

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ISSN 0303-9838

ISSN 0303-9838

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME 93

1998

REV DA FAC. DIREITO USP. S. PAULO, v. 93, 1998

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

Em seu nonagésimo terceiro 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 - Pídesse 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.

Annual

1. 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

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 93, 1998

EXPEDIENTE DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO

COMISSÃO DE PUBLICAÇÃO

Antonio Junqueira de Azevedo (presidente), Fábio Maria De-Mattia, Newton De Lucca, Enrique Ricardo Lewandowski e Antonio Augusto Machado de Campos Neto.

CONSELHO EDITORIAL

Silvio 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
Andrey Borges de Mendonça (estagiário)

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



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

REVISTA

DA

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Reitor: Jacques Marcovitch

Vice-Reitor: Adolpho José Melfi

Pró-Reitora de Graduação: Ada Pellegrini Grinover

Pró-Reitor de Pós-Graduação: Héctor Francisco Terenzi

Pró-Reitor de Pesquisa: Hernan Chaimovich

Pró-Reitor de Cultura e Extensão Universitária: Adilson Avansi de Abreu

FACULDADE DE DIREITO

Diretora: Ivette Senise Ferreira

Vice-Diretor: Cássio de Mesquita Barros Júnior

PROFESSORES HONORÁRIOS

Ruy Barbosa (1849-1923)

Clóvis Bevilacqua (1859-1944)

Francisco Mendes Pimentel (1869-1957)

José Xavier Carvalho de Mendonça (1861-1930)

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda

Miguel Seabra Fagundes

PROFESSORES EMÉRITOS

João Braz de Oliveira Arruda (1861-1942)

Cândido Nazianzeno Nogueira da Mota (1870-1942)

José Manoel de Azevedo Marques (1864-1945)

Francisco Antonio de Almeida Morato (1868-1948)

José Upiano Pinto de Souza (1869-1957)

Reinaldo Porchat (1868-1957)

Antonio de Sampaio Dória (1883-1964)

José Joaquim Cardoso de Mello Neto (1883-1965)

Waldemar Martins Ferreira (1885-1965)

Lino de Moraes Leme (1888-1969)

Jorge Americano (1891-1969)

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

PROFESSORES APOSENTADOS

Nair Lemos Gonçalves
João Bernardino Garcia Gonzaga
Antonio Chaves
Goffredo da Silva Telles Júnior
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
Aracy Augusta Leme Klabin
Rubens Limongi França
José Afonso da Silva
Alcides Jorge Costa
Octávio Bueno Magano
José Maria Marlet Pareta
Walter Barbosa Corrêa
Annibal Fernandes
Amauri Mascaro Nascimento
José Roberto Franco da Fonseca
Georgette Nacarato Nazo
André Luiz de Mesquita
Humberto Marques Filgueiras

PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

José Carlos Moreira Alves
Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Dalmo de Abreu Dallari
José Ignácio Botelho de Mesquita
Fábio Konder Comparato
Tércio Sampaio Ferraz Júnior
Ada Pellegrini Grinover
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
Paulo de Barros Carvalho
José Eduardo Campos de Oliveira Faria

PROFESSORES ASSOCIADOS

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
José Roberto dos Santos Bedaque
Antonio Carlos Marcato
Walküre Lopes Ribeiro da Silva
Nelson Mannrich

PROFESSORES DOUTORES

Octávio Leitão da Silveira
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
Walter Piva Rodrigues
Nelson Ferreira de Carvalho
José-Antônio 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
Nestor Duarte
Estevão Horvath
José Lopes Zarzuela
Carlos Borges de Castro
Irene Batista Muakad
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
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

Dárcio Roberto Martins Rodrigues
João Alberto Schützer Del Nero
Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux
Antonio Cláudio da Costa Machado
Christiane Derani
Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Flávio Luiz Yarshell
João Bosco Penna
Cláudia Perrone Moisés
Maurício Antônio Ribeiro Lopes

ASSISTENTES

Eduardo Domingos Botallo
Lídia Reis de Almeida Prado
Anna Maria Martins
João Carlos Casella
Carlos Alberto Senatore
José Raul Gavião de Almeida
Elizabeth de Almeida Meirelles
Antonio Carlos Mendes
José Maurício Conti
Alice Bianchini
Otávio Pinto e Silva

SUMÁRIO

DIREITO ROMANO

- A formação do contrato obrigatório - suas raízes romanas 3
José Carlos Moreira Alves
- *Periculum rei venditae e periculum dotis aestimatae* 25
Eduardo César Silveira Marchi
- Mais três casos de aplicação do *beneficium competentiae* 59
Ignácio Maria Poveda Velasco
- Aspectos de interesse atual do matrimônio romano 81
Dárcio Roberto Martins Rodrigues

DIREITO CIVIL

- Retrocesso no Direito de Família 111
Antonio Junqueira de Azevedo
- Pagamento indevido e enriquecimento sem causa 115
Carlos Alberto Dabus Maluf

DIREITO AGRÁRIO

- Métodos e conteúdo do Direito Agrário 135
Fábio Maria De-Mattia

DIREITO DO ESTADO

- Colapso do populismo e regime militar no Brasil 229
Enrique Ricardo Lewandowski

DIREITO PENAL

- Poluição e tutela penal ambiental 249
Ivette Senise Ferreira

FILOSOFIA DO DIREITO

- Aplicação prudencial do Direito 291
Antonio Carlos de Campos Pedroso
- Direito e Justiça em São Tomás de Aquino 339
Eduardo Carlos Bianca Bittar
- Questões hermenêuticas: Individualização da Pena 361
Maria Celeste Cordeiro Leite Santos

DIREITO INTERNACIONAL

- Crimes de Guerra 371
José Roberto Franco da Fonseca

DIREITO PROCESSUAL

- Proposta de alteração da lei de assistência judiciária 393
Walter Piva Rodrigues/Augusto Tavares Rosa Marcacini

TRABALHOS ACADÊMICOS

- Direito dos Animais 417
Irene Patricia Nohara
- O meio ambiente como direito fundamental 429
Mariane Baldrighi

DISCURSOS E CONFERÊNCIAS

- As Arcadas recebem a primeira Diretora, em seus 171 anos jurídicos 457
- Discurso de saudação do Exmo. Prof. Dr. Celso Lafer, à Profa. Dra. Ivette Senise Ferreira, por ocasião de sua posse como Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 461
- Discurso de posse da Exma. Profa. Dra. Ivette Senise Ferreira, como Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 469

- Discurso de saudação do Exmo. Prof. Dr. Fábio Nusdeo, ao Titular de Direito Internacional, Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares.....	483
- Discurso de posse do Exmo. Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares, como Professor Titular de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo	487
- Discurso de saudação do Exmo. Prof. Dr. Eros Roberto Grau, ao Titular de Direito Econômico Financeiro, Prof. Hermes Marcelo Huck	497
- Discurso de posse do Exmo. Prof. Dr. Hermes Marcelo Huck, como Professor Titular de Direito Econômico Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo	501
- Discurso de saudação do Exmo. Prof. Dr. Eros Roberto Grau, ao Titular de Direito Tributário, Prof. Paulo de Barros Carvalho	509
Discurso de posse do Exmo. Prof. Dr. Paulo de Barros Carvalho, como Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo	513

CONTRIBUIÇÃO ÀS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

O centenário do professor Soares de Mello	525
<i>Renato de Mello Jorge Silveira</i>	
Homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar	531
<i>Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida</i>	
Discurso de patrono para a colação de grau da 171ª Turma da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, <i>In Memoriam</i> do professor Titular Carlos Alberto Bittar	535
<i>Eduardo Carlos Bianca Bittar</i>	
- A primeira Presidente do C.A. XI de Agosto.....	537

EDITORIAL

CONTENTS

ROMAN LAW

- The formation of the obligatory contract your roman roots 3
José Carlos Moreira Alves
- *Periculum rei venditae e periculum dotis aestimatae* 25
Eduardo César Silveira Marchi
- More three cases of application of the *beneficium competentiae* 59
Ignácio Maria Poveda Velasco
- Aspects of current interest of the Roman marriage 81
Dárcio Roberto Martins Rodrigues

CIVIL LAW

- Retrocession in the Family Law 111
Antonio Junqueira de Azevedo
- Improper payment and causeless enrichment 115
Carlos Alberto Dabus Maluf

AGRARIAN LAW

- Methods and content of the Agrarian Law 135
Fábio Maria De-Mattia

STATE LAW

- Collapse of the populism and military regime in Brazil 229
Enrique Ricardo Lewandowski

PENAL LAW

- Pollution and it environmental tutors penal 249
Ivette Senise Ferreira

PHILOSOPHY OF LAW

Prudential application of the Right.....	291
<i>Antonio Carlos de Campos Pedroso</i>	
Right and Justice in Saint Tomas of Aquino	339
<i>Eduardo Carlos Bianca Bittar</i>	
Hermeneutics subjects: Individualization of the Feather.....	361
<i>Maria Celeste Cordeiro Leite Santos</i>	

INTERNATIONAL LAW

Crimes of War.....	371
<i>José Roberto Franco da Fonseca</i>	

PROCESSUAL LAW

Proposal of alteration of the law of judiciary attendance	393
<i>Walter Piva Rodrigues/Augusto Tavares Rosa Marcacini</i>	

ACADEMIC WORKS

Right of the Animals	417
<i>Irene Patrícia Nohara</i>	
The environment as fundamental right.....	429
<i>Mariane Baldryghi</i>	

SPEECHES AND CONFERENCES

The Arcades receive the first Directress, in your 171 juridical years.....	457
Speech of greeting of Exc. Prof. Dr. Celso Lafer, to Profa. Dra. Ivette Senise Ferreira, for occasion of your ownership as Directress of Faculty of Law of the University of São Paulo	461
Speech of ownership of Exc. Profa. Dra. Ivette Senise Ferreira, as Directress of Faculty of Law of the University of São Paulo	469

Speech of greeting of Exc. Prof. Dr. Fábio Nusdeo, to the Titleholder of International Law, Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares.....	483
Speech of ownership of Exc. Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares, as Titleholder Professor of Public International Law of Faculty of Law of the University of São Paulo	487
Speech of greeting of Exc. Prof. Dr. Eros Roberto Grau, to the Titleholder of Economical Financial Law, Prof. Hermes Marcelo Huck	497
- Speech of ownership of Exc. Prof. Dr. Hermes Marcelo Huck, as Titleholder Professor of Economical Financial Law of Faculty of Law of the University of São Paulo	501
- Speech of greeting of Exc. Prof. Dr. Eros Roberto Grau, to the Titleholder of Tributary Law, Prof. Paulo de Barros Carvalho.....	509
Speech of ownership of Exc. Prof. Dr. Paulo de Barros Carvalho, as Titleholder Professor of Tributary Law of Faculty of Law of the University of São Paulo	513

CONTRIBUTION TO THE ACADEMIC MEMOIRS

Centennial of the Professor Soares de Mello	525
<i>Renato de Mello Jorge Silveira</i>	
- Homage to Professor Carlos Alberto Bittar	531
<i>Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida</i>	
Patron's speech for the graduation of the 171st. Group of Faculty of Law of the University of São Paulo, In Memoriam of the Titleholder Professor Carlos Alberto Bittar	535
<i>Eduardo Carlos Bianca Bittar</i>	
- The first Presidentess of C.A. XI de Agosto	537

EDITORIAL

DIREITO ROMANO

A FORMAÇÃO DO CONTRATO OBRIGATÓRIO - SUAS RAÍZES ROMANAS

José Carlos Moreira Alves

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

Resumo:

O autor aborda os princípios da formação dos contratos no Direito moderno, partindo das fontes Romanas quanto às normas de constituição dos contratos nas atuais codificações. Em seguida, a evolução do conceito de contrato, desde os seus primórdios, passando pelo Direito Romano até o Direito moderno.

Abstract:

The author approaches the beginnings of the formation of the contracts in the modern Right, leaving of the Roman sources of relationship to the norms of the constitution of contracts in the current codes. Soon after, the evolution of the contract concept, from your origins, going by the Roman Right until the modern Right.

Unitermos: formação e conceito de contratos.

Sumário:

1. Os princípios da formação dos contratos obrigatórios no Direito moderno.
2. A parcimônia da indicação das fontes romanas quanto às normas de formação dos contratos nas codificações modernas.
3. A evolução do conceito de contrato e dos princípios sobre sua formação do Direito Romano ao Direito moderno.
4. A formulação dos princípios da formação dos contratos obrigatórios com base nas fontes romanas.

I. Os princípios da formação dos contratos obrigatórios no Direito moderno.

Nos Códigos Civis, a partir do Código da Prússia, de 1794 - e, portanto, dos fins do século XVIII - até os mais recentes como o do Paraguai, promulgado em dezembro de 1985 -, encontram-se, nos mais deles, princípios sobre a formação dos contratos obrigatórios. Naqueles que não tratam especificamente dessa matéria - e é o que ocorre com o Código Civil francês e com os que o seguiram de perto -, a doutrina e a jurisprudência dos países em que eles vigoram se encarregam de, por construção, suprir essa lacuna, valendo-se, inclusive, da generalização de preceitos relativos a contratos típicos, especialmente os que se classificam como consensuais.

Esses princípios, que estão estreitamente ligados ao conceito de contrato obrigatório como acordo de vontades de que decorre o nascimento, a modificação ou a extinção de obrigações, dizem respeito, basicamente, à eficácia da *punctação* ou *tratativas* (acordos preparatórios), aos diversos problemas concernentes à oferta e à aceitação, às questões referentes à inserção automática de cláusulas impostas pela ordem jurídica e à contratação com cláusulas-padrões ou com módulos ou formulários.

Nos Códigos mais modernos - e isso já se dá com o Código Civil italiano de 1942 -, essa disciplina é mais rica do que se verifica com relação às codificações mais antigas, não-só em virtude do aprofundamento do exame dessas questões, mas também pela frequência da utilização de contratos de adesão e de contratos-tipos, a demandar regulamentação legislativa para maior segurança jurídica.

Resultado dessa tendência é o recente Projeto *Unidroit* sobre princípios para os contratos comerciais internacionais, que, na verdade, não é um projeto de tratado internacional, mas de regras que as partes contratantes, ressalvadas as normas cogentes dos países a que pertencem, concordam em observar, e regras essas que, decorrentes da sedimentação de estudos de Direito comparado nesse terreno, visam a dar tratamento o mais possível uniforme a contratos cujas partes são de países diversos, caminhando-se, assim, no sentido da futura uniformização das legislações nacionais.

O enunciado das matérias articuladas nesse projeto propicia uma visão global do que há de mais recente e abrangente no tocante a princípios

relativos à formação dos contratos obrigatórios:

- artigo 2.1 (definição de oferta);
- artigo 2.2 (retirada da oferta);
- artigo 2.3 (revogação da oferta);
- artigo 2.4 (recusa da oferta);
- artigo 2.5 (modo de aceitação);
- artigo 2.6 (momento em que produz efeito a aceitação);
- artigo 2.7 (aceitação dentro de um prazo fixado);
- artigo 2.8 (aceitação tardia; atraso na transmissão);
- artigo 2.10 (aceitação com modificações);
- artigo 2.11 (confirmação por escrito);
- artigo 2.12 (aperfeiçoamento do contrato condicionado a um acordo);
- artigo 2.13 (contrato com cláusulas deliberadamente deixadas em aberto);
- artigo 2.14 (negociações de má-fé);
- artigo 2.15 (dever de sigilo);
- artigo 2.16 (cláusulas de incorporação);
- artigo 2.17 (cláusulas de modificação escrita);
- artigo 2.18 (contratação com cláusulas-padrões);
- artigo 2.19 (estipulações inesperadas);
- artigo 2.20 (conflito entre cláusulas-padrões e outras que não o sejam); e
- artigo 2.21 (intercâmbio de formulários).

