiradora "que eu tenho o nome artístico da última paixão dele, uma italiana (Agnese Trinci Murri) chamada, em seus versos, de Consuelo?" E prossegue: "temos arquivadas cartas nas quais ela jura nunca ter tido nada com Castro Alves. Mesmo assim, brincam comigo que tenho nome igual ao da última amada do poeta"

Depois das brincadeiras, Consuelo Pondé anuncia algumas das atrações dos festejos do Centenário. *"Na Associação Comercial da Bahia, promoveremos sarau idêntico ao último freqüentado pelo poeta. Ele já estava muito doente e tivera o pé amputado (em julho de 1869), depois do tiro que levou numa caçada. Mesmo tuberculoso e com a saúde profundamente abalada, fez questão de comparecer a um encontro em benefício de crianças desvalidas em consequência da Guerra Franco-Prussiana (de 1870). No evento, promovido pelo Comité du Pain, em fevereiro de 1871, ele declamou o poema Quem Dá ao Pobre Empresta a Deus. Foi sua última declamação pública"*

O dia 14 começará com uma romaria a Cabaceiras, onde nasceu o poeta. No Parque Castro Alves será celebrada missa e a população passará o dia inteiro dedicada a atividades artísticas em memória do filho mais ilustre.

Em Salvador, na Praça Castro Alves, cantada por Caetano Veloso, os festejos serão múltiplos. *"Queremos tudo ao ar livre" - avisa Consuelo - "para*

sermos coerentes com o poeta" Ele disse em um de seus poemas mais famosos que "a praça é do povo/como o céu é do condor". Por isto, o ator Jackson Costa, das novelas *Renascer* e *Tocaia Grande*, está escalado para declamar versos de Castro Alves, ao pé da estátua.

No mesmo local, serão lançados selo e cartão telefônico comemorativos ao sesquicentenário do vate baiano. A Odebrecht lançará, então, álbum com fotos e documentos que narram a (curta) história do autor de *Os Escravos* e do drama *Gonzaga A Revolução de Minas*. "Entre as raridades documentadas no livro" avisa Consuelo "estarão fotos de uma mecha de cabelo de Castro Alves, a mesa onde ele escreveu 'Espumas Flutuantes', reproduções em fac-símile de poemas manuscritos, e boa-parte de sua memória, que guardamos com zelo pretoriano"

A mecha de cabelo de Castro Alves mostra a que nível chegava a adoração popular ao poeta romântico. Antes de ser enterrado, houve quem achasse por bem guardar uma das mechas de seus belos e fartos cabelos. Aliás, um dos grandes atrativos de sua bela e invejada estampa. Homem de várias amantes, Castro Alves viveu com a atriz Eugênia Câmara, seu mais tórrido romance. Dez anos mais velha do que ele, Eugênia só cedeu depois de constatar a audácia dos versos enviados insistentemente pelo poeta. Os momentos vividos pelo casal são evocados por Castro Alves no poema *Aves de Arribação*, de 1870.

Na lista de convidados dos festejos baianos, está Jacy Faria Souto, de 80 anos, sobrinha-neta de Castro Alves. Ela esteve nos festejos de 1947 e garantiu deixar Petrópolis, onde vive, para ir a Salvador, festejar o tio ilustre.

UM "CHE" GUEVARA ABOLICIONISTA

O cineasta Néelson Pereira dos Santos vai recriar uma parte da história do poeta Castro Alves num épico histórico-literário-bélico

Néelson Pereira dos Santos vai imprimir no celulóide um sonho de dezoito anos. Ou seja, filmar parte da história do poeta Antônio de Castro Alves. Justo o período em que ele passou na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo. A mesma escola em que o cineasta realizou seu curso de advocacia. O filme será um longa-metragem de conteúdo histórico-literário-bélico.

Em 1979, Nélson escreveu o roteiro do filme *Castro Alves*, registrando a passagem do poeta romântico baiano pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, centro de São Paulo. Usou como base imensa pesquisa coordenada por Rudá de Andrade e levada a cabo por historiadores, professores de Letras e arquitetos da USP e Unicamp.

Rudá lembra bem de um dos estudos, que demandou viagens da equipe a estúdios de Los Angeles. "Nélson precisaria registrar a Faculdade de Direito no Largo de São Francisco, onde estudava Castro Alves, tal qual ela se apresentava em 1869. Ou seja, *"cercada de riachos e lavadeiras, áreas verdes e nenhum prédio"* Kitings estudou os efeitos especiais que permitiram a maquiagem cenográfica na São Paulo do final do século XX, já totalmente ocupada por prédios altos. *"Hoje"* lembra Rudá *"com o desenvolvimento dos efeitos especiais, será bem menos complicado recriar a São Paulo de 152 anos atrás, que no começo dos anos 80"* O desenhista Valandro Kitings já retomou seu trabalho na pré-produção de *Castro Alves*.

Retomada - O custo de produção de *Castro Alves* e o desejo de filmar *Memórias do Cárcere*, de Graciliano Ramos, adiaram o projeto por alguns anos. Na segunda metade dos anos 80, Nélson sonhou em retomá-lo. Faltou quem ousasse financiar um filme histórico, orçado em US\$ 3,5 milhões.

O sonho tornou-se impossível na primeira metade dos anos 90. Com o Governo Collor, o cinema brasileiro ficou à deriva. Agora, com a nova Lei do Desenvolvimento do Audiovisual, o projeto do autor do clássico *Vidas Secas* ganhou fôlego. Produtores franceses e portugueses mostram imenso entusiasmo pela história do bardo romântico, poeta de extração huguiana e abolicionista militante. Além de amante da atriz Eugênia Câmara.

Antônio de Castro Alves foi uma espécie de "Che" Guevara da poesia. Morreu aos 24 anos, tísico e famoso. Belo, muito belo - dizia a lenda - olhava-se no espelho e comentava: *"senhoras mães, segurem suas filhas, Castro Alves vai sair às ruas"*

A quem caberá a honra de interpretar o bardo? A Marcos Palmeira? Ou a Bruno Campos, um dos galãs de *O Quatrilho*? Nélson diz preferir um desconhecido. Se o ator for nascido na Bahia, melhor ainda. Pretende escolhê-lo em testes públicos. Os candidatos deverão aparentar apenas 21 anos, idade de Castro Alves nos agitados tempos da Guerra do Paraguai.