2. A parcimônia da indicação das fontes romanas quanto às normas de formação dos contratos nas codificações modernas.

Quando se procura estudar a origem dos diferentes princípios modernos sobre a formação dos contratos obrigatórios, verifica-se, mesmo com relação a códigos com larga vinculação à tradição jurídica-romana e tomo como exemplo os Códigos Civis argentino, brasileiro e italiano: o primeiro é de meados do século XIX (1869); o segundo, do começo deste século (1916); e o terceiro, de pouco antes de sua metade (1942) -, que, nas poucas obras que se dedicaram a

identificar as bases romanísticas de seus textos sobre essa matéria, quase nada se encontra.

Salvatore di Marzo, alguns anos após a promulgação do Código Civil italiano, escreveu ampla obra *Le Basi Romanistiche del Codice Civile* em que procurou estabelecer as concordâncias e, por vezes, as discordâncias entre a disciplina feita pelos artigos dessa codificação e os textos jurídicos romanos. Nas *premissas* desse livro, anotou ele:

"Uma das características do novo Código Civil é o decidido retorno, em muitos pontos, à tradição romana, eliminadas as superestruturas que não respondem às exigências do nosso pensamento jurídico e da prática atual, considerada na sua realidade. O conhecido movimento, que fora da Itália acumulava acusações sobre acusações contra o Direito Romano, não podia, de fato, instigar os nossos melhores juristas, que tinham a missão de preparar a nova legislação, a prezar maiormente o rico patrimônio de experiências herdado da antiga Roma e a ressuscitar noções e normas às quais o legislador de 65 havia preferido o produto de uma reelaboração não sempre necessária, às vezes inoportuna e não-raro equivocada. E é especialmente de notar o freqüente retorno às concepções do Direito clássico, que o Direito justinianeu havia rechaçado, julgando que não tivessem suficientemente em conta as relações da vida" ¹

Não-obstante, porém, tenha o Código Civil italiano disciplinado pormenorizadamente os diferentes aspectos da formação dos contratos nos arts. 1.326 a 1.342, as anotações de Di Marzo sobre as bases romanísticas desses dispositivos são extremamente parcimoniosas, limitando-se a três deles: ao 1.326 (que trata do momento da conclusão do contrato pela aceitação, bem como do princípio de que a aceitação não-conforme a proposta equivale à nova proposta), ao 1.337 (que diz respeito às tratativas e à responsabilidade pré-contratual) e ao 1.338

1. *Le Basi Romanistiche del Codice Civile*. Torino, 1950, p. 4

(relativo à responsabilidade da parte que, conhecendo ou devendo conhecer uma causa de invalidade do contrato, não deu conhecimento disso à outra).

Quanto ao art. 1.326, adstringe-se Di Marzo, após salientar que, no Direito Romano clássico, o acordo das partes contratantes só tinha especial relevo nos contratos que geravam obrigações recíprocas, como a venda, a locação, a sociedade, o mandato - e cita as *Institutas* de Gaio, III, 137 ("*in his contractibus alter alteri obligabitur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*") . a assinalar que os contratos consensuais se celebram também entre ausentes (Gaio, III, 126: "*veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit*"), o que igualmente é atestado por outras fontes (D. XVII, 1, pr.-1: "*Obligatio mandati consensu contrahentium consistit. Ideo per nuntium quoque vel per epistulam mandatum suscipi potest*"; D. XVIII, 1, 1, 2: "*Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras*"; e D. XVII, 2, 4, pr.: "*Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est*"). E, ainda sobre esse dispositivo, conclui: "*Mas, da eficácia jurídica da proposta as fontes romanas não se ocupam*"²

No concernente ao art. 1.337, restringe-se o romanista italiano a dizer, sem citar fontes: "*o Direito Romano operava com a noção do dolo*"³

E, no tocante ao art. 1.338, é igualmente sucinto, sem referir fontes: "*Esta era responsabilidade in contrahendo pelo comportamento doloso da parte que conhecia a causa de invalidade do contrato: referia-se aos negócios que davam margem a um julgamento de boa-fé*"⁴

Também extremamente parcimoniosas no tocante à identificação das fontes romanas dos textos do Código Civil brasileiro relativos à formação dos contratos, são as obras que, no Brasil, têm procurado fazê-lo. E note-se - que é exata essa observação feita por Gaetano Sciascia, que lecionou alguns anos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

"É bem sabido que o Código Civil brasileiro assumiu e desenvolveu nas suas linhas gerais a obra da

2. Ob. cit., p. 245

3. Ob. cit., p. 245.

4. Ob. cit., p. 245

*pandectística do século XIX. Quase a cada artigo da lei podem buscar-se os correspondentes textos romanos, os quais apresentam as relativas fatispécias na mais viva realidade e na infinita variedade dos acontecimentos humanos. Sobre este ponto de vista o sistema das obrigações é sem dúvida a parte mais interessante do Direito Romano".*⁵

No Código Civil brasileiro, os preceitos referentes à formação dos contratos se encontram no capítulo das *Disposições Gerais* deles, arts. 1.079 a 1.088.

Nos comentários a esse Código, escritos pelo autor de seu Anteprojeto Clóvis Bevilacqua, em cada artigo há a indicação, sob a rubrica *direito comparado*, da correspondência do texto com o de outras codificações modernas e os do Direito Romano. Com relação, todavia, aos dispositivos acima referidos, a única anotação concernente ao Direito Romano diz respeito ao art. 1.080, que reza: "*A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso*" E a anotação é esta: "*Em sentido diferente. Inst. 3, 23, pr.*"⁶

Já Vieira Ferreira autor de *O Código Civil Anotado*, onde, com relação a cada artigo, indica, sob a rubrica *direito antigo*, as fontes do Direito brasileiro e português anteriores ao Código, bem como as romanas - vai um pouco além. Com relação ao art. 1.079 ("A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa"), cita as seguintes passagens do *Digesto*:

"Gaius libro singulari de formula hypothecaria. In re hypothecae nomine obligata ad rem non pertinet, quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus, quae consensu contrahuntur; et ideo et sine scriptura si convenit, ut hypothecae sit, et probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari

5. *Direito Romano e Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, 1947, p. 205.

6. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1934, v. IV, p. 247.

possit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem, sicut et nuptiae sunt, licet testatio sine scriptis habita est" (D. XXII, 4, 4);

"Callistratus libro secundo quaestionum: Si res gesta sine litterarum quoque consignatione veritate factum suum praebeat, non ideo minus valebit, quod instrumentum nullum de ea intercessit" (D. XXII, 4, 5);

"Paulus libro tertio ad edictum: Non figura literarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur, quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur" (D. XLIV, 7, 38);

"Modestinus libro secundo regularum. 9. Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit. 10. Sed et nutu solo pleraque consistunt" (D. XLIV, 7, 52, 9 e 10); e

"Ulpianus libro octavo ad adictum: Delegare scriptura vel nutu, ubi dari non potest, debitorem suum quis potest" (D. XLVI, 2, 17).⁷

E, com referência ao art. 1.080 ("A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso"), diverge de Clóvis Bevilacqua, aludindo a fragmentos do *Digesto* que, a seu ver, teriam alguma correspondência com esse dispositivo do Código Civil brasileiro:

"Iavolenus libro duodecimo epistularum: In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest" (D. XLIV, 7, 55); e

7. *O Código Civil Anotado*, Rio de Janeiro, 1922, p. 473.

"Ulpianus libro quarto disputatum: Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. Et ideo illud es constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur, sed et coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo cogetur, et est constitutum" (D. L., 12, 3, pr.).⁸

Não é diferente o panorama com relação ao Código Civil argentino, que disciplina a formação dos contratos nos arts. 1.144 a 1.156. O autor de seu projeto Velez Sarsfield - deixou numerosas notas aos diversos dispositivos que integram esse Código, indicando nelas as fontes em que se baseou. Nessas notas, com relação aos mencionados artigos, não há a indicação de qualquer texto jurídico romano correspondente. Há apenas, quanto aos arts. 1.150 a 1.154 (que tratam da formação do contrato entre ausentes), esta observação: "*Quando se forma o contrato por correspondência é matéria que dividui os jurisconsultos franceses. As Leis Romanas não apresentam nenhuma resolução sobre esta delicada questão*"⁹ Observa, porém, Augustín Díaz Bialet¹⁰ que, quanto ao art. 1.145 do Código Civil argentino (que declara que o consentimento, no contrato, pode ser expresso ou tácito), Sarsfield invoca como fonte o obra do romanista Maynz, em seu § 284,¹¹ onde este, aludindo à indiferença de forma pela qual as partes dão o seu consentimento, cita, na nota 9, como fontes romanas dessa firmiação, D. XXII, 4, 4; D. XXII, 4, 5; D. XLIV, 7, 38; D. XLIV. 7. 52, 9 e 10; e D. XLVI, 2, 17, que são as mesmas fontes que Vieira Ferreira viria como já vimos a citar como correspondentes ao art. 1.079 do Código Civil brasileiro, retirando-as certamente da obra de Maynz. Por outro lado, o mesmo Augustín Díaz Bialet,¹² no tocante aos arts. 1.150 a 1.154 do Código Civil argentino, contesta a afirmação de Sarsfield sobre o silêncio das fontes romanas a propósito, entendendo que a diretriz para a solução dos

8. Ob. cit., p. 473

9. *Código Civil de la Republica Argentina com las notas de Velez Sarsfield*, edição aos cuidados de Luis Alberto Estivill, Buenos Aires, 1969, p. 273.

10. *El Derecho Romano y la Obra de Velez Sarsfield*, Cordoba, 1952, p. 130.

11. Essa passagem se encontra na última edição da obra de Maynz (*Cours de Droit Romain*, tomo II, Bruxelles-Paris, 1891) na nota 9 ao § 200, p. 151.

12. Ob. cit., v. III, p. 130.

casos práticos sobre essa questão é dada por três textos do *Digesto* - II, 14, 2 ("*Paulus libro tertio ad edictum: Labeo ait convenire posse vel re vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse. Sed etiam tacite consensu convenire intellegitur. et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit*"); XVIII, 1, 1, 2 ("*Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras*"); e XLIV, 7, 2, 2 ("*Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam vel per nuntium*") - aclarados por estas palavras de Cícero a Ático (na carta 41, citada por Troplong, *De la Vente*, n. 22); "*Romae enim videor esse quum tuas litteras lego, et modo hoc modo illuc audire*"; e arremata Bialet:

"O texto de Paulus, D. XLV, 1, 83, pr. dispõe que: O negócio se contrata entre o que estipula e o que promete"

"Para nós isso significa que o diálogo jurídico, que fará ou não o contrato, ocorre ao escrever um a oferta e ao responder, aceitando ou não, o outro. E essa é precisamente a doutrina seguida pelo Codificador"¹³

Como se vê, é bastante parcimoniosa a indicação das fontes romanas das normas do Direito moderno no tocante à formação dos contratos obrigatórios. Essas normas não derivaram de princípios jurídicos romanos? Como se formaram elas?

3. A evolução do conceito de contrato e dos princípios sobre sua formação - do Direito Romano ao Direito moderno.

Durante toda a evolução do Direito Romano, só se enquadram entre os contratos os acordos de vontade que se destinam a criar relações jurídicas obrigacionais. Em Roma, nem todo acordo de vontades lícito gera obrigações: contrato (*contractus*) e pacto (*pactum, conventio*) eram acordos de vontades, mas aquele produzia obrigações, ao passo que este, em regra, não. Portanto, o Direito Romano somente conheceu os *contratos obrigatórios* e não-acolheu pelo menos até

13. Ob. cit., v III, p. 131.

Justiniano o princípio, existente no Direito moderno, de que todo acordo de vontades lícito, ainda que não se amolde a um dos tipos de contrato reconhecidos pela ordem jurídica, pode produzir relações jurídicas obrigacionais.

Do Direito clássico ao justiniano, o sistema contratual romano sofre alterações profundas, observando-se, nessa evolução, uma constante: o alargamento gradativo do círculo de acordos de vontades a que a ordem jurídica concede a eficácia de gerar obrigações.

No Direito clássico, os juristas, ao invés de conceberem o *contrato* como uma categoria geral e abstrata, conheciam apenas alguns tipos de contrato (*contractus*), em que segundo a concepção romana - não é o acordo de vontades (elemento subjetivo pressuposto no contrato) que faz surgir a obrigação, mas, sim, um elemento objetivo (observância de formalidades, ou entrega da coisa: *forma* ou *datio rei*). O simples acordo de vontades (*pactum, conventio*) não gera obrigação, sendo tutelado, não por uma *actio*, mas, indiretamente, por uma *exceptio*: daí a máxima *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*. Portanto, contrato e acordo de vontades (*pactum, conventio*) não se confundem, no Direito clássico.

Mas, ainda no período clássico, e, depois, no pós-clássico, esse esquema rígido (contrato = acordo de vontade + elemento objetivo que faz surgir a obrigação) sofre atenuações. Já no tempo de Gaio, ao lado das *obligationes re, verbis e litteris* (isto é, obrigações nascidas de contratos que seguiam esse esquema), há quatro contratos consensuais, em que a obrigação nasce apenas do *consensus* (consentimento; acordo de vontades): *obligationes consensu*. Por outro lado, graças à jurisprudência, ao pretor e ao imperador, certos pactos (os *pactos vestidos*, na pitoresca linguagem dos autores medievais: pactos adjectos, pretorianos e legítimos) passam a gerar obrigações, embora os juristas romanos não os enquadrem entre os *contractus*. Possivelmente no Direito pós-clássico, a tipicidade contratual sofre abalo com a admissão da categoria dos *contratos inominados*, isto é, contratos atípicos, que formam uma categoria abstrata, e que têm, em comum, a unidade de ação que os tutela e o fato gerador da obrigação: a execução, por um dos contratantes, de sua prestação faz nascer, para o outro, a obrigação de efetuar a contraprestação.

No Direito justiniano, o panorama está inteiramente modificado: os juristas bizantinos, ao invés de considerarem, como os clássicos, que a obrigação nasce do elemento objetivo (*forma* ou *datio rei*), e não do acordo de vontades, entendem que é deste que resulta a obrigação: o acordo de vontades, de mero

pressuposto de fato dos contratos, passa a ser seu elemento juridicamente relevante. Por isso, Teófilo, na *Paraphrasis Institutionum* (III, 14, 2), define o *contrato* com palavras semelhantes às empregadas pelos juristas clássicos ao conceituarem o *pacto*. Mas isso significa que, no tempo de Justiniano, vigorava o princípio - existente no Direito moderno - de que todo acordo de vontades lícito gera obrigação? Riccobono¹⁴ e Sanfilippo¹⁵ respondem afirmativamente, por entenderem que uma constituição do Imperador Leão, de 472 d. C. (C. VIII, 37, 10), acabou, totalmente, com o formalismo da *stipulatio*, resultando daí que todo acordo de vontade, sem quaisquer formalidades, tinha eficácia como sendo *stipulatio*, não havendo, assim, mais lugar para os *pactos nus*. A maioria dos romanistas, porém, responde negativamente, salientando que, ainda no Direito justinianeu, persiste a categoria dos *pactos nus* e, sob certo aspecto, a tipicidade contratual, pois os juristas bizantinos continuam a entender que cada contrato tem uma figura própria e autônoma, embora admitam que os contratos possam introduzir, nos casos concretos, mudanças, supressões ou acréscimos nos tipos contratuais, desde que sejam compatíveis com a natureza do contrato típico (*natura contractus*), em outras palavras, no Direito justinianeu, ao invés da rede rígida de tipos contratuais que se encontra no período clássico, há uma rede mais elástica.