Orçamento Castro Alves, o filme, se passa na São Paulo do ano de 1868, quando o jovem baiano estudava Direito no Largo de São Francisco e vivia maritalmente com a atriz Eugênia Câmara, de 28 anos.

Além dele, destacam-se na trama cinco outros personagens de relevo: Ruy Barbosa, Joaquim Nabuco, José Bonifácio, o Moço, o poeta satírico e ex-escravo, Luís Gama, e Dionísio Cerqueira.

Nélson lembra que *"os três primeiros tornaram-se muito famosos. Luís Gama e Dionísio, porém, foram quase esquecidos"* Dionísio - acrescenta *"tornou-se um militar de grande prestígio. Chegou ao generalato. É dele um dos livros que fundamentam as pesquisas do filme: 'Reminiscências da Guerra do Paraguai'"*

O filme vai concentrar-se na ação dos jovens estudantes sendo Castro Alves, o foco das melhores atenções. E haverá espaço nobre para o amor do vate por Eugênia Câmara, atriz portuguesa que chegou à posteridade como *"uma víbora"* Nélson discorda e a define como *"uma mulher fantástica, injustamente maltratada pelos biógrafos do poeta"*

Na moralista sociedade brasileira do século passado, ela era a atriz de *"vida fácil"* mais velha e que mantinha um caso com um jovem poeta-e-estudante, sem estar unida a ele pelos laços do casamento. Os biógrafos, lembra Nélson, *"culpam Eugênia pelo fato de Castro Alves levar vida boêmia e, principalmente, por beber muito. Acusam-na, com freqüência, de ser alcoólatra"*

No filme, o enfoque será diferente. O cineasta avisa que *"as pesquisas de nossa equipe comprovam que ela era uma mulher maravilhosa, uma intelectual e artista sensível. Publicou livro de poemas, escrevia manifestos, planejava montagens teatrais ousadas e de temática brasileira. No tempo, histórico do filme, ela cuida da produção de Gonzaga, drama escrito por Castro Alves a partir do poeta inconfidente, Tomás Antônio Gonzaga"*

Abolicionista No roteiro escrito por Nélson, a partir das pesquisas do grupo liberado por Rudá de Andrade, a luta pela Abolição da Escravatura e a Guerra do Paraguai terão lugar de destaque.

"Pretendo" avisa o cineasta *"mostrar que a reação dos jovens abolicionistas à Guerra do Paraguai encontra perfeito parâmetro na reação dos jovens americanos à Guerra do Vietnã. Houve um movimento de massa liderado por estudantes brasileiros (entre eles Castro Alves) contra a Guerra da Tríplice*

Aliança (Brasil, Argentina, Uruguai) que quase dizimou o Paraguai de Solano Lopez"

No início do conflito, Castro Alves até escreveu poema para os jovens voluntários. Conclamava-os a trocar os livros pela espada e lembrava que houve quem usasse a espada como pena (Napoleão). Conclamava os jovens a ir para os campos de batalha, a partirem em busca da glória. Agindo assim, entrariam para a História. Ele mesmo não foi, pois já era tísico nesta época.

"Depois" pondera Néelson "a Guerra do Paraguai começou a se prolongar demais. Durou até 1871. Os intelectuais, artistas e cidadãos mais conscientes perceberam que o conflito servia de desculpa para adiar a solução de todos os problemas nacionais. Em especial, a escravidão. E Castro Alves e seus colegas mais atuantes eram abolicionistas. Mudaram de opinião"

Néelson está cuidando da captação de recursos orçamentários para seu épico castroalvino. As filmagens estão previstas para o final deste ano. No mais tardar, no primeiro semestre de 98.

AMANTE DA POESIA E DA POLÊMICA

Antônio Frederico de Castro Alves nasceu no dia 14 de março de 1847, na Fazenda de Cabaceiras, no município de Muritiba, e faleceu em Salvador, Bahia, 24 anos depois (em 06 de julho de 1871), vitimado pelo mal do século, a tuberculose. Ao contrário de seus contemporâneos, Gonçalves Dias (1823-1864), José de Alencar (1829-1877), Machado de Assis (1839-1908), teve curto tempo para escrever sua obra.

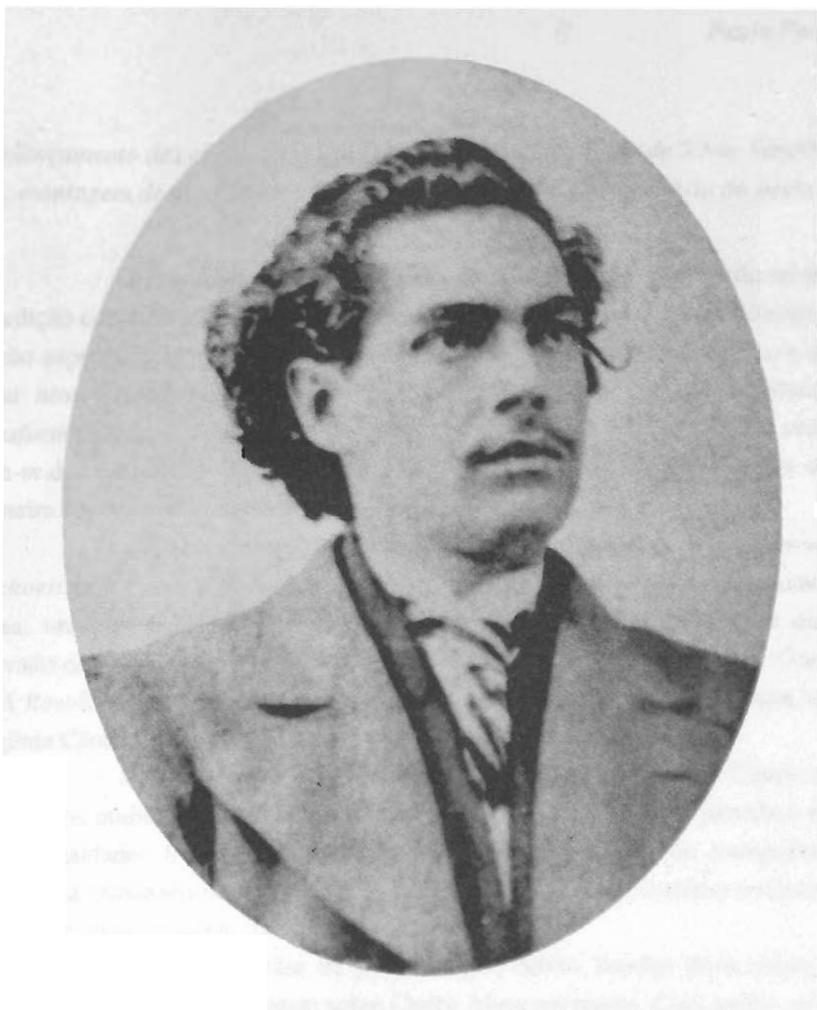
Encontrava-se no auge de sua criatividade, quando a tísica, agravada por complicações de saúde advindas de traumática amputação do pé, ferido numa caçada e em ponto de gangrenar, o levou. Só um de seus livros *Espumas Flutuantes* - fora publicado. Mesmo assim, ele era um astro fulgurante. Seus recitais mobilizavam platéias imensas. Sua polêmica com Tobias Barreto sacudiu o Recife.

Depois da morte, a fama do bardo baiano só fez aumentar. Até os anos 60 deste século, ele era um ídolo nas escolas primária e secundária. Não havia grêmio escolar, que não promovesse recitais de *O Navio Negreiro*. Castro Alves fascinava com seus excessos e sua paixão abolicionista. Tornou-se o símbolo dos que lutavam por causas humanitárias. A morte prematura o transformou num mártir.

No segundo volume de *Formação da Literatura Brasileira*, Antonio Candido destaca: "*Os seus (da obra de Castro Alves) aspectos positivo e negativo atingem o grau máximo na poesia abolicionista, onde a beleza lírica se alterna ou mistura ao mau gosto oratório e folhetinesco. Ela é o seu florão maior, não apenas por ser sua contribuição mais pessoal à nossa evolução poética, mas porque reúne os dois aspectos fundamentais da sua obra: poesia pública e poesia privada a sociedade e o eu*"

A poesia negra do escritor é definida como *verdadeiro milagre*, uma vez que "*o negro era a realidade degradante, sem categoria de arte, sem lenda heróica*" O ensaio de Candido constitui leitura obrigatória para os admiradores do poeta baiano.

Castro Alves faleceu numa tarde ensolarada. E tinha razões de sobra para orgulhar-se. Nenhum poeta brasileiro, antes ou depois dele, causaria tanto furor em míseros 24 anos de vida.



O autor de “Espumas Flutuantes” em uma de suas últimas fotos, em São Paulo

CASTRO ALVES EM LIVRO, VÍDEO E TEATRO - RELANÇAMENTO DAS OBRAS COMPLETAS DO POETA

Paulo Paniago

Relançamento das obras completas pela Nova Aguilar, vídeo de Sílvio Tandler e montagem de peça por Marcelo Souza marcam sesquicentenário do poeta

Castro Alves Obra Completa, da Nova Aguilar, está sendo relançada em edição comemorativa do sesquicentenário. Organizada por Eugênio Gomes, essa edição especial ganhou uma nota extra, assinada por Alexei Bueno, que explica: "uma nova revisão pôde corrigir as poucas inexatidões que ainda persistiam, transformando-a na mais correta obra integral do poeta dos escravos" Na verdade, trata-se de correção da segunda edição, que está sendo impressa pela terceira vez. A primeira edição, é bom lembrar, é de 1960.

Além das obras de poesias (*Espumas Flutuantes, Os Escravos, A Cachoeira de Paulo Afonso, Gonzaga*), o volume único apresenta seus textos em prosa, uma alentada seção de notas e variantes, e, como apêndice, um diálogo (travado em cartas) entre José de Alencar e Machado de Assis, acerca de *Gonzaga ou A Revolução de Minas*, o drama composto por Castro Alves por sua musa, a atriz Eugênia Câmara.

Sobretudo, o livro permite conhecer outros poemas de Castro Alves que não os muitos divulgados como *O Navio Negreiro*. É possível perceber, então, as desigualdades de um poeta que primou pela intensidade da vida, transposta para sua poesia. Assinado por Jorge Amado, *ABC de Castro Alves* continua um campeão de vendas, tendo passado da 30ª edição.

Filme Em fase de pré-produção, Sílvio Tandler deve começar as filmagens de seu curta-metragem sobre Castro Alves em março. Com quinze minutos de duração, Tandler fala que a vida de Castro Alves fornece material para um longa, mas que vai enfrentar o desafio de fazer uma "grande síntese" O roteiro, do próprio Tandler, foi apresentado ao Instituto Cultural Itaú, que financia uma parte da produção.

"Sempre tive vontade de filmar Castro Alves, porque ele teve uma vida fantástica", declara o documentarista, que deve usar atores e mudar o estilo tradicional de narrativa de documentários. "Um sujeito que nasce como poeta aos doze anos e morre aos 24, era ousado e atrevido, dizia coisas como 'sinto em mim o borbulhar do gênio' algo que só ele, Darcy Ribeiro e Glauber Rocha, teriam coragem de dizer; um poeta assim é ótimo para se discutir a importância do artista no mundo"

O elenco ainda está sendo escolhido, mas a decisão mais premente para Tendler são as locações, uma vez que Castro Alves nasceu por Salvador, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo.

Selo Um selo com a imagem de Castro Alves, a imagem de Salvador, de uma cena de castigo em praça pública e de um trecho do poema *O Navio Negreiro*, será lançado dia 14 de março, exatamente 150 anos depois da data de nascimento do poeta condoreiro, considerado o último romântico brasileiro.