Por outro lado e, a propósito, sintetizo as informações de Schlossmann¹⁶ e de Marsson¹⁷ sobre a evolução dos princípios relativos à oferta e à aceitação, no Direito Romano, a maioria dos contratos era entre presentes. O caráter formal do Direito Romano mais antigo exigia a unidade de tempo, de lugar e de ação, concentração essa que é observada na *mancipatio*, no *nexum*, na *iure cessio*, na *stipulatio*, no *testamentum*. Ademais, para celebrar contratos em lugares onde o *paterfamilias* não-podia estar presente, *podia* ele se valer, como de uma *longa manus*, de seus escravos e de seus *fili familias*, certo como era que o que estes adquiriam revertia para o patrimônio daquele. Modalidade das mais utilizadas de contrato era a *stipulatio* que exigia a presença das partes contratantes. No âmbito do *ius gentium* é que vão surgir os contratos que se podem celebrar entre ausentes. Sempre entre ausentes era o contrato *litteris*.

14. *Corso di Diritto Romano - Stipulationes Contractus Pacta*. Milano, 1935. pp. 31 e ss.

15. Alla Ricerca dei "Nuda Pacta". in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto*, v. III, Verona, 1948, pp. 337 e ss.

16. *Der Vertrag*. Leipzig, 1876, pp. 140 e ss.

17. *Die Natur der Vertragsofferte*. Greifswald, 1879. pp. 9 e ss.

Por causa de os contratos serem comumente celebrados entre presentes e para isso concorria, também, a circunstância de, em Roma, o sistema de correios não ser aberto aos particulares, os juristas romanos encaravam o contrato com uma unidade orgânica e não, como os modernos, como um todo composto de duas metades: a oferta e a aceitação. No Direito Romano, não há designação técnica para esses dois institutos. A oferta, como observa Marsson,¹⁸ se exprime com expressões como *sic dicere* (D. XVIII, 1, 35, 1), *sic emptum rogare* (D. XVIII, 1, 41); e com relação à *stipulatio*, os textos usam das expressões *actus stipulandi*, *actus promittendi*, ou ainda *stipulari* e *interrogare* em contraposição a *promittere*, *spondere*, *respondere*. É a partir dos glosadores que começa a surgir, quanto aos contratos obrigatórios, uma terminologia geral. Baseada no D. L, 12, 3, pr. (*Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum*), acentua a glosa: *et sic non est ibi consensus nisi unius partis*; semelhantemente, com relação ao D. II, 14, 1, 2 (*et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*), observa ela: *per hoc a pollicitatione differt, cum pollicitatio sit solius offerentis promissio*. Donde decorre que, para os glosadores, tanto na *pollicitatio* quanto no *pactum* há uma promessa, que, no *pactum*, é acrescida de uma característica: a ocorrência da *acceptatio promissionis*. Por isso o que não se encontra nas fontes romanas, glosadores, pós-glosadores e os seguidores do *mos italicus* conceituam o *pactum* como *acceptatio promissionis*. A palavra *offerta* só vai surgir no século XVII, provavelmente entre os comerciantes, para os quais oferta era o oferecimento de coisa ou de prestação. Posteriormente, entre os juristas, se encontra o emprego da palavra *oblatio* com o significado de oferta, como se vê na obra de Rudloff (*De acceptatione et eius iure*, Altdorffi, 1676): "*unius partis oblatio et alterius acceptatio haec duo consensus contrahentium nomine efferantur*" O aparecimento do conceito de oferta corresponde ao surgimento da óptica jusnaturalista, que vê no contrato uma transmissão de direito, e na promessa a oferta de um direito. Identifica-se a oferta com a promessa, e já no século XIX, em seu terceiro quartel, Koeppen¹⁹ define a oferta como a promessa de uma prestação que se faz com vistas a concluir um contrato obrigatório; e Siegel²⁰ acentua que a oferta é a

18 Ob. cit., p. 13

19. *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, v. XI, p. 354

20. *Das Verprechen als Verpflichtungsgrund in heutige Recht*, Berlin, 1873, p. 53.

promessa dada para o caso de sua aceitação. A oferta não é mais o oferecimento de uma prestação, mas o elemento que propicia ao oblato fazer nascer um contrato.

Como se vê, não se encontra no Direito Romano, sequer no tempo de Justiniano, uma teoria geral do contrato, ainda que restrita ao contrato obrigatório. O próprio princípio fundamental para o sistema das regras de formação dos contratos no Direito moderno – os contratos, em geral, se formam com o simples acordo de vontades, sendo excepcional que além do consentimento se exija um elemento formal (contratos solenes) ou uma prestação (contratos reais) – é o resultado de uma longa evolução que permite à Escola do Direito Natural iniciar, no século XVIII, o movimento de teorização do contrato, movimento esse que alcança sua culminância, na centúria seguinte, com os pandectistas alemães. A essas duas correntes do pensamento jurídico é que se devem a formulação e a sistematização dos princípios de formação dos contratos.

Mas, também nesse terreno, a doutrina se formou à luz das fontes romanas. Vale aqui a observação de Biondo Biondi de que, embora os autores, para explicarem historicamente a transformação que se deu com a identificação do *contractus* com a *conventio*, invoquem, geralmente, os direitos germânico e canônico, “em realidade as fontes romanas davam bases suficientes para construir a doutrina geral do contrato, que se concebe nos tempos modernos, tornando explícito o que era implícito nas fontes, eliminando o dualismo entre *contractus* e *pactum* e, conseqüentemente, colocando na sombra o princípio de que do pacto não pode nascer ação, ou superando-o por via de expedientes”²¹

Em se tratando das regras da formação dos contratos, não há fontes diretas romanas de que pudessem se valer os juristas a partir da Idade Média. Valeram-se eles, no entanto, para a construção dessas regras, da generalização de princípios relativos a institutos jurídicos que tivessem algum traço em comum com os contratos em seu conceito moderno - e fizeram isso principalmente com o *pactum*, a *stipulatio*, os *contractus consensu*, a *traditio*, ou da extração de argumento dessas fontes indiretas, ou da sua aplicação analógica; e, partindo da fixação de princípios gerais, com o destaque, inclusive, de textos romanos com normas conflitantes, os desenvolveram racionalmente, encontrando outras soluções, e abrindo, assim, opções ao legislador do movimento de codificações iniciado nos fins do século XVIII. Daí a razão por que, nessas codificações, muitas de suas normas nesse terreno resultam do

21. *Contratto e Stipulatio*, n. 89, Milano, 1953, p. 226.

que se tornou explícito com relação ao que era implícito nas fontes romanas, ou de soluções racionais que se opuseram às formuladas com alguma base nas fontes romanas, explicando-se, assim, a parcimônia da indicação de textos romanos nas obras como as referidas no item 2 deste trabalho que se atém apenas aos que sejam mais evidentemente vinculados aos artigos da codificação.

No próximo item, dar-se-á uma amostra de como essa construção de princípios se fez principalmente no século XIX e início do século XX, e especialmente por obra de autores alemães.

4. A formulação dos princípios da formação dos contratos obrigatórios com base nas fontes romanas.

É a partir do século passado que a doutrina se ocupou mais intensamente do problema dos princípios da formação dos contratos obrigatórios. Nas obras que trataram dessa questão, especialmente nas dos autores germânicos - e isso se explica pela vigência na Alemanha até o final da centúria do Direito comum - há a preocupação de se estabelecerem esses princípios à luz do que se podia extrair, a respeito, dos textos romanos sobre os *contractus*, os *pacta* e outros institutos jurídicos em que se pudessem entrever princípios que, generalizados, se amoldassem ao problema do consentimento nos contratos.

Observa Regelsberger²² que três são os elementos que condicionam a conclusão de um contrato obrigatório: que as partes concordem sobre todos os pontos essenciais do negócio; que estejam conscientes desse acordo; e que tenham declarado sua vontade com intenção vinculante e na forma exigida.

Para afirmar que o contrato é perfeito quando a vontade dos contratantes se manifesta sobre todos os pontos essenciais na forma devida e com a intenção de obrigar-se, Arndts²³ invoca duas fontes romanas: uma relativa aos pactos - D. II, 14, 1, 1 a 3 ("*1. Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) 2. Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. 3. Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et*

22. *Civilrechtliche Erörterungen, erstes Heft* Weimar. 1868. p. 134.

23. *Lehrbuch der Pandekten*, 14^a ed. § 231. Stuttgart, 1889. p. 456.

qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est") - e outra referente à compra e venda D. XVIII, 1, 9, do qual a parte que interessa é a que se encontra no princípio desse fragmento: "*Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum: In venditionibus et emptionibus consensum debere intercere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentiant sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est*" Baron²⁴ (p. 353), porém, com base no segundo desses textos, sustenta que o contrato não se aperfeiçoa se se fecha acordo quanto aos *essentialia negotii*, mas não quanto aos *naturalia* e aos *accidentalialia negotii*.

Com relação aos contratos entre presentes, adverte Arndts²⁵ que a declaração de aceitar uma promessa pode preceder à promessa, na forma de pergunta, como ocorria com a *stipulatio*; que entre as duas declarações (a oferta e a aceitação) pode decorrer algum tempo, como resulta de dois fragmentos do *Digesto* sobre *stipulatio*: D. XLV, 1, 1, 1 ("*Qui praesens interrogavit, si antequam sibi responderetur discessit, inutilem efficit stipulationem; sin vero praesens interrogavit, mox discessit et reverso responsum est obligat: intervallum enim medium non vitiait obligationem*") e D. XLV, 2, 12, pr.: "*Venuleius libro secundo stipulationum: Si ex duobus qui promissuri sint hodie alter, alter postera die responderit, Proculus non esse duos reos ac ne obligatum quidem intellegi eum qui postera die responderat, cum actor ad alia negotia discesserit vel promissor, licet peractis illis rebus responderit*" embora reconheça que esses textos não dão regra genérica para se saber por quanto tempo deve considerar-se como perdurando a oferta; e que a declaração de um dos contratantes permanece ineficaz enquanto o outro não a tenha compreendido, como decorre de um texto das *Institutas* de Justiniano 1. 3, 15, sobre a *stipulatio*: "*Utrum autem Latina an Graeca vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum huius linguae habeat*" - e de três fragmentos do *Digesto*, um sobre a *stipulatio* D. XLV, 1, 1, pr. ("*Ulpianus libro quadragesimo octavo ad Sabinum: Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt: nec absens quidem, quoniam*

24. *Pandekten*, 6ª ed., § 212, p. 353.

25. *Ob. cit.*, p. 457.

exaudire invicem debent. Si quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et acquiret ei ex stipulatu actionem, item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus" e os outros dois sobre as obrigações e as ações - D. XLIV, 7, 1, 15: "*Sed et de surdo idem dicitur, quia, etiamsi loqui possit, sive promittit, verba stipulantis exaudire debet, sive stipuletur, debet exaudire verba promittentis. Unde apparet non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed qui omnino non exaudit"*, e D. XLIV 7, 48: "*Paulus libro sexto decimo ad Plautium: In quibuscumque negotiis sermone opus non est sufficiente consensu, iis etiam surdus intervenire potest, quia potest intellegere et consentire, velut in locationibus conductionibus, emptionibus et ceteris"* Embora entre a oferta e a aceitação possa mediar algum tempo, salienta Scheurl²⁶ que, em regra, a aceitação, nos contratos entre presentes, deve ser feita imediatamente após a oferta, como se extrai de três fragmentos do *Digesto*: D. XLV, 1, 1, 1 (já transcrito), D. XLV. 2, 6, 3 ("*Duo rei sine dubio ita constitui possunt, ut et temporis ratio habeatur, intra quod uterque respondeat: modicum tamen intervallum temporis, item modicus actus, qui modo contrarius obligationi non sit, nihil impedit, quo minus duo rei sunt fideiussur quoque interrogatus inter duorum reorum responsa si responderit, potest videri non impedire obligationem reorum, quia nec longum spatium interponitur nec is actus, qui contrarius sit obligationi"*) e D. XLV, 2, 12, pr. (também já-transcrito anteriormente), todos sobre a *stipulatio*. E, ainda a esse propósito, observa Grisostomi²⁷ que, em geral, se as conversações terminam sem que seja dada a resposta, ou passam a tratar definitivamente de outro assunto, a oferta, salvo pacto em contrário, caduca, como se vê dos três textos que acabamos de citar (D. XLV, 1, 1, 1; D. XLV. 2, 6, 3 e D. XLV, 2, 12) e de mais um: D. XLV. 1, 137, pr. ("*Venuleius libro primo stipulationum: Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet (ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit) et comminus responderi stipulanti oportet: ceterum si post interrogationem aliud acceperit, nihil proderit, quamvis eadem die spondisset"*).

Para demonstrar que os romanos admitiam contratos consensuais entre ausentes, vale-se Wendt²⁸ de um fragmento do *Digesto*, atribuído a Gaio; D. XLIV, 2, 1 e 2 ("*..., Ideo autem istis modis consensu decimus obligationem contrahi, quia*

26. *Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts*, Erlangen, 1853, pp. 301-303.

27. Ob. cit., p. 116.

28. *Lehrbuch der Pandekten*, Tena, 1888, pp. 490-491.

neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire. 2. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam vel per nuntium"). Outros dois textos são invocados por Arndts²⁹ ao acentuar que o contrato entre ausentes se celebra por meio de mensageiro ou de carta - D. II, 14, 2, pr. ("*Paulus, libro tertio ad edictum: Labeo ait convenire posse vel re vel per epistulam ver per nuntium inter absentes quoque posse, sed etiam tacite consensu convenire intellegitur...*"); e D. XVII, 1, 1, pr.-§ 2 ("*Paulus libro trigensimo secundo ad edictum: Obligatio mandati consensu contrahentium consistit. 1. Ideo per nuntium quoque vel per epistulam mandatum suscipi potest. 2. Item sive "rogo" sive "volo" sive "mando" sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est*"), o primeiro relativo aos pactos e o segundo ao contrato de mandato. Vering,³⁰ porém, observa que as fontes romanas indicam os meios pelos quais se celebra o contrato entre ausentes, mas não dizem quando esse contrato se perfaz. A esse respeito, salienta Ferrini³¹ que modernamente há principalmente três teorias que procuram fixar o momento em que se conclui o contrato entre ausentes: *a da declaração* (basta que o aceitante envie sua declaração de vontade conforme a proposta recebida por isso, alguns a denominam teoria da expedição), *a da recepção* (é preciso que a declaração de vontade do aceitante chegue ao proponente) e *a da cognição* (a declaração de vontade do aceitante deve chegar ao proponente e ser por ele conhecida), sendo que, em seu entender, a teoria da cognição parece ter sido a única admitida pelos romanos. Argumenta Ferrini³² com o conceito de *pactum* ("*duorum in idem placitum et consensus*" D. II, 14, 1, 2), advertindo que *consensus* não significa apenas vontade comum, mas também vontade reciprocamente conhecida, bem como com dois textos no sentido de que o surdo não pode celebrar *stipulatio* (D. XLIV. 7, 1, 15 e D. XLV, 1, 1, pr., cujos teores já transcrevemos anteriormente), o que significa que não basta que a resposta (que pode ser ouvida por outros) chegue a ele, mas é preciso que ele tenha percepção dela. Por outro lado, rebate ele o argumento que alguns retiram, em favor da teoria da declaração, da aplicação analógica do D. XL, 2, 4, pr. ("*Iulianus libro quadragesimo secundo*

29. Ob. cit., § 231, p. 458.

30. *Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts*, 5ª ed., nota 1, Mainz, 1887. § 190, p. 522.