Peça - Marcelo Souza, diretor de teatro, exercendo atualmente função de chefe de gabinete do diretor da Fundação Cultural, está em fase de pré-produção da peça *O Condor*, um texto da carioca Ana Maria Nunes. Os atores Luís Guilherme Baptista e Marília Barbosa já estão envolvidos com a peça, que deve estreiar no final de agosto ou início de setembro. A peça conta a história de Castro Alves "de maneira teatral" conforme definição do diretor, que dá um quadro geral: "Há, claro, a poesia, mas também a paixão pela atriz Eugênia Câmara e a relação com o abolicionismo. Castro Alves era juvenil, superficial, um abolicionista de primeira hora"

Castro Alves *Obra Completa*, de Castro Alves. Rio de Janeiro, Nova Aguilar, 1997, 910 p. Organização de Eugênio Gomes.

***DISCURSOS E CONFERÊNCIAS
ABORDANDO OS 170 ANOS***

AOS BACHARÉIS DE 1997 DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Fábio Konder Comparato

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

A vinda ao mundo de uma nova geração é sempre um espetáculo de renovada esperança na vitória da vida sobre a morte. A formatura de novos bacharéis de nossa Faculdade, no dia-aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é, da mesma forma, a esperança renovada de que o mundo da Justiça e da dignidade humana acabará, enfim, por prevalecer contra as forças da opressão, da desigualdade e da exclusão social.

Não posso, porém, entretê-los na ilusão. Os tempos são duros, frios, cruéis. Somos, todos, criaturas de um dos séculos mais opressivos e sanguinários da História. Um século em que o Estado totalitário, em suas várias modalidades comunistas, fascistas ou fundamentalistas comandou o extermínio de cerca de cem milhões de seres humanos, não como resultado de guerras externas, mas sim como produto de um incomensurável abuso de poder. Um século que levou a demência bélica ao paroxismo da invenção e utilização das armas atômicas, cujos efeitos mutilantes e letais produzem-se de geração em geração, num cortejo de horrores.

Vivemos, também nós brasileiros, tempos duros, frios cruéis.

Não me refiro, apenas, às dificuldades econômicas que já começam a se abater sobre nós, como conseqüência previsível da criminosa aplicação, pelos mais altos governantes da nação, de políticas temerárias, fundadas em abstrações ideológicas mal-assimiladas e pior executoras.

Quero referir-me, sobretudo, à difusão, de alguns anos a esta parte, em toda a sociedade brasileira, do sopro gélido do mais feroz egoísmo. Confunde-se, grotescamente, a comunidade política com uma sociedade mercantil. O objetivo último é o lucro e não o serviço público. A cidadania restringe-se aos proprietários e capitalistas. A soberania não pertence ao povo, mas aos detentores do poder econômico.

Segundo essa concepção mercantil da vida política, os ideólogos do individualismo liberal não cessam de intoxicar as novas gerações com a absurda

idéia de que o bem-comum é naturalmente alcançado pela busca do ganho e das vantagens individuais, pelo exercício sem peias da rivalidade e da concorrência pessoal nos setores mais nobres da vida coletiva, pela substituição do bem-estar público pelo interesse privado, pela submissão do Brasil aos interesses hegemônicos do capitalismo internacional.

Ora, essa intoxicação moral de nossa juventude, naturalmente generosa, solidária e patriótica, constitui o mais hediondo dos crimes e a pior depravação de costumes; aquela que, como bem advertiu o Evangelho, representa um pecado sem remissão.

Toda a nossa esperança, pois, repousa na capacidade de indignação dos jovens contra o cinismo, a crueldade e a corrupção das classes dirigentes. Num movimento oposto à lei biológica, é dos filhos que esperamos, neste crítico momento histórico, a regeneração dos pais; é a juventude que terá de assumir a colossal tarefa de reeducar as gerações mais velhas. Repito-lhes, mais uma vez, a advertência que Georges Bernanos fez aos jovens franceses, empenhados na resistência contra o nazismo e contra o comprometimento moral das elites com o invasor estrangeiro: *É a febre da juventude, disse ele, que mantém o mundo em sua temperatura normal. No dia em que os jovens perderem seu entusiasmo febril, o mundo inteiro morrerá de frio.*

Os bacharéis da 165ª turma da Academia de Direito de São Paulo estão em posição privilegiada para liderar a campanha de regeneração nacional. Eles sabem, com a intuição certa da juventude, que a política interna deste País só conhece dois partidos: o partido do povo e o das classes dominantes. Eles sabem, como bem disse esse monumento vivo de brasilidade que é Barbosa Lima Sobrinho, que a política externa deste País também só conhece dois partidos: o de Tiradentes e o de Joaquim Silvério dos Reis.

É de vocês, queridos amigos, seguindo a mais límpida tradição das Arcadas, do Centro Acadêmico XI de Agosto e de seu patrono perpétuo, o Professor Goffredo da Silva Telles Júnior, que há de vir o grande impulso de defesa do povo brasileiro perante os oligarcas de sempre; a grande revolta da Nação brasileira contra a dominação alienígena, apresentada como um fato inelutável da natureza, sob a idéia blandiciosa de globalização.

Dentro em pouco, vocês todos se levantarão para proferir o juramento solene do bacharel em Direito. Ao repetirem a palavra sublime de Justiça, pensem na dignidade eminente da pessoa humana, que é cotidianamente espezinhada entre nós,

pela institucionalização da mais ignóbil desigualdade social de que se tem notícia no mundo contemporâneo. Lembrem-se dos dados assustadores, confessados no relatório oficial brasileiro à Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social de Copenhague, em 1995. Enquanto, na década de 60, a renda apropriada pelos 10% mais ricos de nossa população era 34 vezes superior à renda apropriada pelos 10% mais pobres, atualmente essa proporção se eleva a 78 vezes, ou seja, mais do que dobrou em trinta anos. Enquanto os 10% mais ricos da sociedade brasileira apossam-se, todos os anos, de metade da renda nacional, os 50% mais pobres são obrigados a se contentar com 12% dessa mesma renda, e os 10% mais pobres com menos de 1%. Lembrem-se de que, como confessa esse relatório oficial, um terço da população brasileira, isto é, exatamente 33%, estão abaixo da linha de pobreza, com uma renda *per capita* inferior a 60 dólares por mês.

Vivemos, na verdade, não uma simples crise de governo, mas uma profunda crise de regime político. A oligarquia de sempre já não tem condições de sobrevivência, e a tentativa absurda de fazer funcionar uma democracia sem povo é obviamente fadada ao fracasso. Vários sinais promissores nos indicam que o povo brasileiro está em vias de assumir e exercer o seu poder soberano, reivindicando a participação direta nas grandes decisões políticas. Para auxiliá-lo neste momento histórico revolucionário, é inevitável que o Povo recorra à competência e ao espírito cívico dos novos bacharéis em Direito.

Quando isto suceder, não tenho dúvidas de que esta turma das Arcadas responderá com entusiasmo e a uma só voz: - Presente!

Viva o Povo Brasileiro!

São Paulo, dezembro de 1997.

ÉTICA COMO NECESSIDADE¹

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo

Professor Doutor do Departamento de Direito Processual
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Queridos alunos:

É costume ao término de sua fala o paraninfo cumprimentar-lhes as famílias e lhes desejar muito bom êxito, no correr da vida profissional. Apresso-me a fazê-lo logo. Saúdo-as; e a todos os formandos quero ver bem-sucedidos.

Peço, entretanto, que atentem, sempre, para a maneira de ser e de proceder, como advogados, delegados de Polícia, promotores de Justiça, juízes de Direito, legisladores, ou como administradores públicos.

Nenhuma profissão se exerce com dignidade, no abandono do comportamento ético. Tal afirmação pela evidência mostrar-se-ia desútil não fora os tempos.

O Estado - dizia-se, secularmente era uma empresa do povo. Hoje percebe-se - tornou-se de alguns, assumindo afeição quase privado.

O pleno descompromisso com a verdade exhibe-se qual destreza política, em só construí-la em vez de desvendá-la. A mentira converteu-se, assim, em elemento prevalente de estratégias eleitorais e de governos. E, o significado das palavras falsea-se. A mais atormentante agiotagem recebe a denominação de instrumento de política econômica. A alucinação tributária apresenta-se como meio razoável de atingir a Justiça social. O desamparo - ainda exemplificando - das cidades vida urbana e paz pública - ostenta-se como dever descumprido, porém, de toda a comunhão social; e, tão-só, contingente responsabilidade dos governantes.

A legislação descuidada, assistemática e contraditória serve ao imediato, à situação emergente. Muita vez, despontando a toque de imprensa; como vem sucedendo no Direito e no processo penal. Atendem-se às aparências; mas, se acha perdendo o sentido comum de torto e de direito.

1. Discurso proferido pelo professor Sérgio Pitombo, em homenagem à turma do ano de 1997.

A Justiça falha, algumas vezes, seja em virtude da burocracia judiciária; seja pela resistência insuficiente ao cortesanismo. Na base da disfunção, acha-se o entorpecimento da igualdade.

Senhores formandos: nestas derradeiras e breves palavras de professor, concito-os a questionar, durante a existência, sobre o valor, que os levará; ou que os conduziu a agir, nos diversos lanços da profissão. Animo-os a meditar na dimensão pessoal da conduta, a partir-lhe do motivo ético. Desnecessário lembrá-los de que nenhum juízo ético importa, se não serve para orientar a vida prática.

Aguardo, pois, que o bom êxito, o sucesso, antes desejado, concretize-se no arredamento da angústia moral e na construção de um Brasil melhor e mais justo.

São Paulo, 10 de dezembro de 1997.

BANDEIRANTES DO DIREITO NO TERCEIRO MILÊNIO

Thiago Augustus Santiago Neves
Bacharelado da Turma de 1997 da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

*Mensagem da Turma dos 170 Anos das Arcadas - comprometida com a Pátria,
sempre.*

*"Acima do direito formal, da legalidade estrita, existe um direito, 'mais positivo do
que esse', porque é, a um tempo, 'mais legítimo e mais forte: o direito que resulta do
desenvolvimento humano' "*

Ruy Barbosa

Exmo. Professor Álvaro Villaça Azevedo, Diretor da Faculdade de Direito do Largo
de São Francisco.

Exmo. Professor Fábio Konder Comparato, Patrono da Turma de 1997.

Exmo. Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Paraninfo da Turma da Manhã.

Exmo. Professor José Roberto do Santos Bedaque, Paraninfo da Turma da Noite.

Exmo. Secretário de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de S. Paulo Dr.
Belizário dos Santos Jr.

Demais autoridades presentes.

Queridos Mestres homenageados.

Funcionários da Escola.

Amigos.

Senhoras e Senhores.

Versos de um viajante

Ai! Nenhum Mago da Chaldéa sabia

A dor abrandará que me devora.

(Fagundes Varella)

"Tenho saudade das cidades vastas,
 Dos ínvios cerros, do ambiente azul...
 Tenho saudade dos cerúleos mares,
 Das belas filhas do país do sul!

Tenho saudades de meus dias idos
 - Pétalas perdidas em fatal paul -
 Pétalas que outrora desfolhamos juntos,
 Morenas filhas do país do sul!

(...)

Tenho saudades...ai! de ti, São Paulo,
 - Rosa de Espanha no hibernal Friul
 Quando o estudante e a serenata acordam
 As belas filhas do país do sul..."

(In Castro Alves, *Espumas flutuantes*.
 Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1932,
 pp. 106 e 107)

Saudade, palavra sem igual, a decifrar um sentimento que já foi do genial poeta baiano, condor ensandecido de liberdade que ainda povoa nosso imaginário, ele também vítima feliz da paixão pela São Francisco.

Ao fim do curso, assim que o véu invisível e protetor da Academia insinuou um adeus, nós, tal o poeta, começamos a sentir saudade.