31. Obbligazione, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, v. XII - Parte I, n. 440, Milano, 1923, p. 661.

32. Ob. cit., n. 440, p. 661.

digestorum: Si pater filio permiserit servum manumittere et interim decesserit intestato, deinde filius ignorans patrem suum mortuum libertatem imposuerit, libertas servo favore libertatis contingit, cum non appareat mutata esse domini voluntas. Sin autem ignorante filio vetuisset pater per nuntium et antequam filius certior fieret, servum manumisisset, liber non fit. Nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem: nam si mutata fuerit, non erit verum volente patre filium manumisisse"), observando que a razão de ser dessa solução decorre do fato de que para o escravo conseguir a liberdade pela manumissão feita pelo filho é preciso que persista a vontade do pai (*durare oportet patris voluntatem*) no momento da manumissão, o que não-ocorre com o contrato em que se exige o concurso de duas vontades, não-bastando, portanto, a declaração da aceitação, mas que as vontades dos contratantes se encontrem, o que só ocorre quando proponente e aceitante têm consciência da existência de ambas as vontades. Pela teoria da cognição entre os romanos, já se manifestara anteriormente Regelsberger,³³ citando, além do D. XLIV 7, 1, 15 e do D. XLV. 1, 1, o texto do D. XLIV, 7, 48 (todos eles já-transcritos), e argumentando, ainda, com a circunstância de que a *stipulatio* pressupõe que o contratante saiba a língua do outro. Também Baron³⁴ diz que em favor da teoria da cognição parece haver o caso do surdo, acrescentando o texto que se encontra nos *Tituli ex Corpore Ulpiani*, XX, 13: "*Mutus surdus furiosus itemque prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus quoniam verba nuncupationis loqui non potest: surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest:...*").

No concernente à oferta e à aceitação, há várias questões que os autores examinam à luz de fontes jurídicas romanas.

É muito controvertido se, no Direito Romano, se admitiam propostas de contrato *in incertas personas*. Giovanni Baviera³⁵ bem demonstra que tanto os textos trazidos ao debate pelos autores que o negam (assim, Ihering, Kindervater, Pernice, Lucci, Messina) - e são estes: D. I, 7, 18; D. XLV, 3, 10; D. XLV, 3, 21; D. XLV, 3, 11; e D. XLV, 3, 9) quanto os invocados pelos que o defendem (Sohm, Ferrini, Köppen, Krückmann) e são estes: D. XLI, 1, 9, 7, relativo ao *iactus missilium*; I. II, 20, 25-27; D, XV 4, 1, pr.; e I. IV, 7, 8) não oferecem elementos

33. Pandekten, v. I, § 150, Leipzig, 1893, p. 553

34. Ob. cit., § 212, p. 352.

35. L'offerta al Pubblico, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, separata, Milano, 1907, pp. 7 e ss.

conclusivos para decidir essa questão, mas propiciaram elementos para a formulação das posições modernas a esse respeito.

Windscheid³⁶ adverte que a oferta pode ser revogada enquanto a outra parte não declarou aceitá-la, e deduz isso dos textos relativos a que o surdo não pode celebrar a *stipulatio* (D. XLIV. 7, 1, 15 e D. XLV, 1, 1, pr.). A mesma dedução faz para chegar ao princípio de que a aceitação pode revogar-se enquanto ela não chega ao proponente. Sustenta, porém - coerente com sua tese de que os romanos teriam acolhido a teoria da declaração (baseia-se, para isso, no D. XL, 2, 4, pr., e cita ainda o D. XXIV. 2, 7: "*Papinianus libro primo de adulteriis: Si paenituit eum, qui libellum tradendum divortii dedit, isque per ignorantiam mutatae voluntatis oblatus est, durare matrimonium dicendum, nisi paenitentia cognita is qui accepit ipse voluit matrimonium dissolvere: tunc enim per eum qui accepit solvitur matrimonium*") , que, num e noutro casos, a eficácia da declaração de revogação não depende de que esta chegue à outra parte, baseando-se, para isso, no D. XL, 2, 4, pr. e no D. XXIV. 2, 7, e rebatendo o entendimento da maioria dos autores em sentido contrário, por entender que as fontes por eles invocadas (D. XVII, 2, 17, 1: "*Si absenti renuntiata societas sit, quod is scierit, quod is adquisivit qui renuntiavit in commune redigi, detrimentum autem solius eius esse qui renuntiaverit: sed quod absens adquisiit, ad solum eum pertinere, detrimentum ab eo factum commune esse*"; D. XVII, 1, 15: "*Paulus libro secundo ad Sabinum: Si mandassem tibi, ut fundum emeris, postea scitpsissem, ne emeris, tu, antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno adficiatur is qui suscipit mandatum*"; D. XLVI, 3, 12, 2: "*Sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere: si ignorans prohibitum eum accipere solvam, liberabor, sed si sciero, non liberabor*"; e D. XIV, 6, 12: "*Paulus libro trigensimo ad edictum: Si tantum sciente patre creditum sit filio, dicendum est cessare senatus consultum. Sed si iusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus senatus consulto non erit, quoniam initium contractus spectandum est*") ou só contêm a máxima de que aquele a quem se determinou agir não pode ser prejudicado com a retirada dessa declaração ocorrida sem seu conhecimento, ou - como sucede com o D. XVII, 2, 17, 1 - não podem ser aplicadas por analogia. Nessa linha, entende, ainda, Windscheid³⁷

36. *Diritto delle Pandette*, v. II, ristampa stereotipa, trad. Fadda-Bensa, § 307, Torino, 1930, p. 186.

37. Ob. cit., § 307, pp. 186-187

que o que revoga é obrigado, em favor da outra parte, que, ignorando a revogação, confiou em que estivesse formado o contrato, a indenizá-la pelo que Ihering denominou *interesse negativo do contrato*; e se baseia para isso no princípio geral de que todo contratante deve responder pelas conseqüências danosas ocasionadas à outra parte que confiou na aquisição do direito de crédito com base no contrato, princípio geral esse que extrai de fragmentos do *Digesto* relativos à promessa de algo impossível: D. XI, 7, 8, 1 ("*Si locus religiosus pro puro venisse dicitur, praetor in factum actionem in eum dai ei ad quem res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat*"); D. XVIII, 1, 62, 1 ("*Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur*"); e D. XVIII, 4, 8 e 9 ("*8. Iavolenus libro secundo ex Plautio: Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori praestare debeat, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore consequatur. 9. Paulus libro trigensimo tertio ad edictum: Et si quid emptoris interest*"). A grande maioria dos autores, todavia, é contra essa generalização, e Waechter³⁸ acentua que as fontes nada dizem a respeito. O princípio de que a aceitação condicionada ou limitada se traduz em nova proposta é retirado por Windsheid³⁹ do D. XLV, 1, 1, 3: "*Si quis simpliciter interrogatus responderit: "si illud factum erit, dabo", non obligati eum constat: aut si ita interrogatus: "intra kalendas quintas?", responderit: "dabo idibus" Aequè non obligatur: non enim sic respondit, ut interrogatus est. Et versa vice si interrogatur fuerit sub condicione, responderit pure, dicendum erit eum non obligari. Cum adicit aliquid vel detrahit obligationi, semper probandum est vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis ilico placuerit: tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur*" Grisostomi⁴⁰ acrescenta que "*se entre a proposta e a aceitação há diferença somente quantitativa, ter-se-á uma válida aceitação até a concorrência da quantia compreendida assim na proposta como na aceitação*", observando que, a esse respeito, nesse sentido há duas fontes (D. XLV, 1, 1, 4: "*Si stipulanti mihi*

38. *Pandekten*, v. II, Leipzig, 1881, p. 359.

39. *Ob. cit.*, § 407, p. 192.

40. *Le Promesse di Contrattare*, Frascati, 1903, p. 135, nota 1.

"decem" tu "viginti" respondeas, non esse contractam obligationem, nisi in decem constat. Ex contrario quoque si me "viginti" interrogante tu "decem" respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse"; e D. XLV, 1, 83, 3: "Diversa causa est summarum, velut "decem aut viginti dari spondes?" hic enim etsi decem sponderis, recte responsum est, quia semper in summis id, quod minus est, sponderi videtur"); em sentido contrário, porém, também há duas fontes (Gaio, Inst. III, 102: "Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id quod interrogatus erit, non responderit, veluti si sestertia X a te dari stipuletur, et tu sestertia V promittas, ..."; e I. III, 19, 5: "Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ea, quae interrogatus erit, non responderit, veluti si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, ..."). De outra parte, é controvertido o princípio segundo o qual não se aperfeiçoa o contrato se, quando da aceitação, já se encontra morto o proponente. Windscheid⁴¹ se manifesta afirmativamente, baseando-se, principalmente, no D. XXXIX, 5, 2, 6 ("Sed si quis donaturus mihi pecuniam dederit alicui, ut ad me perferret, et ante mortuus erit quam ad me perferat, non fieri pecuniam dominii mei constar") e no D. XLI, 2, 33 ("Pomponius libro trigensimo secundo ad Sabinum: Fundi venditor etiamsi mandaverit alicui, ut emptorem in vacuam possessionem induceret, priusquam id fieret, non recte emptor per se in possessionem veniet. Item si amicus venditoris mortuo eo, priusquam id sciret, aut non prohibentibus heredibus id fecerit, recte possessio tradita erit. Sed si id fecerit, cum sciret dominum mortuum aut cum sciret heredes id facere nolle, contra erit"). No mesmo sentido, Dernburg,⁴² citando o D. XXXIX, 5, 2, 6, embora reconheça que a questão é controvertida. Igualmente, na Itália, Ferrini.⁴³ Contra, entre outros, Regelsberger.⁴⁴ À morte - salienta Windscheid,⁴⁵ e nesse sentido também se manifesta Ferrini⁴⁶ se equipara, para o mesmo efeito, a incapacidade de fato superveniente.

Outra questão é a de saber se, quando as partes contratantes convencionam certa forma (escritura) para o contrato, se ela é condição

41. Ob. cit., § 307, p.191.

42. Pandette, v. II (*Diritto delle obbligazioni*), trad., Cicala, § 11, p. 40 e nota 16.

43. Ob. cit., § 444, p. 666.

44. Ob. cit., § 150, p. 551, nota 18.

45. Ob. cit., § 307, p. 191.

46. Ob. cit., § 444, p. 666.

indispensável para que este se forme. Arndts⁴⁷ responde pela afirmativa, observando, ainda, que, se as partes tiverem convencionado certa forma depois de concluído o contrato, se presumirá, na dúvida, terem querido que essa forma sirva apenas para a prova do contrato e não para a sua validade. Cita a propósito o D. XXII, 4, 4: "*Gaius libro singulari de formula hypothecaria: In re hypothecae nomine obligata ad rem non pertinet, quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus, quae consensu contrahuntur: et ideo et sine scriptura si convenit, ut hypothecae sit, et probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari possit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem, sicut et nuptiae sunt, licet testatio sine scriptis habita est*" Dernburg⁴⁸ observa que Justiniano, no pacto da documentação, quer reconhecer uma condição do contrato, e cita, a respeito, I. III, 23, pr. ("*In his autem, quae scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse emptionem et venditionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta et, si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint et fuerint partibus absolutas. Donec enim aliquid ex his deest, et poenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione*") e a constituição de que foi tirado esse princípio (C. IV, 21, 17).

Note-se, por fim, que os romanos não conheceram a figura das *condições gerais dos contratos*, as quais são cláusulas-padrões formuladas por uma das partes sem ser negociadas com a outra. Podem elas constar de módulos ou formulários pelos quais o proponente fixa, total ou parcialmente, o conteúdo do contrato. Elas podem ser impostas, ou-não, ao aderente, sendo que, quando impostas, há, propriamente, o que se denomina *contrato de adesão*.

Brasília, junho de 1998.

47. Ob. cit., § 232, p. 460.

PERICULUM REI VENDITAE E PERICULUM DOTIS AESTIMATAE*

Eduardo César Silveira Vita Marchi
Professor Titular do Departamento de Direito Civil da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

A ampla maioria da doutrina romanística, como se sabe, atribui ao Direito Romano clássico o princípio *periculum est emptoris*, pelo qual o risco ou o *periculum* (decorrente do perecimento casual da coisa vendida) caberia, já desde a celebração do contrato (e, portanto, antes mesmo da entrega da mercadoria), ao comprador.

O autor, neste artigo, contrariando a *communis opinio*, procura, através da análise de fragmentos em matéria de *dos aestimata*, demonstrar que, ao contrário, no Direito Romano clássico, a chamada "solução germânica" (adotada também pelo Código Civil brasileiro), na qual o comprador suporta o risco apenas a partir do momento da *traditio* ou entrega da *merx*, teria exercido um papel fundamental em não poucos textos.

Abstract:

The great majority of the romanistic literature ascribes to classical Roman Law the *periculum est emptoris* doctrine, according to which the risk or *periculum* (i.e., the chance or possibility that the object of the sale might accidentally perish) had to be immediately born by the purchaser once the sale was perfect (and, accordingly, even before the goods had been actually conveyed to him).

Opposing the *communis opinio*, the author of the present essay tries to demonstrate, by the analysis of several passages of the Roman sources concerning the *dos aestimata*, that, on the contrary, in classical law the so-called "german solution" (also adopted in the brazilian Civil Code) ---according to which the purchaser only had to bear the risk after the *traditio* or delivery of the *merx*--- had a fundamental significance in not few texts of the Roman jurisprudence.

Unitermos: risco de compra; comprador; entrega de mercadoria.

* Ringrazio la prestigiosa 'Alexander von Humboldt-Stiftung' per la borsa di ricerca che mi ha consentito di scrivere questo articolo. Ringrazio anche il 'Leopold Wenger-Institut' della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Monaco, in cui, nel corso dell'anno 1993, questa ricerca è stata condotta. ed in particolare ringrazio il Prof. Dieter Nörr alla cui disponibilità devo molto, ed i suoi assistenti Tiziana Chiusi, Wolfgang Kaiser e Hans-Dieter Spengler.