Em menos de segundo, agora, é possível que todos nós estejamos a retroceder nossa misteriosa memória para lembrar os primeiros flertes com a imponente fachada da Faculdade.

Ali, a partir do Largo eterno, fitando os três enormes pórticos encimados pelos poetas sentinelas Castro Alves, Álvares de Azevedo, Fagundes Varela, como que enlevados pela mística dos fantasmas históricos e hipnotizados pelos ecos dos discursos que as suas paredes ressoam, adentramos o *Território Livre*.

Cumprimentamos o moço, José Bonifácio, sempre firme e bem trajado, para, em seguida, passarmos às Arcadas e mergulharmos mais nessa verdadeira liturgia.

Chegamos, então, ao palco admirável. De um canto a outro, flanamos.

Algazarras, conversas para todos os gostos.

Declarações apaixonadas, diálogos secos, empolgados, protocolares, ensaiados até, por que não?

Toda essa energia vital e comunicativa aumentando mais e mais nesses 170 anos, desde que, em 11 de agosto de 1827, no Paço Imperial, Pedro I assinou a lei instituidora dos dois primeiros cursos de ciências jurídicas e sociais do Brasil, o de São Paulo e o de Olinda.

Mas, não pensemos em mero ato de príncipe. A gênese não se deu assim. Acontecia antes...

Não foi só a tinta que escorreu daquela pena antiga para gravar-se eternamente no diploma.

A São Francisco nasceu de uma exigência do povo brasileiro, sequioso de cultura a ser produzida e reproduzida em território nacional.

A Escola já existia antes, crepitava no sentido da libertação!

Talvez, a diferença marcante apenas fosse a de que nós não teríamos mais de transpor o Atlântico, em busca das letras jurídicas da Península Ibérica.

E quanta tarefa hercúlea nos reservava esta Terra de Santa Cruz. Começaríamos a exercer a criatividade a partir daqui mesmo.

A Academia de Direito de São Paulo significa, certamente, uma segunda independência para o País. Civilizou a antiga província, aculturou os labregões. Fundou a imprensa livre. Aboliu a hedionda escravatura. Empreendeu a luta republicana. Defendeu a Constituição. Insurgiu-se contra o arbítrio sempre que a Pátria a convocou e, por isso, sempre que preciso, deixaram e deixarão os seus alunos e os seus mestres a folha dobrada para morrer pelo Brasil.

Gente do povo, professores, advogados, juízes, promotores, delegados de polícia, jornalistas, políticos, diplomatas, diletantes, artistas, amantes da aventura, a esses todos cidadãos, que fizeram e fazem a Escola sempre nova, fica registrada nossa reverência neste ano histórico.

Reverência, sim. Mas não a reverência entorpecida dos indolentes, equivocadamente desejosos de glórias pretéritas que não nos pertencem mais, *senão* como exemplo da *pertinácia*, do *destemor* e do *idealismo* sem jaça dos jovens de outrora.

Afinal, aquele espanhol noveleiro já nos ensinou que cada um é filho de suas próprias obras.

E nós bem sabemos que de nada adianta nos aferrarmos à lembrança dos nossos taumaturgos e bravos ancestrais, à moda de um fidalgo Ramires de ilustre casa.

Nós temos de ir além! Nós temos de compreender o nosso tempo, enxergar as suas demandas num sentido prospectivo e respondê-las cabalmente!

Não estivemos cinco anos juntos apenas imersos numa atmosfera evocativa e honorável.

Estivemos conhecendo-nos e, sobretudo, tivemos a oportunidade de perscrutar a realidade brasileira.

Situemo-nos.

1993, data de nosso ingresso nas Arcadas, ainda era um momento de perplexidade para a Nação.

No ano anterior, havíamos dado fim a uma quadra convulsionada e aflitiva, na qual estava em questão a própria legitimidade do chefe do Poder Executivo Federal.

Nós, nascidos sob o império dos governos militares, crianças ainda no processo de redemocratização de meados da década de 1980, recém-ingressos na Universidade velávamos pelas instituições.

E continuamos: cuidando que as instituições não sejam maculadas, nem sejam atiradas em vórtice insondável.

O profligar das barreiras internacionais, o sistema representativo ineficaz e decadente, o Estado que precisa definir seus contornos e fins, os pouquíssimos nababos, os milhões de brasileiros paradoxalmente esfaimados em solo dos mais ecúmenos do mundo, a inaceitável falta de letras em povo tão inventivo às portas de revoluções diárias do conhecimento, a pauperização crescente, a corrupção também, a política comezinha (fácil de entender, difícil de aceitar). Mas um país que não quer permanecer de joelhos, quer impor-se! O Brasil que carece de autêntico projeto nacional, para não ser logrado na trágica imitação impertinente de modelos alheios.

Instituições, portanto, para serem preservadas, devem renovar-se.

É o que sucede com a tradição. Somente a merece quem a renova. Aí, sim, estará presente o *espírito da Academia*.

E há que mudar muita coisa, sim. Há que despertar a nossa capacidade de indignação, como nos incitou o eminente Professor Fábio Comparato. Não

podemos nos envergonhar diante dos desafios. Este é o nosso tempo. Tempo que não pode se perder na sua acepção meramente cronológica, mas deve consignar toda missão, todo dever de inovar, toda faina que nos aguarda.

É ver e crer que somos uma civilização original, a mais resplandecente das experiências multiculturais nestas plagas americanas.

E, no entanto, se assim quisermos - e como queremos! - ainda há que construir uma nação mais justa, estável, jamais estática.

A grandeza de nossa geração está aí: neste por fazer.

Devemos ser mais ativos e seremos!

A realidade, soez, complacente com a miséria, aturdindo massas ingentes, sufocando os direitos e garantias fundamentais, desprezando muita vez a Carta Magna - fundada na dignidade da pessoa humana -, não pode merecer de nós o descaso asfíxiante e silencioso de técnicos que se trancam em gabinetes como seres do báratro. Nem tampouco podemos nós ter o luxo das bacharelescas cabotagens exegeticas, usinando magras certezas jurídicas.