Sommarario:

- I Introduzione
- II - Il problema del *Periculum Rei Venditae*
- II.1 - Linee generali
- II.1.1 Proposta di cambiamento di impostazione
- III - Aspetti generali del problema del *Periculum Dotis Aestimatae*
- III.1 La dos *Aestimata*: Nozione
- III.2 - Il *Periculum Dotis Aestimatae*: Premesse
- IV L'esegesi dei passi "Clavis Huius Materiae"
- IV.1 - L'esegesi di Ulp. 34 *ad ed.*, D. 23,3,14
- IV.1.1 Difetti formali
- IV.1.2- *L'argumentum e contrario*
- IV.1.3- La *mora* della moglie: significato ed effetto
- IV.2 - L'esegesi di Pomponio 14 *ad. Sab.*, D. 23,3,15
- IV.2.1 Difetti formali e sostanziali
- IV.2.2- Il contesto originale della fattispecie e l'ipotesi di Haymann di "Annahmeverzug" del marito-compratore
- V Conclusione

I - Introduzione

Dopo la conclusione della compravendita, ed il suo "perfezionamento",¹ ma prima della consegna della cosa venduta al compratore,

1. In tema di *emptio venditio* la dottrina è solita (cf., ad esempio, Wieacker, *Die juristische Sekunde. Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz*, in *Festschrift für E. Wolf 60. Geburtstag*, 1962, p. 432, Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 1971, pp. 552-553, Knütel, *Kauf und Pacht bei Abzahlungsgeschäften im römischen Recht*, in *Festschrift Kaser z. 65. Geburtstag*, 1973, p. 44, Peters, *Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, 1973, p. 147, e Guarino, *Diritto Privato Romano*, 1984, pp. 788-799) distinguere tra il momento di "conclusione" (o "celebrazione") del contratto e quello del suo "perfezionamento": quest'ultimo, che sarebbe posteriore a quello della "conclusione", corrisponderebbe, come risulta da Paul. 33 *ad ed.*, D. 18,6,8 pr. ("*...et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio...*"), a casi eccezionali --come quelli della compravendita sottoposta a condizione sospensiva (D. 18,6,8 pr.), o in cui l'oggetto non è chiaramente individuato, come la compravendita "aus beschränktem Vorrat" (Frag.Vat. 16 und C. 4,48,2,1-2), oppure "mit Zumessungserfordernis" od ancora "mit Degustationsabrede" (Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18,1,35,5-7)--, nei quali si manifesta l'esigenza di fissare il *quid quale quantum* affinché il negozio possa produrre tutti i suoi effetti (o più specificamente, affinché --secondo la *communis opinio*, come si vedrà di seguito-- in questi casi eccezionali il principio *periculum est emptoris* abbia applicazione: "*perfecta emptione periculum ad emptorem respicit*" - D. 18,6,8 pr.).

quest'ultima viene a perire o deteriorarsi per caso fortuito o forza maggiore e cioè senza colpa delle parti. Chi dovrà farsi carico del danno? Il venditore? Il compratore? In altre parole: deve quest'ultimo pagare il prezzo, sia nel caso che egli non possa più ricevere la (ormai inesistente) *merx*, che in quello in cui la riceve, ma deteriorata?

A questa questione, che riguarda appunto il problema del *periculum* o rischio² nella compravendita, la compilazione giustiniana sembra rispondere richiamando il (a prima vista generalizzato) principio *periculum est emptoris*: il compratore deve sopportare il rischio del casuale perimento o deterioramento della cosa venduta³ già a partire dalla conclusione del contratto.

L'ampia maggioranza della dottrina --come è notorio-- suppone che questa sia anche stata la soluzione accolta dal diritto classico. Il principio *periculum est emptoris* sarebbe dunque genuino.

Tra i passi richiamati da questa *communis opinio* come testimonianze --secondo le parole di Arangio-Ruiz⁴-- "così esplicite e fededegne" da non consentire dubbi sulla classicità del principio per cui "il rischio della cosa passa al compratore al momento del contratto, anche se non vi sia stata tradizione" (*periculum est emptoris*), sono elencati due frammenti, posti l'uno dopo l'altro nella Compilazione, la cui importanza è stata sempre (a nostro avviso) un po' trascurata dalla dottrina: Ulp. 34 *ad ed.*, D. 23,3,14, e Pomp. 14 *ad Sab.*, D. 23,3,15.

Essi riguardano il problema del *periculum* nella cosiddetta *dos aestimata*, una figura speciale di costituzione di dote, che --come si vedrà nella seconda parte di questo lavoro-- viene equiparata nella Compilazione alla compravendita, da cui, in tesi, deriverebbe l'esigenza di applicare le stesse regole.

2. Il vocabolo *periculum*, anche se impiegato in questa frase come sinonimo di *rischio* in generale, non presenta nelle fonti romane --al contrario che nella dogmatica moderna-- un significato univoco; l'accertamento del senso del termine *periculum* nelle nostre fonti costituisce appunto uno dei punti cruciali e di maggior difficoltà nelle ricerche in tema di *periculum rei venditae*; su esso, cf. in speciale Miquel, "*Periculum locatoris*", in ZSS 81 (1964), pp. 134 ss.

3. Al contrario della dottrina italiana, che suole impiegare l'espressione *periculum rei venditae* o "rischio derivato del perimento o deterioramento della cosa venduta" tanto quando ci si riferisce alla posizione del venditore quanto del compratore, la dottrina tedesca invece, per quanto riguarda il rischio sopportato da quest'ultimo e cioè l'*emptor*, preferisce adoperare l'espressione "Preisgefahr" o "rischio del prezzo"

4. *La compravendita in diritto romano II*, Napoli, 1956, p. 266.

II Il problema del *Periculum Rei Venditae*

II.1 - Linee generali

La *communis opinio* tradizionale ha da sempre --come si è già detto d'inizio-- riconosciuto la classicità del principio *periculum est emptoris*, nonostante la presenza di significative voci in senso diametralmente opposto - *periculum est venditoris* - quali, accanto a quella di Arnò,⁵ le prese di posizione del calibro di Haymann⁶ e Betti,⁷ che attribuiscono la prima soluzione al diritto giustiniano. Non sono mancati pure tentativi di mitigazione del principio, tra cui il più riuscito è quello di Seckel-Levy,⁸ che, senza rifiutarne la classicità, limitano la sua portata ai casi di *vis maior* (tramite il ricorso alla "Custodialehre"), nonchè al raggiungere dello stadio dell'*emptio perfecta*⁹ dal negozio, tesi accolta dalla *communis opinio* attuale.

Il riconoscimento della classicità del principio ha comunque sempre prevalso in dottrina; anzi, se si guarda agli studi più recenti sul nostro tema, quali quelli di Ernst¹⁰ e Thielmann,¹¹ ci si accorge addirittura di una *tendenza alla radicalizzazione* di questa tesi, a supporre che in epoca classica non era consentita

5. *La teorica del periculum rei venditae nel diritto romano classico in Giurisprudenza Italiana* 49 (1897), pp. 209 ss.; *Note minime sul § 3 Inst. 3,23 in AG* 62 (1899), pp. 540 ss.; *Commento ad Cod. 4, 48, 1 in AG* 65 (1900), pp. 301 ss.; *La const. 2 C. 4, 48 nella Summa Perusina in AG* 68 (1902), pp. 429 ss.; *La massima 'dolus auctoris bona fide emptori non nocet' nella c. 3 C. 4,48 in Studi Scialoja I*, 1905, pp. 341 ss.; *Di una interpolazione certa nella c. 4 C. 4,48 in Mélanges Fitting*, 1907, pp. 29 ss.; *La costituzione ultima del Codice de periculo et commodo rei venditae in Studi Brugi*, 1910, p. 154, e *Sul c. 23 dei Fragmenta Vaticana in Memorie della R.Academia di Scienze Lettere ed Arti in Modena* 9 (1910), pp. 73 ss.

6. *Textkritische Studien zum römischen Obligationrecht. I- Über Haftung für custodia in ZSS* 40 (1919), pp. 167-350, II - "*Periculum est emptoris*" in *ZSS* 41 (1920), pp. 44-185, e *Zur klassizität des "periculum emptoris"* in *ZSS* 48 (1928), pp. 314-418. L'autore fu seguito da Konstantinovitch, *Le "periculum rei venditae" en droit romain*, Lyon, 1923.

7. "*Periculum*" *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi De Francisci I*, Milano, 1956, pp. 131-197; *Istituzioni di diritto romano II, I*, Padova, 1960, pp. 410-421; *Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen*, in *ZSS* 82 (1965), pp. 1-23. L'autore fu seguito da Sargenti, *Rischio contrattuale (diritto romano)*, in *ED* 40 (1989), pp. 1.126-1.132.

8. *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in *ZSS* 47 (1927), pp. 117-263.

9. Cf. nota 1 sopra.

10. "*Periculum est emptoris*" in *ZSS* 99 (1982), pp. 216-248.

11. *Traditio und Gefahrübergang in ZSS* 106 (1989), pp. 292-326.

assolutamente alcuna eccezione o deroga alla regola secondo la quale il pericolo del fortuito perimento della cosa oggetto della compravendita, era attribuito al compratore già a partire dalla conclusione del contratto. Infatti, il primo autore contesta addirittura che le decisioni riguardanti la vendita sottoposta a condizione (Frag.Vat.23 = C.4,48,5 und Paul. 33 *ad ed.*, D. 18,6,8 pr.), la vendita "aus beschränktem Vorrat" (Frag.Vat. 16 und C. 4,48,2,1-2), la vendita "mit Zumessungserfordernis" (Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18,1,35,5-7), e quella (specialmente di vino) "mit Degustationsabrede" (Ulp. 28 *Sab.*, D. 18,6,1 pr. und D. 18,6,4 pr. und 1) abbiano contenuto una qualsiasi eccezione alla regola del *periculum emptoris*. Egli infatti fa coincidere la *emptio perfecta* con il venire in essere o l'esistenza del contratto di compravendita.¹² Nella stessa direzione Thielmann nella sua indagine sui rapporti tra *traditio* e passaggio del rischio, si sforza, con scarso successo, di provare che Afric. 8 *quaest.*, D. 19,2,33 e Paul. 3 *epit. Alf.*, D. 18,6,13 und 15 pr.-1 (in relazione ai famosi casi del *fundus publicatus*, dei *lecti empti* e della *materia empti*) non sono in contraddizione con la regola *periculum est emptoris*: secondo l'autore D. 19,2,33 non avrebbe potuto essere inserito come eccezione a quella regola, perchè la fattispecie lascia riconoscere pochissime particolarità. Dal canto suo il gruppo di passi D. 18,6,13 und 15 pr.-1 riguarderebbe la responsabilità del compratore per *culpa* e per lesione dell'obbligo di *custodia* e per questo non avrebbe niente a che fare con il principio *periculum est emptoris*.¹³

Oltre questa tendenza, si può anche notare (e criticare) nella dottrina più recente, come esattamente sottolinea Talamanca,¹⁴ la prevalenza di una "soluzione monistica" della ripartizione del rischio contrattuale nella compravendita,

12. Senza volere -come si è detto- rifiutare la classicità del principio *periculum est emptoris* (e in ciò essendo d'accordo con la *communis opinio*) Ernst ha però proposto un'altra spiegazione del concetto di *emptio perfecta*. La "perfezione" indicherebbe, secondo l'autore, "den Zeitpunkt, zu dem der Kauf als gültiger Rechtsakt überhaupt erst zustande kommt" ("*Periculum*" cit. [nota 10 sopra], p. 237). Prima della fissazione del *quid quale quantum* (il che significa prima della "perfezione") la vendita sarebbe ritenuta un negozio giuridico ancora inesistente e perciò sarebbe un atto giuridico assolutamente non produttivo di effetti. Da questo consegue che la "perfezione" della vendita non sarebbe un presupposto dell'applicazione del principio *periculum est emptoris*, bensì del venire in esistenza dello stesso contratto di vendita come negozio giuridico efficace e valido. Conseguentemente i Romani -conclude Ernst- non avrebbero ammesso alcuna eccezione o limitazione della regola *periculum est emptoris*.

13. A tal proposito si deve osservare che Thielmann riprende parzialmente in questo punto una soluzione già proposta nel secolo scorso dalla "Pandektenharmonistik"

14. *Vendita (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto* 46 (1993), p. 451

e cioè l'insistenza nel costruire una "disciplina uniforme" basata sul principio *periculum est emptoris* e sullo schema concettuale della *emptio perfecta*.

II.1.1. Proposta di cambiamento di impostazione

Anche se, ad un primo sguardo, sono molti i passi in cui si applica il (preteso) principio *periculum est emptoris*, ci pare, dopo un riesame in generale dei passi riguardanti il problema del *periculum rei venditae*, seguito dallo studio specifico (sopra fatto) di quelli principali in materia di *periculum dotis aestimatae*, che la chiave di lettura debba essere cambiata. La ampia maggioranza della dottrina è solita *dare per scontato* il riconoscimento della regola *periculum est emptoris* come un *principio generale* in tema di compravendita. Secondo noi invece questa regola raggiungerà la qualifica o forza di "principio generale" soltanto con Giustiniano. Cosa che non dovrebbe sorprendere, data la chiara presa di posizione dell'imperatore in Inst. 3,23,3,¹⁵ passo che non ha --il che è molto significativo, come sempre osservato dalla dottrina contraria alla *communis opinio*-- corrispondenza nel manuale di Gaio.

È stato dunque (probabilmente) il diritto giustiniano ad elevare tale regola alla posizione di "principio generale". In questo senso dunque, e cioè per quanto riguarda la ricostruzione della regola giustiniana di ripartizione del rischio contrattuale nella *emptio venditio*, la dottrina (ampiamente minoritaria) capitanata da Haymann e Betti ci sembra la più accettabile.

Però in quale misura od estensione siano arrivati i giustiniani alla fine di raggiungere questo obiettivo --e cioè entro quali limiti alcuni (pochi) testi --come

15. "Cum autem emptio et venditio contracta sint quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, 'cum sine scriptura res agitur', periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit. sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed ei si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est. 3a. Si fugerit homo qui venit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolo neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus erit. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus. Utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debet emptori, quia sane, qui rem nondum emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem est etiam de furti et de damni iniuriae actione.

ad esempio Ulp. 32 *ad ed.*, D.19,5,20,1-- siano da considerarsi rimaneggiati o da sottoporsi ad una *duplex interpretatio*--, resta comunque a nostro parere un problema aperto. Ad una prima analisi, questi testi forse rimageggiati sono apparsi di numero ridotto e di poca importanza: la quasi totalità dei passi (citati a sostegno della tesi dominante) invece, può essere a nostro avviso interpretata senza ricorso alla già citata "soluzione monistica" (che si basa sull'applicazione del preteso "principio generale" *periculum est emptoris*). Essi possono essere raggruppati --a seconda della fattispecie e del problema centrale che trattano-- nei seguenti gruppi:

a) i passi (la ampia maggioranza) in cui, in relazione alle determinate caratteristiche del caso, la "soluzione" --e non dunque il "principio generale"-- *periculum est emptoris* viene impiegata (ad es., Paul. 33 *ad ed.*, D. 18,6,8 pr.[= il testo più discusso per il nostro tema], Frag.Vat. 16, C. 4,48,2,1-2, e Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 18,1,35,5-7);

b) i passi che non hanno a che vedere --essenzialmente-- con la questione del *periculum rei venditae* (ad es., Paul. 5 *ad Sab.*, D. 18,6,7 pr., e Ulp. 7 *dig. Iul. Scaev.*, D. 18,6,11);

c) i passi possibile oggetto di una *duplex interpretatio* (ad es., Pomp. 14 *ad Sab.*, D. 23,3,15);

d) i passi da cui risulta indirettamente l'impiego della soluzione contraria *periculum est venditoris*, fondata verosimilmente sul principio della *traditio* (ad es., Iavol. 7 *ex Cass.*, D. 18,6,17); e finalmente,

e) i passi da cui risulta direttamente l'impiego della soluzione opposta, basata sicuramente sul principio della *traditio* (ad es., Paul. 3 *Alf. dig.*, D. 18,6,13 e 15 pr.-1, così come Afr. 8 *quaest.*, D. 19,2,33).

Per quanto riguarda invece il diritto classico ci pare più esatto affrontare il problema impostandolo nel senso di cercare linee di soluzioni eventualmente differenziate a seconda dei diversi contesti problematici e delle differenti personalità dei giuristi, come giustamente ha proposto di recente il Talamanca,¹⁶ (riprendendo in parte comunque una tesi già in passato sostenuta da Rabel):¹⁷ "con ogni probabilità" afferma il maestro romano, "v'era un'articolazione

16. Cf. *Vendita* cit. (nota 14 sopra), p. 451 e n. 1538; cf. anche *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 588.