Certeza mesmo é que temos de viver, de nos inteirar do mundo, de nos vermos e aquilo que se passa ao nosso redor. Viver, portanto, vai significar a miríade das nossas tribulações e dos nossos contatos com as coisas do mundo.

Porém, não só isso, porque viver também é perpétuo decidir o que ser: liberdade encerrando sua aura contagiante.

Liberdade, que não vem desacompanhada.

Liberdade, que é pressuposto de todo direito.

Direito, condição de todo regime que se pretende *democrático*.

Liberdade, Direito, Democracia, palavras que não são pronunciadas em vão.

Palavras que, no magistério do autor da célebre *Carta aos Brasileiros*, um brado que sintetizou o anseio popular pela normalização institucional, "não são criações da fantasia. Porque "Cada palavra tem seu sacrário... E quem escrevesse a história das palavras, escreveria a história das religiões e das filosofias.

Senhores:

Neste momento capital de nossa existência, vem-nos, inquebrantável, o compromisso maiúsculo que assumimos perante a sociedade, a quem devemos toda confiança em nós investida nestes cinco anos.

O desiderato dos agora egressos das Arcadas, saibam todos, é de se responsabilizar, porque as lições que tivemos não se restringem às teorias mais importantes, mas alargam-se no amplo horizonte de persecução da cidadania concreta, tangível.

E quando falamos das lições, Professor Pitombo, queremos dizer que, além de preciosos e precisos ensinamentos de Processo Penal, suas aulas foram verdadeiro apostolado de civismo, civismo de quem ama o Direito, ama a sua Escola e o seu País. Civismo, nós sabemos, de *guardador do fogo do Pátio*, "o lugar onde se aprende demais, onde se pode, querendo, preparar para a vida."

Aprendemos a sua mensagem e, agora, em nossa cruzada uma imposição nos fazemos: ter coragem!

Coragem de não vergar diante das ribaldarias que ainda grassam a corromper o objetivo de Justiça social.

Coragem de repudiar e aniquilar a ética utilitarista que alguns pretendem instalar de uma vez por todas.

Coragem que não pode ser tida por renitência - de afastar a noção de útil da noção de justo.

Acadêmicos do Largo de São Francisco:

Já disse o filósofo que a geração é como uma caravana em que o homem vai prisioneiro, mas secretamente voluntário, feliz, porque atrelado aos poetas da sua idade, às idéias políticas da sua era, à mulher bonita do seu tempo.

Que passagem feliz a de nossa caravana pela São Francisco! Conquistas laboriosas, encantamentos surpreendentes, convivência cordial, amiga, algumas desilusões prematuras, sonhos que se vão perpetuando, os encontros, as despedidas, os reencontros... (as lembranças dos caminhos mais difíceis, mais custosos, dos mais alegres como aquele de todo outubro: Largo de São Francisco, Viaduto do Chá, atrás do Municipal, Praça da República, São Luiz, Maria Paula, João Mendes, Largo de São Francisco, sempre! Faculdade da História, nossas

histórias na Faculdade, o garçom que nem sempre colocou um sorriso no rosto nem tirou a conta da mesa, o quase centenário "XI de Agosto" a Atlética, a Academia de Letras, as récitas, seus poemas e suas musas, a imprensa acadêmica, as aulas no estilo coimbrão, as Arcadas, a coisa mais bela que nelas existe: "...O canto da mocidade/ Que alegra a nossa saudade").

Mestres, pais, família, funcionários, amigos:

Num ato de comprometimento, está diante de todos uma nova legião de bacharéis, um grupo de bandeirantes do Direito com o mister de desbravar o Terceiro Milênio.

Gente desta Paulicéia, gente que veio dos mais distantes rincões da Pátria, dos interiores, dos litorais, *das Alterosas* e até dos Andes, gente que aprendeu na verdadeira vida universitária, no abrigo etéreo das Arcadas, que a Justiça, perquirida em cada novo diploma que se cria, é um sentimento indelevelmente gravado no coração dos homens e, por isso, só o humilde conhecimento de nós mesmos pode levar ao espírito das leis.

Arcadas, dezembro de 1997

TIBET A LUTA PELOS DIREITOS DE UMA CULTURA

No dia 09 de dezembro, às 10h00, no Auditório XI de Agosto da Faculdade de Direito, deu-se início à Conferência "*Tibet A Luta pelos Direitos de uma Cultura*" cujo tema foi apresentado pelo professor Samdhong Rinpoche, presidente das Câmara dos Deputados do Governo do Tibet, no exílio.

A mesa de honra foi formada pelos professores Álvaro Villaça Azevedo, diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e Dalmo de Abreu Dallari, professor da Faculdade de Direito e vice-presidente da Comissão Internacional de Juristas, pelo monsenhor Dario Bevilacqua, representante de Dom Paulo Evaristo Arns, cardeal arcebispo de São Paulo, pelo rabino Henry I. Sobel, presidente do Rabinato da Congregação Israelita de São Paulo; pelas coordenadoras da Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos e pela Rede Tibet da Anistia Internacional, Seção Brasileira, respectivamente professoras Margarida Genevois e Liana Verney.

A Conferência, ainda, foi apresentada por meio de convênio entre a Associação Palas Athenas do Brasil e a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.



Os professores Samdhong Rinpoche e Álvaro Villaça Azevedo



Da esq. à dir.: Dalmo Dallari, Margarida Genevois, Rabino Henry Sobel, Samdhong Rinpoche, Álvaro Azevedo e Monsenhor Dario Bevilaqua.