17. Cf. *Gefahrtragung beim Kauf*, in *ZSS* 42 (1921), pp. 543-564 (specialmente p. 559): secondo Rabel i giuristi classici non avrebbero avuto una dottrina unitaria riguardo al problema del *periculum*

di soluzioni, a seconda delle fattispecie e dei giuristi", tenendosi conto, ad es., "delle caratteristiche dell'oggetto e del potere di controllo su di esso" ¹⁸

In poche parole: in tema di *periculum rei venditae* quindi è probabile che l'ordinamento classico fosse contrassegnato da una "elastische Gebilde". Non ci sarebbe dunque in diritto classico un "principio generale" per cui il rischio era attribuito al compratore dal momento della conclusione del contratto. A seconda dunque dei singoli casi o fattispecie, si attribuiva il pericolo ora al compratore ora al venditore.¹⁹ Valgono qui le parole di Bürge,²⁰ pur espresse riguardo un altro tema: "Bei der Durchsicht dieser zeitlich über einen grösseren Zeitraum gestreuten Quellen hat sich wieder einmal gezeigt, wie wenig sinnvoll es ist, juristische Quellentexte von vornherein in eine einheitliche historische Genese zwingen zu wollen. Die tatsächlichen Verhältnisse waren komplizierter und liessen manche Gestaltungsmöglichkeiten offen, die ohne weiteres nebeneinander Bestand haben konnten"

Molte delle dichiarazioni delle nostre fonti, come quelle (più frequenti) di attribuzione dei rischi al compratore --ad es., "*quia evenit emptoris periculo est*" -D. 23,3,15--, non dovrebbero dunque *a priori* indurre alla idea

rei venditae; il passaggio dei rischi dal venditore al compratore poteva cadere, a seconda dei casi, in momenti diversi, rappresentando la *traditio* soltanto il più tardo tra quelli; oltre a ciò, in un certo gruppo di casi, alcune specie di rischi --come quelli cagionati da terzi oppure causati da furto, contemplati in D.18,6,13-15-- non sarebbero stati inquadrati nello schema concettuale del *periculum rei venditae*, il quale presupporrebbe appena i danni derivati da eventi naturali.

18. Questa valutazione differenziata, come precisamente ancora osserva il Talamanca, *Vendita* cit. (nota 14 sopra), p. 451, corrisponderebbe esattamente al metodo casistico dei giuristi romani ed al *ius controversum*.

19. L'accettazione di tali premesse scongiurerebbe -in termini metodologici- l'impostazione delle ricerche in tema di *periculum rei venditae* a livello di "trattazione generale", come hanno fatto molti autori fino adesso, specialmente in epoca meno recente (come ad. es. Haymann e Seckel-Levy); e cioè sarebbe preferibile che le ricerche sul nostro tema procedessero attraverso l'esame dei singoli passi a seconda delle fattispecie in essi trattate e del problema centrale discusso, al limite raggruppandoli quando possibile- a seconda del tipo de problema: ad es. *periculum dotis*, compravendita condizionale, compravendita "aus beschränktem Vorrat", compravendita "mit Zumessungserfordernis" (oppure di modo ancora più ristretto, e.g. compravendita de vino) ecc.

D'altra parte una tale impostazione metodologica renderebbe possibile un controllo più attento della letteratura. Una trattazione generale del problema del *periculum*, anche se limitato alla compravendita infatti --senza quindi il *periculum* in altri rapporti contrattuali, come soprattutto la *locatio conductio*, e fuori dei contratti di scambio, la *societas*-- si rivela sempre più difficile, dato l'enorme numero di lavori dedicati al tema, il che si comprende, dato il ruolo centrale rappresentato dal problema del *periculum rei venditae* in diritto privato romano.

20. *Der Witz im antiken Seefrachtvertrag. Beobachtungen zur Vertragspraxis im antiken Mittelmeerraum*, in *INDEX* 22 (1994), p. 402

preconcepata di un "principio generale"

Tra questi diversi contesti problematici --che esigono, come si è detto, soluzioni differenziate-- sono specialmente da elencare non soltanto quelli in cui si manifesta la valenza casistica della *bona fides*, come sottolineato da Talamanca,²¹ oppure lo schema concettuale della *emptio perfecta*, come ammesso dalla *communis opinio* attuale, ma anche il ruolo fondamentale rappresentando in alcuni passi dal principio cosiddetto della *traditio* --chiamato anche "germanico"--,²² in cui il compratore deve sopportare il rischio soltanto a partire dal momento della consegna della cosa venduta, soluzione riassunta nella regola *periculum est venditoris*.

In quest'ultimo senso, e cioè per quanto riguarda il ruolo centrale svolto dal principio della *traditio* nella soluzione di certi passi in materia di *periculum rei venditae*, s'impone qui ancora una volta la menzione dei discussi testi (già citati) di Paul. 3 *Alf. dig.*, D. 18,6,13 e 15 pr.-²³ nonché Afr. 8 *quaest.*, D.

21. Cf. *Vendita* cit. (nota 14 sopra), p. 451.

22. Cf. Knütel, *Augusto Teixeira de Freitas e il "periculum" nella compravendita*, in *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, 1988, p. 489.

La situazione del diritto classico riguardo il nostro tema corrisponderebbe dunque in modo parziale, e cioè in certi gruppi di passi ed in determinate fattispecie, all'ordinamento tedesco sia del periodo precedente che seguente la codificazione. Riguardo a quest'ultimo, il BGB infatti tratta della questione specialmente nel suo § 446 I 1: il venditore, come regola generale, sopporta i rischi del perimento fortuito o deterioramento casuale fino alla consegna della cosa venduta al compratore. Da sottolinearsi che basta per la trasmissione dei rischi la semplice "*Übergabe*" o consegna, e cioè non si mostra necessario per l'incidenza della regola il trasferimento effettivo della proprietà (valendo dunque anche in casi di possessio o di sola detenzione): cf. Haymann, *Textkrit. II* cit. (nota 6 sopra), p. 149, e Knütel, *ibidem*. Questa regola generale si riferisce specialmente alle cose mobili. Per quanto riguarda invece gli immobili e le navi marittime, i rischi, secondo lo stesso § 446 II, sono addossati al compratore già a partire dalla registrazione nel "Grundbuch" I §§ 324 II e 447 infine stabiliscono eccezioni riguardanti i casi di "Versendungskauf", o vendita per corrispondenza, e di "Annahmeverzug", e cioè di mora d'accettazione del compratore al momento del perimento fortuito della cosa venduta.

Questa regolamentazione è seguita pure da altri moderni ordinamenti, tra cui l'austriaco ABGB (§§ 1.064, 1.048, 1.049 e 1.051) e il Codice Civile brasiliano (artt. 865, 866, 868 e 1.127).

23. Paul. 3 *Alfeni epitomarum*, D. 18,6,13 "*Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit. si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.*"

Paul. 3 *epitomarum Alfeni*, D. 18,6,15 pr.-1: "*Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit. I. Materia empti si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset*"

Su questo gruppi di passi, cf. in speciale: Jhering, *Gesammte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts I*, Jena, 1881 [=Aalen, 1981], pp. 469 ss.; Puntchart, *Fundamentale Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts*, Innsbruck, 1885, pp. 234 ss. (con resoconto della discussione della pandettistica); Haymann, *Textkritik II* cit., (nota 6 sopra), pp. 73 ss.; Rabel, *Gefahrtragung* cit. (nota 17 sopra), pp. 552 ss.; Appleton, *Les risques dans la*

19,2,33,²⁴ riguardanti i famosi casi del *fundus publicatus*, dei *lecti empti* distrutti dall'edile e della *materia empti* rubata: nonostante l'erculeo sforzo della *communis opinio* --non soltanto la tradizionale ma anche l'attuale--, tutti i tentativi di armonizzare la soluzione di questo frammento con il (preteso) "principio" *periculum est emptoris* sono a nostro avviso interamente falliti,²⁵ in queste fattispecie semplicemente, è stata la soluzione contraria *-periculum est venditoris-*, fondata (abbastanza chiaramente nei testi di Paolo, meno in quello di Africano) sul principio della *traditio*, ad essere accolta. Il fatto che la dottrina abbia esageratamente

vente et les fausses interpolations, in *RH* 5 (1926), pp. 410 ss.; Hoetink, "*Periculum est emptoris*", *Haarlen*, 1928, pp. 126 ss.; Beseler, *Romanistische Studien*, in *TR* 8 (1828), pp. 297 ss.; Seckel-Levy, *Die Gefahrtragung* cit. (nota 8 sopra), pp. 248 ss.; Krückmann, "*Periculum emptoris*", in *ZSS* 60 (1940), pp. 65 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita II* cit. (nota 4 sopra), pp. 234 ss.; Sargenti, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *SDHI* 20 (1954), pp. 248 ss.; Mayer-Maly, *Haftung aus miete nach Staatsunrecht*, in *ZSS* 74 (1957) pp. 365 ss.; Provera, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in *Studi in onore di Emilio Betti III*, Milano, 1962, pp. 708 ss.; 253; Miquel, "*Periculum*" cit. (nota 2 sopra), pp. 143 ss.; Benöhr, *Das sogenannte "Synallagma" in den Konsensalkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965, pp. 89 ss.; Kaser, *Das römische I* cit. (nota 1 sopra), p. 553, n. 70.; Peters, "*Juris Professio*" in *Festgabe Kaser z. 80. Geburtstag*, 1986, pp. 231 ss.; e Thielmann, *Traditio* cit. (nota 11 sopra), pp. 301 ss.

24. Afric. 8 *quaestionum*, D. 19.2.33: "*Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. Nam et si venderis mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit cum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto. Ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogaris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuert frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.*" Su questo testo, cf. specialmente: Bechman, *System des Kaufs nach gemeinem Recht III.1*, Leipzig, 1905, pp. 166 ss.; Haymann, *Textkrit. II* cit. (nota 6 sopra), pp. 63 ss.; Appleton, (nota 23 sopra), pp. 405 ss.; Hoetink, cit. (nota 23 sopra), pp. 104 ss.; Seckel-Levy, *Die Gefahrtragung* cit. (nota 8 sopra), pp. 219 ss.; Haymann, *Zur Klassizität* cit. (nota 6 sopra), p. 410, n. 2; Krückmann, (nota 23 sopra), pp. 74 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita II* cit. (nota 4 sopra), p. 270, n. 1; Kaser, "*Periculum locatoris*", in *ZSS* 74 (1957), pp. 177 ss.; Provera, (nota 23 sopra), pp. 2.252 ss.; Benöhr, (nota 23 sopra), pp. 87 ss.; Honsell, *Quod interest im "bonae-fidei-iudicium"* *Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München, 1968, pp. 122 ss.; Kaser, *Das römische I* cit., p. 553, n. 72; Wacke, *Dig. 19.2.33: Africans Verhältnis zur Julian und die Haftung für höhere Gewalt*, in *ANRW* II 15 (1976), pp. 455 ss.; Ankm, *African Dig. 19.2.33: Haftung und Gefahr bei der "publicatio" eines verpachteten oder verkauften Grundstücks*, in *ZSS* 97 (1980), pp. 157 ss.; Ernst, "*Periculum*" cit. (nota 10 sopra), pp. 241-242; Molnár, "*Periculum emptoris*" im römischen Recht der klassischen Periode, in *Studi in onore di Guarino V. Napoli*, 1984, pp. 2.252 ss.; Peters, (nota 23 sopra), pp. 231 ss.; e Thielmann, "*Traditio*" cit. (nota 11 sopra), pp. 299-301.

25. Nello stesso senso, ma limitatamente a D. 18,6,13 e 15 pr.-I, cf. Talamanca, *Vendita* cit. (nota 14 sopra), p. 452.

speculato sui dati di fatto eventualmente presenti in queste fattispecie (specialmente in D. 19,2,33) è da ricondurre non alla mancante "Überlieferung" di "näheren Einzelheiten der tatsächlichen Verhältnisse" come vuole il Thielmann,²⁶ bensì alla sopramenzionata infruttifera fatica della *communis opinio*.

Ed allora, accanto a questi passi (appena riferiti) in tema di *periculum rei venditae* in cui il principio della *traditio* si mostra applicato --od almeno presupposto-- ci sembra da doversi elencare, come si cercherà di dimostrare nello studio esegetico che si segue, anche i passi chiavi in tema di *periculum dotis aestimatae*, e cioè Ulp. 34 [ad ed.]<ad Sab.>, D. 23,3,14, e Pomp. 14 ad Sab., D. 23,3,15.

III - Aspetti generali del problema del *Periculum Dotis Aestimatae*

III.1 La dos *Aestimata*: Nozione

La cosiddetta *dos aestimata* (chiamata anche dalla dottrina *aestimatio dotis* oppure *res aestimata in dotem data*) è notoriamente un modo particolare, piuttosto complicato, di costituzione di dote.²⁷

Per mezzo della *dos aestimata venditionis causa*,²⁸ la fidanzata si obbliga a trasferire certi beni a titolo di dote, convenendo con il futuro marito che *soluto matrimonio* dovranno essere restituiti non gli stessi oggetti, bensì la loro *aestimatio*, e cioè il loro prezzo di stima, precedentemente accertato. Tale convenzione si presenta nella compilazione configurata giuridicamente come una compravendita, sottomessa alla condizione sospensiva "*si matrimonium fuerit secutum*":²⁹ verificatosi il matrimonio e diventato così efficace il negozio accordato,

26. *Traditio* cit. (nota 11 sopra), pp. 300-301.

27. Cf. Sanfilippo, *Corso di diritto romano. La dote. I*, Catania, s.d., pp. 78 ss.

28. In dottrina si è soliti distinguere tra la *dos aestimata venditionis causa* e *taxationis causa*, i cui effetti giuridici sono in parte diversi, giacché nel primo caso si accorda, *soluto matrimonio*, la restituzione unicamente del valore di stima, mentre nel secondo si accorda la possibilità al marito di scegliere tra la *aestimatio* o gli stessi bene dotali. Ci tratteremo sulla prima figura, giacché è quella che presenta importanza per quanto riguarda il problema collegato del *periculum* nella compravendita. Sulla *aestimatio dotis taxationis causa* (con le sue diverse "Erscheinungsformen"), il cui numero di passi tra l'altro è --in confronto alla prima figura-- molto più ridotto, cf., in speciale, Burdese, "*Aestimatio dotis*", in *Studi Betti II*, Milano, 1962, pp. 170 ss., e Streicher, "*Periculum dotis*" *Studien zum dotalrechtlichen Haftungssystem im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1973, pp. 20 ss.

29. Cf. Ulp., 34 ad Sab., D. 23,3,10,4.

la moglie-venditore è tenuta a trasferire la proprietà dei cespiti, mentre il marito-compratore si obbliga a pagarne il prezzo (o valore di stima), il quale però è trattenuto da lui a titolo di dote, costituendo quindi l'oggetto della restituzione *soluto matrimonio*.³⁰

Si discute però in dottrina da un lato 1) se siano stati i classici ad assimilare la *aestimatio dotis* alla compravendita, e dall'altro, ammessa la classicità di tale assimilazione, 2) entro quali limiti siano stati applicati a questo speciale modo di costituzione di dote il regime o le regole tipiche della compravendita.

Quanto al primo punto l'ampia maggioranza degli autori -- specialmente Beseler³¹ e Volterra,³² così come (sotto certi aspetti) Lauria,³³ Miquel,³⁴ Cannata³⁵ e Kaser³⁶ -- è solita ritenere classica l'equiparazione *aestimatio dotis*=*venditio*; Albertario,³⁷ Erhardt³⁸ e Calonge,³⁹ la giudicano invece giustiniana,⁴⁰ mentre altri autori, come Wolff⁴¹ e Burdese,⁴² assumono una posizione intermedia, ravvisando nel diritto classico la presenza di spunti che sarebbero serviti di base posteriormente ai giustinianeî nella costruzione teorico-dogmatica (Wolff),⁴³ oppure nell'affermazione legislativa (Burdese)⁴⁴

30. Cf. Sanfilippo, *La dote* cit. (nota 27 sopra), *idem, ibidem*.

31. *Miscellanea*, in *ZSS* 45 (1925), pp. 257 ss.

32. *In tema di "aestimatio dotis"*, in *RIL* 66 (1933), pp. 1.014 ss. [= *Scritti giuridici I*, Napoli, 1991, pp. 429 ss.].

33. *Matrimonio-Dote in diritto romano*, Napoli, 1952, pp. 140 ss.

34. "*Periculum*" cit. (nota 2 sopra), pp. 154 ss.

35. *Dote (diritto romano)*, in *ED* 14 (1965), p. 5, n. 25.

36. *Das römische Privatrecht I* cit. (nota 1 sopra), p. 340.

37. "*Subtilitas legum*" e "*moderamen naturalis iuris*" nel diritto dotale romano giustiniano, in *RIL* 58 (1925), p. 831 [= *Studi I*, Milano, 1933, p. 394], e *Interpolazioni in D.* 20, 4, 9, 3 (*Appunti sulla "aestimatio dotis"*, in *RIL* 59 (1926), pp. 5-6 (estratto) [= *Studi I*, Milano, 1933, pp. 405-406].

38. "*Iusta causa traditionis*", Berlin-Leipzig, 1930, pp. 91 ss.

39. "*Aestimatio dotis*", in *AHDE* 35 (1965), pp. 43 ss.

40. Lo Streicher, "*Periculum*" cit. (nota 28 sopra), pp. 1-2 e 6, pur confinando questa "*Streitfrage*" riguardante la classicità dell'equiparazione *aestimatio*=*venditio* nell'ambito del *periculum* nella *dos aestimata* (in speciale nell'esegesi di D. 23,3,10,4-5), la ritiene postclassica: "Dann aber stellt sich die Gleichung *aestimatio*=*venditio* jedenfalls hier als nachklassische Zutat dar"

41. *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, in *ZSS* 53 (1933), pp. 331 ss.

42. "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), pp. 203 ss.

dell'assimilazione *aestimatio dotis*=*venditio*.

Per quanto riguarda il secondo punto, la dottrina quasi unanimemente⁴⁵ eccettuati Beseler e Volterra⁴⁶ - sostiene che non tutte le regole della vendita venivano applicate e cioè che la causa dotale esercitava pure una certa efficacia, con l'impiego in certi casi del regime proprio della *dos*.

III.2 Il *Periculum Dotis Aestimatae*: Premesse

Di fronte a queste grandi incertezze, principalmente intorno ai limiti in cui l'assimilazione *aestimatio*=*venditio* sia stata accolta in epoca classica, risulta chiaro che anche la questione del *periculum dotis*, per quanto concerne specificamente il problema della determinazione dell'esatto momento della trasmissione del rischio riguardante la *res aestimata in dotem data al marito* (e cioè una possibile influenza, ad esempio, esercitata dall'elemento rappresentato dalla *traditio*) -punto che più ci interesserà in questo studio-, rimane in aperto. Da ciò deriva per forza che i risultati fino adesso ottenuti dalla dottrina in tema di *periculum dotis* (nei limiti appena riferiti) non possono *a priori* servire né come prova a favore della classicità del principio *periculum est emptoris*, difesa dalla *communis opinio*, né contro. Anzi, ammesse le conclusioni generali in tema di *periculum dotis* raggiunte dallo Streicher,⁴⁷ forse l'unico⁴⁸ autore ad occuparsi

43. L'inquadramento (più teorico che pratico) sistematico della *aestimatio dotis* nel regime della compravendita, operato dai compilatori, sarebbe stato preparato, secondo Wolff, *Zur Stellung* cit. (nota 41 sopra), pp. 331 ss., in base alla prassi dei classici: "Die von den Späten vorgenommene, mehr theoretisch als praktisch bedeutsame systematische Einordnung in das Kaufrecht wurde aber durch die Praxis der Klassiker vorbereitet", *idem, ibidem*, p. 332.

44. L'assimilazione della *aestimatio dotis* alla compravendita sarebbe stata invece dai classici costruita, secondo il Burdese, "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), p. 204, "in sede di interpretazione tipica integrativa dell'assetto di interessi divisato dalle parti"

45. Cf., oltre gli autori citati nelle note nn. 11 a 18, anche Bonfante, *Corso di diritto romano. I. Diritto di Famiglia*, Roma, 1925, pp. 309-310 e Grosso, *Ricerche intorno all'elenco classico dei "bonae fidei iudicia" I. "Iudicium rei uxoriae"*, in *RISG* 3 (1928), p. 43 ss. (estratto).

46. Cf. rispettivamente nn. 31 e 32 sopra.

47. "*Periculum dotis*" cit. (nota 28 sopra), pp. 102 ss. Cf. anche le *Recensioni* di Honsell, in *JURA* 24 (1973), pp. 330 ss., Lemosse, in *RH* 52 (1974), pp. 311 ss., e Wacke, *Zur Funktion und Gefahrtragung bei der römischen Mitgift*, in *TR* 43 (1975), pp. 241 ss.

48. Cf. le osservazioni in questo senso fatte dallo stesso Streicher nell'introduzione (pp. 1-2) al suo lavoro; si ricordi per l'altro che Honsell, in precedenza, si aveva occupato del tema, limitandolo però al "*periculum nominis*": cf. *Das "periculum nominis" im Dotalrecht*, in *ZSS* 83 (1966), pp. 365-373.

monograficamente del tema del *periculum dotis*, e cioè che i "... Zurechnungskriterien für das *periculum dotis* sehr vielfältig sein können" -- fondandosi in parte anche al di fuori del "Dotalrechts" (come presso le *res aestimatae*)--, ma ispirati comunque dal *melius aequius*, dalla *bonas fides* e dal "Utilitätsprinzip"⁴⁹ la questione del *periculum dotis* viene ad sere impostata esattamente nel modo da noi ritenuto (come si vedrà alla fine) il più giusto in relazione al *periculum rei venditae*, vale a dire, anche in questo caso presupporre per il diritto classico l'adozione di una "elastische Gebilde", in cui certi elementi, come specialmente la *traditio*, possono aver svolto un ruolo importante in alcuni casi.

Non ci sembra dunque affatto, come è solita ammettere la *communis opinio*,⁵⁰ che alla domanda sul preciso momento della trasmissione dei rischi al marito, nell'ambito della *dos aestimata venditionis causa*, Ulpiano risponda *a priori* interamente o chiaramente in questo gruppo di passi:

Ulp. 34 *ad Sab.*, D. 23,3,10,4-5: "*Si ante matrimonium aestimatae res dotaes sunt, haec aestimatio quasi sub condicione est: namque hanc habet condicionem 'si matrimonium fuerit secutum'. Secutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur et fit vera venditio. 5. Inde quaeri potest, si ante nuptias mancipia aestimata deperierint, an mulieris damnum sit, et hoc consequens est dicere: nam cum sit condicionalis venditio, pendente autem condicione mors contingens extinguat venditionem, consequens est dicere mulieri perisse, quia nondum erat impleta venditio, quia aestimatio venditio est"*

Su questo gruppo di passi gravano numerosi sospetti di interpolazione, che riguardano specialmente, nel primo passo (D. 23,3,10,4), l'intera frase "*et fit vera venditio*"⁵¹ --oppure soltanto l'aggettivo "*vera*"⁵²-- e, nel secondo

49. Cf. *Periculum dotis* cit. (nota 28 sopra), pp. 102-103. Il Streicher ritiene che, tra questi criteri di responsabilità, quello della *bonas fides* sia stato il più significativo.

50. Cf., ad es., Streicher, *Periculum dotis* cit. (nota 28 sopra), p. 4.

51. Cf., in questo senso, specialmente, Erhardt, "*Iusta causa*" cit. (nota 38 sopra), pp. 93 ss., Wolff, *Zur Stellung* cit. (nota 41 sopra), p. 335, n. 2; Burdese, "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), pp. 182 ss.; Streicher, "*Periculum dotis*" cit. (nota 28 sopra), pp. 4 ss.

52. Cf., in questo senso, specialmente, Volterra, *In tema di "aestimatio dotis"* cit. (nota 32 sopra), p. 1.015 [=pp. 430] e Sanfilippo, *La dote* cit. (nota 27 sopra), pp. 79 ss.

Non mancano però autori che lo ritengono interamente genuino: cf., in questo senso, specialmente, Haymann, *Textkrit. II cit.* (nota 6 sopra), p. 85, e *Zur Klassizität cit. Zur Klassizität des "periculum emptoris"* in *ZSS* 48 (1928) (nota 6 sopra), p. 349, n. 1.

(D.23,3,10,5), il periodo "*hoc consequens est...venditionem*";⁵³ nonché l'inciso finale "*quia*" *rell.*⁵⁴

La *communis opinio* comunque, pur riconoscendo i difetti formali, tende a ritenerli sostanzialmente genuini.⁵⁵

Ed ecco l'interpretazione di questi passi di solito proposta dalla *communis opinio*:⁵⁶ essendo l'*aestimatio* una vendita, dovrebbero incidere le stesse regole dell'*emptio venditio*, quindi *periculum est emptoris*. Quella però non è una vendita pura bensì condizionale ed il perimento della *res* avviene prima del matrimonio --cioè anteriormente al verificarsi della condizione-- perciò, prima che la vendita divenga *perfecta*. Per questa ragione il danno sarebbe a carico della donna, giacché soltanto "*perfecta emptione periculum ad emptorem* (cioè marito) *respiciet*" (Paul. 33 *ad ed.*, D. 18,6,8 pr.).

Partiamo dal presupposto, come riconosciuto dalla *communis opinio*, che non tutte le regole della *emptio venditio* venissero applicate in tema di *dos aestimata*. Lasciamo dunque da parte la regola "*perfecta emptione* (=il verificarsi della condizione) *periculum ad emptorem respiciet*" appena ricordata, partendo dal presupposto, come si è detto, che in nostro tema sia stato applicato un *regime proprio della dos aestimata*.

Il testo allora non può a nostro avviso servire come testimonianza dell'accoglimento del "principio" *periculum est emptoris*, giacché, come si è già detto sopra, non risponde alla specifica domanda sul preciso momento del passaggio dei rischi al marito. Ulpiano infatti afferma soltanto che, verificatasi la condizione (e

53. Cf. in questo senso, specialmente, Haymann, *Textkrit. II* cit. (nota 6 sopra), pp. 85 ss.; Erhardt, "*Iusta causa*" cit. (nota 38 sopra), pp. 93 ss.; Burdese, "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), pp. 182 ss.; e Calonge, "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 39 sopra), pp. 43 ss.

54. Cf. in questo senso, specialmente, Haymann, *Textkrit. II* cit. (nota 6 sopra), pp. 85 ss.; Bonfante, *Corso I* cit. (nota 45 sopra), p. 309, n. 3 (che lo ritiene un glossema, di significato però giusto); Erhardt, "*Iusta causa*" cit. (nota 38 sopra), pp. 93 ss.; Burdese, "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), pp. 182 ss.; Sanfilippo, *La dote* cit. (nota 27 sopra), p. 80; Calonge, "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 39 sopra), pp. 43 ss.; e Streicher, "*Periculum dotis*" cit. (nota 28 sopra), pp. 4 ss.

55. Cf., in questo senso, specialmente Bonfante, *Corso I* cit. (nota 45 sopra), p. 309, n. 3; Volterra, *In tema di "aestimatio dotis"* cit. (nota 32 sopra), p. 1.015 [=pp. 430]; Streicher, "*Periculum dotis*" cit. (nota 28 sopra), p. 6 ("Von den oben gennanten formalen Mängeln abgesehen, ist der Kern der §§ 4,5 klassischen Ursprungs"); e Wacke, *Zur Funktion* cit. (nota 47 sopra), p. 250, n. 2. Contro: Erhardt, "*Iusta causa*" cit. (nota 38 sopra), pp. 93 ss.; Burdese, "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), pp. 182 ss.; e Haymann, *Textkrit. II* cit. (nota 6 sopra), p. 85; *Zur Klassizität* cit. (nota 6 sopra), p. 349, n.1 (soltanto per il fr. 4).

56. Cf. Sanfilippo, *Corso* cit. (nota 27 sopra), p. 80.

cioè la realizzazione delle nozze), il marito passa a sopportare i rischi della cosa oggetto della *dos aestimata*.

Si tratta semplicemente di una dichiarazione generale del giurista, che centra la sua attenzione sul problema della *condicio*: questa avvenuta, dice Ulpiano, i rischi sono trasmessi al marito, come è principio generale in materia di *dos aestimata*, vale a dire, una regola appartenente al regime proprio della dote estimada (Ulp., 34 *ad ed.*, D. 23,3,10 pr.: "*Plerumque interest viri res non esse aestimatas idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat...*"). Questa regola differisce da quella dei casi normali di dote --e cioè *non aestimata*-- (di cose non fungibili),⁵⁷ in cui il *periculum* rimane a carico della moglie (pur essendo la cosa consegnata nella possesso del marito), e quest'ultimo risponde soltanto per "*culpa*": "*Paulus respondit rebus non aestimatis in dotem datis maritum culpam, non etiam periculum praestare debere*" (Frag.Vat. 101).

La dichiarazione di Ulpiano in queste fattispecie dunque non riguarda la questione risultante dall'eventuale consegna o meno della *res aestimata in dotem data* al marito, e cioè la possibile influenza che un tale elemento --il verificarsi della *traditio*-- possa avere sull'attribuzione del *periculum*; non tratta quindi del problema concernente alla determinazione esatta e specifica del momento della trasmissione dei rischi al marito.⁵⁸

Ciò però può essere spiegato: quel problema è trattato da Ulpiano soltanto appunto in l. 34 [*ad ed.*] <*ad Sab.*>,⁵⁹ D.23,3,14. Cosa questa peraltro coerente: ammessa la correzione proposta da Lenel (come infatti è comunemente accettato) nella sua *Palingenesi*, e cioè che il frammento 14 in origine apparteneva al l. 34 dei commentari di Ulpiano *ad Sab.* e non *ad ed.*, avremmo ambi i passi --

57. Per le cose fungibili invece le fonti sembrano (cf. però nota 58 infra) accogliere la stessa soluzione applicata alla *dos aestimata*, e cioè *periculum est mariti*: Gai 11 *ad ed. prov.*: "*Res in dotem datae, quae pondere numero mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat et quandoque soluto matrimonio eiusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse vel heres eius*"

58. Da notare che pure Gaio in D. 23,3,42 (cf. nota 57 sopra), trattando del *periculum* spettante le cose fungibili *non aestimatae*, non si occupa della determinazione dell'esatto momento in cui i rischi sono trasmessi al marito (cf. in questo senso Miquel, *Periculum locatoris* cit. [nota 2 sopra], p. 157: "La soluzione data al problema del *periculum* con riguardo alle cose fungibili non è quindi diversa da quella delle *res aestimatae in dotem datae: periculum est mariti*. Diverso è soltanto il momento del trapaso del rischio, *ma il testo di Gaio tace a questo proposito*"). Si potrebbe dunque discutere anche in tema di *dos non aestimata* di cose fungibili, la possibile influenza della *traditio* nella specificazione del momento della trasmissione dei rischi al marito.