CENTRO DE ESTUDOS DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO

Histórico

O Centro de Estudos das Normas Internacionais do Trabalho, CENOIT, nasceu de uma proposta dos alunos do 5º ano da Faculdade da Turma de 1994, formulada ao doutor Cássio de Mesquita Barros Júnior, professor titular de Direito do Trabalho, após as aulas de Direito Internacional do Trabalho. Sabendo ser o professor membro da Comissão de Peritos da Organização Internacional do Trabalho OIT os alunos mostraram-se vivamente interessados em descobrir uma forma de continuarem seus estudos sobre as normas internacionais do trabalho, contidas nas Convenções e Recomendações aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho que se realiza todos os anos no mês de junho, em Genebra. Desejavam ter a possibilidade de conhecer melhor a OIT, hoje o grande "forum" em que se debatem as questões sociais. Queriam saber mais sobre os objetivos e programas da Organização Internacional do Trabalho, conteúdo das normas e jurisprudência da Comissão de Peritos na interpretação e aplicação das normas constantes das Convenções. Identificar claramente as obrigações dos 178 Estados-membros, dos empregadores e dos trabalhadores, tudo particularmente importante na era da globalização.

O professor teve, então, a idéia de organizar o "*Centro de Estudos*" organismo previsto nos programas da Universidade de São Paulo, e que já constituídos em outras áreas da Universidade atuam com êxito. Graças ao dedicado apoio do professor Álvaro Villaça Azevedo, o Centro, constituído juridicamente, foi solenemente instalado no dia 1º de outubro de 1997, em sessão realizada na Sala da Congregação, presidida pelo mesmo professor, com a presença do diretor de Normas da OIT, doutor Hector Bartolomei de La Cruz, membro honorário do Centro, e de vários professores e autoridades.

Na sessão solene de instalação, o diretor de Normas da OIT anunciou a remessa ao Centro de uma bibliografia básica e a instalação de uma *Antena para Conexão* direta com Genebra. Os aparatos cedidos, gratuitamente, permitem a obtenção pronta de documentos e textos da Organização diretamente de Genebra. O I Seminário sobre normas já foi marcado para os dias 03 e 04 de agosto do corrente ano de 1998, no Auditório XI de Agosto, localizado no prédio anexo da Faculdade

de Direito da Universidade de São Paulo e se destina a preparar os alunos e a comunidade interessada, no manuseio dos programas informatizados, notadamente, sistema ILOLEX e NATLEX.

A ata de instalação e os estatutos do Centro permitem uma visão concreta de sua estrutura jurídica e da gama de atividades que pode empreender.

Com a presença do senhor Hector Bartolomei de La Cruz, diretor de Normas da Organização Internacional do Trabalho-OIT, do professor Jean Michel Servais, da OIT de Genebra, professores das Faculdades de Direito de Bologna-Itália, Paris, Londres, Louven, na Bélgica, França, Buenos Aires, Montevideú, Madrid, do Instituto Max Planck, da Alemanha, do doutor João Carlos Alexim, diretor da OIT no Brasil, do professor Antonio Augusto Junho Anastasia, secretário geral do Ministério do Trabalho, do doutor Walter Barelli, secretário do Emprego e Relação do Trabalho do Estado de São Paulo, e de autoridades, magistrados e professores de Direito do Trabalho e Direito Internacional desta Faculdade, ter-se-á a sessão solene de instalação do Centro de Estudos de Normas Internacionais do Trabalho - entidade formada por iniciativa dos alunos desta Universidade, sob a direção do professor Cássio de Mesquita Barros Júnior.

Solenidade de inauguração

A instalação solene da entidade foi aprazada para o dia 1º de outubro de 1997, em razão da presença desta autoridade da Organização Internacional do Trabalho - OIT, no País.

O local da inauguração foi a Sala da Congregação da Faculdade de Direito, uma vez que o novo Centro congrega pequeno grupo inicial selecionado, e cerca de trinta membros entre acadêmicos, pós-graduandos e bacharéis em Direito do Trabalho.

A cerimônia foi presidida pelo Diretor da Faculdade de Direito, professor Álvaro Villaça Azevedo.

Ata da posse solene da Diretoria

Ao dia primeiro de outubro de mil novecentos e noventa e sete, na Sala da Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a direção do Diretor da Faculdade de Direito, professor Álvaro Villaça Azevedo e com

a presença do professor Antonio Augusto Junho Anastasia, doutor Hector Bartolomei de La Cruz, doutor Jefferson Luiz Pereira Coelho e dos professores e autoridades que assinam o livro de presença, foi solenemente empossada a Diretoria do Centro de Estudos das Normas Internacionais do Trabalho-CENOIT, assim constituída: diretor-presidente, professor doutor Cássio de Mesquita Barros Júnior, diretora-secretária doutora Maria Thereza Vargas Escobar Ferraz de Camargo e diretor-tesoureiro, doutor Mariano Gaspar. Foram também empossados os membros do Conselho, assim constituído: presidente: professor doutor Cássio de Mesquita Barros Júnior, diretor vice-presidente: doutor Roberto Covolo Bórtoli e conselheiros: doutora Valéria Nicolau Sanchez, doutor Elio Antonio Colombo Júnior, doutor Alcides de Souza Pinto, doutor Roberto Bedrikow, doutora Ana Paula Paiva Mesquita Barros Cavenaghi, doutor Cassius Marcellus Zomignani, doutora Regina A. Duarte Torres de Carvalho e doutora Ulrike Frieda Hedwig Beiderwellen Bedrikow. Usaram da palavra o professor doutor Álvaro Villaça Azevedo, o professor doutor Cássio de Mesquita Barros Júnior, presidente honorário, doutor Hector Bartolomei de La Cruz, professor Antonio Augusto Junho Anastasia e o doutor Jefferson Luiz Pereira Coelho.



Solenidade de inauguração do Centro de
Estudos das Normas Internacionais do Trabalho

AGRADECIMENTOS

O Serviço Técnico de Imprensa, em nome da Comissão de Publicação e do Conselho Editorial, agradece a colaboração dos alunos: Marcelo Takeyama (inglês e auxílio em resumo de texto em português) e Eduardo José da Fonseca Costa (auxílio em resumo e revisão de texto em italiano) e dos estagiários desta Unidade da USP: Renato Trindade Lopes (inglês), André De-Martini (inglês), Fábio Alves Moura (inglês), Andrey Borges de Mendonça (inglês e auxílio na revisão de textos), Jurema Monteiro da Silva Cruz Pereira (auxílio em resumo de texto em português) e Fernanda da Cruz Noia (auxílio na revisão de texto).

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).