59. Cf. nota 88 infra.

D.23,3,14 e D.23,3,10,4-5-- estratti dallo stesso libro 34. Il giurista in questo libro dunque, dopo la sua dichiarazione (o soluzione) generale in tema di *periculum res aestimatae*, riprodotta nella fattispecie di D.23,3,10,4-5, si occupava di seguito, come risulta da D. 23,3,14, della determinazione del preciso momento della trasmissione dei rischi, e cioè del problema riguardante gli effetti della *traditio* sulla ripartizione del *periculum dotis aestimatae*.

L'interpretazione della *communis opinio* quindi non regge. Si ricordi tra l'altro che, contro tale interpretazione, parte della dottrina --Haymann⁶⁰ e Betti⁶¹,- pur minoritaria, ritiene il testo sostanzialmente interpolato.⁶² Indipendentemente però dalla dimostrazione del carattere spurio o non del testo, c'è tuttavia la nostra interpretazione sopra riferita: Ulpiano, nella sua decisione, afferma soltanto che, non verificatesi le nozze --e cioè la condizione--, il rischio incombe sulla moglie. *Il giurista dunque non discute affatto il problema specifico dell'attribuzione del rischio tra il momento della costituzione della dote (e della aestimatio) e l'effettiva consegna della res al marito*, non gli interessa cioè la domanda se la cosa è stata o no consegnata (vale a dire, il ruolo che potrebbe avere la *traditio*). Anzi, si potrebbe dire, in questo ordine di idee, che il verificarsi o non della consegna della *res* al marito non cambierebbe la soluzione finale: nella *ratio decidendi* o nel ragionamento di Ulpiano conta soltanto il fatto che il perimento si è verificato *pendente condicione*, e cioè prima delle nozze, il che escluderebbe qualsiasi responsabilità del marito, sia egli in possesso della cosa o non. *Vale a dire, con altre parole, non perchè "perfecta emptio (=il verificarsi della condicione) periculum ad emptorem respiciet" (D. 18,6,8 pr. - regime proprio della vendita), ma perchè "res aestimatas esse, periculum rerum ad virum pertineat" (ad arg. D. 23,3,10 pr.)*.

D'altra parte, non si deve escludere, come già proposto da Ehrhardt,⁶³ che la *res* fosse stata già consegnata al marito. In questo senso, la decisione di

60. *Textkrit.* Il cit. (nota 6 sopra), pp. 85 ss., e *Zur Klassizität* cit. (nota 6 sopra), p. 416, n. 3.

61. "*Periculum*" cit. (nota 7 sopra), p. 149.

62. Anche il Burdese, "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), pp. 182 ss., pur ritenendo classico il principio *periculum est emptoris* --*ibidem*, pp. 187-188, n. 74--., condanna, ma per ragioni diverse da quelle di Haymann e Betti, grande parte del frammento, ricostruendo il testo originale con l'eliminazione di qualsiasi accenno alla compravendita: spurie sarebbero le frasi "*et fit vera venditio*", "*hoc consequens est...venditionem*" e la chiusa "*quia*" *rell.*, il cui richiamo sarebbe interamente inutile nella fattispecie.

63. "*Iusta causa traditionis*" cit. (nota 38 sopra), p. 93: "Vor Eheabschluß sind *aestimata mancipia*, die dem Bräutigam zur *dos* übergeben waren, gestorben"

Ulpiano avrebbe ancora più ragione di essere: egli vorrebbe sottolineare che, pur essendo la cosa già in possesso del marito, il rischio andrebbe alla donna qualora la condizione non si fosse verificata.⁶⁴

Resterebbe finalmente da discutere un ultimo punto a proposito di D. 23,3,10,4-5. Osserva Streicher nella sua esegesi a questo gruppo di passi che, al contrario che nella compravendita, non ci sono nelle fonti indizi in base ai quali si possa dedurre che la moglie doveva sopportare, fino alla consegna del bene dotale, il *periculum custodiae*.⁶⁵ Da questa osservazione si può a nostro avviso dedurre un ulteriore argomento contro la *communis opinio*: ammessa come classica l'equiparazione *aestimatio*=*venditio*, i pochi autori che rifiutano una responsabilità per *custodia* del venditore (sostenuta specialmente da Seckel) potrebbero richiamare questa possibile corrispondente inesistenza di tale responsabilità della moglie nella *dos aestimata* come un indizio a favore della loro tesi (anche se si potrà sempre contro argomentare con la non completa applicazione delle regole della compravendita in materia di *dos aestimata*, secondo quanto ritenuto dalla *communis opinio*).⁶⁶ Dall'altra parte, ammessa ancora come probabile la non responsabilità della moglie per *custodia* prima della consegna del bene dotale al marito, la situazione di quest'ultimo diventerebbe molto più gravosa di quella del compratore (se si accetti evidentemente la ricostruzione del Seckel). Ciò comunque potrebbe servire come argomento contro quelli, come Streicher, che ritengono --in materia di *dos aestimata* contrariamente a quanto da noi sostenuto-- non doversi ammettere importanza alla *traditio* per quanto riguarda l'attribuzione del *periculum*, giacchè è

64. Contro Ehrhardt si manifesta specialmente Streicher, "*Periculum dotis*" cit. (nota 28 sopra), p. 5, n. 17: "Seine Annahme, es handle sich um *aestimata mancipia*, die bereits übergeben waren, findet im Text keine Stütze" Comunque, la stessa esistenza di letture diverse per quanto riguarda il verificarsi o non della *traditio* in questa fattispecie. è già una dimostrazione della completa mancanza di riferimento nel testo al problema della eventuale consegna, il che si spiega, come già detto, con la scarsa importanza di tale elemento nel ragionamento di Ulpiano.

65. Cf. "*Periculum dotis*" cit. (nota 28 sopra), p. 6 e n. 22. L'autore sembra addirittura rifiutare una responsabilità per custodia della moglie in tema di dote: "In deutlichen Unterschied zum Kaufrecht ist den Quellen indes kein Hinweis zu entnehmen, daß die Frau bis zur Übergabe der Sache das *periculum custodiae* hätte tragen müssen" (p. 6); ed ancora: "...aber im Gegensatz zum Kaufrecht muß die Frau in keinem Fall vor Übergabe der Sache dem Mann für etwaigen Untergang Ersatz leisten" (p. 6, n. 22).

Contro si esprime il Wacke, *Zur Funktion* cit. (nota 47 sopra), p. 251, nella recensione al lavoro di Streicher: "daß die Frau bis zur Übergabe freilich wie beim echten Kauf für *custodia* verantwortlich war, ist zwar nicht zu belegen, aber doch wahrscheinlich" Cf. nota 92 infra.

66. Cf. fls. 12 sopra.

ammettere che i classici avessero così sovraccaricato la posizione giuridica del marito, facendolo rispondere per ogni tipo di rischio già a partire dal momento della conclusione del patto di *aestimatio*.

IV L'esegesi dei passi "Clavis Huius Materiae"

Ed ecco quindi i due passi fondamentali normalmente richiamati in tema di rapporti tra *periculum rei venditae* e *periculum dotis aestimatae*, i quali a parere della *communis opinio* (come si è detto già sopra),⁶⁷ rappresenterebbero testimonianze abbastanza esplicite e fededegne del principio che addossa al compratore i rischi già a partire dal momento di conclusione del contratto:

D. 23,3,14 (Ulpiano, 34 *ad ed.*): "*Si rem aestimatam mulier in dotem dederit, deinde ea moram faciente in traditione in rerum natura esse desierit, actionem eam habere non puto*"

D. 23,3,15 (Pomponio, 14 *ad Sab.*): "*Quod si per eam non stetisset, perinde pretium aufert ac si tradidisset, quia quod evenit emptoris periculo est*"

Se la moglie, dice Ulpiano nel primo passo, abbia dato in dote una cosa stimata e, in seguito, essendo ella in mora nella sua consegna, la cosa cessasse di esistere in natura, e cioè perisse, la moglie non avrebbe azione <per la restituzione della dote> Se però, dichiara Pomponio nel frammento seguente, ciò non fosse dipeso da lei, essa potrebbe pretendere il prezzo come se avesse fatto la consegna, giacchè ciò che avviene è a carico del compratore, che sopporta i rischi.

I giuristi quindi, secondo l'interpretazione della *communis opinio*, avrebbero differenziato, in caso di perimento fortuito della *res aestimata* prima della *traditio*, due situazioni:⁶⁸ 1) se la moglie fosse in mora, non avrebbe contro il marito azione allo scopo di esigere la restituzione della *aestimatio*; 2) se invece non fosse in mora, si applicherebbe il principio *periculum est emptoris* ed ella, in contrapartita, avrebbe diritto alla restituzione del prezzo.

In tema dunque di *periculum dotis aestimatae*, conclude la *communis*

67. Cf. fls. 3 e nota 4 sopra.

68. Cf. in questo senso Arangio-Ruiz, *La compravendita II cit.* (nota 4 sopra), p. 266.

opinio,⁶⁹ come principio generale si dovrebbe ammettere che il marito doveva sopportare il *periculum* già a partire dalla realizzazione delle nozze e cioè indipendentemente dal verificarsi o non della *traditio*, la quale non avrebbe alcuna importanza in tema di ripartizione dei rischi, esattamente come nella compravendita (*periculum est emptoris*).

Procediamo all'esegesi separata dei due passi. Tale metodo, il più giusto al meno dal punto di vista del diritto classico, ci sembra infatti preferibile a quello della dottrina dominante che suole interpretarli insieme.

IV.1 L'esegesi di Ulp. 34 *ad ed.*, D. 23,3,14

Ecco in poche parole il contenuto della decisione di Ulpiano:⁷⁰ la ex-moglie (=venditore), dopo la dissoluzione del matrimonio, non può esigere dall'ex-marito (=compratore) la *aestimatio* (=prezzo di vendita) del bene dotale, quando il suo perimento fortuito si sia verificato⁷¹ mentre lei si trovava in mora nella consegna della cosa.

IV.1.1 Difetti formali

Il testo è ritenuto formalmente rimaneggiato dalla quasi totalità della dottrina.⁷² Ecco le obiezioni:

a) Se la moglie, come si dichiara nel testo, ha già proceduto alla consegna della dote stimata --"*...in dotem dederit...*"--, è inammissibile e contraddittorio che in seguito, si trovi in mora nella consegna --"*...deinde ea moram*

69. Cf. in questo senso, da ultimo, Streicher, *Periculum dotis* cit. (nota 28 sopra), p. 7: "Ob die Sachen übergeben waren oder nicht, spielt keine Rolle, wie der Schluß aus D. 23,3,14 und 15 ergibt. Als Ergebnis können wir somit festhalten: ..b) Nach Eheschließung geht das periculum ganz auf den Mann über, ob die Sachen übergehen sind oder nicht"

70. Cf. Seckel-Levy, *Die Gefahrtragung* cit. (nota 8 sopra), pp. 260-261.

71. Si pressuppone evidentemente, come già precisava Bas. 29,1,10, sch. e notava la Glossa *ad h.l.*, che il perimento della *dos aestimata* sia avvenuto dopo il matrimonio: in caso contrario, osserva Grosso, *Ricerche* cit. (nota 45 sopra), p. 43, n. 4, seguito da Burdese, "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), p. 186, n. 71, tale circostanza, data la sua importanza, non sarebbe stata taciuta.

72. L'unico autore a non presentare obiezioni nemmeno formali contra il passo è Miquel, "*Periculum locatoris*" cit. (nota 2 sopra), p. 155, che lo ritiene, insieme al passo di Pomponio, genuino.

faciente in traditione...". Ulpiano dunque, in origine, avrebbe probabilmente trattato o di un caso di *dotis dictio*, come proposto per primo da Hotomanus,⁷³ seguito da Seckel-Levy,⁷⁴ Arangio-Ruiz,⁷⁵ Betti,⁷⁶ e Calonge,⁷⁷ oppure di una *mancipatio* non accompagnata dalla effettiva e contestuale consegna, come ritenuto da Beseler⁷⁸ e Kaser.⁷⁹ Più verosimile ci sembra quest'ultima ipotesi, e cioè una *mancipatio* che probabilmente ha avuto per oggetto un *servus*, come proposto dalla Glossa.⁸⁰ Insostenibile comunque è l'argomento di cui si serve il Calonge,⁸¹ per rifiutare l'ipotesi della *mancipatio*, e cioè che questa proposta potrebbe essere accettabile soltanto "si se tratara de *fundus* o *servus*, pero esto no es posible *porque el fundo no perece y el esclavo se 'muere'*". Ci pare però chiaro ed indiscutibile che l'espressione latina *in rerum natura esse desierit*, volendo significare "mancare al mondo, non essere più nel mondo",⁸² possa anche essere impiegato ad indicare la morte, come appunto impiegata in Scæv. 21 *dig.*, D. 36,1,80,10 (*a contrariis*), Pomp. 5 *ad Quintum Mucium*, D. 36,2,22 pr. e Paolo 41 *ad ed.*, D. 37,6,2 pr. Infine, all'osservazione secondo cui un fondo non può "perecer" si può ribattere menzionando certi casi di *alluvio*, in cui e.g. un terreno è interamente occupato dalle acque di un fiume (Inst. 3,23,3),⁸³ il quale (terreno) appunto --si può dire letteralmente-- "mancherà nella natura"

In ognuno dei due casi⁸⁴ comunque, i compilatori avrebbero eliminato

73. *Opp.* I, I, p. 879.

74. *Die Gefahrtragung* cit. (nota 8 sopra), pp. 260 ss.

75. *La compravendita II* cit. (nota 4 sopra), p. 266 e n. 3.

76. "*Periculum*" cit. (nota 7 sopra), p. 149.

77. "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 39 sopra), pp. 20 ss.

78. *Romanistische Studien* cit. (nota 23 sopra), p. 305. Il Beseler elimina anche la questione della mora, ritenendo spuria l'espressione "*moram faciente in traditione*" (da essere sostituita secondo l'autore da "*res ante traditionem*").

79. *Die Wirkungen der "dotis dictio"*, in *SDHI* 17 (1951), p. 176, n. 25.

80. Cf. Glossa *ad h.l.*, ed. Lugduni, 1593.

81. "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 39 sopra), p. 21.

82. Cf. il vocabolo *natura* -"b)ß"- nel vocabolario di Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. II ed., Graz, 1971.

83. Inst. 3,23,3 ("*...aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit.*"); caso citato da Giustiniano appunto come un esempio di *periculum* che deve essere sopportato dal compratore.

84. Il passo dunque, a seconda delle proposte riferite, potrebbe essere così ricostruito: "*Si rem*

il riferimento ad istituti già in disuso al tempo di Giustiniano.⁸⁵

b) Manca il soggetto per "*desierit*"⁸⁶

c) Non c'è la qualifica del tipo di *actio*, anche se sembra logico che si tratti di una *actio rei uxoriae*.⁸⁷

d) Il passo di Ulpiano sarebbe stato tratto dal l. 34 *ad Sab.*, e non *ad ed.*, come ci è stato trasmesso dalla Compilazione. Tale ricostruzione, proposta da Lenel nella sua *Palingenesi*, è (quasi)⁸⁸ unanimemente accettata come probabile dalla dottrina.

Nonostante questi difetti formali, il passo, tranne poche voci in contrario,⁸⁹ è giudicato --a nostro parere con ragione-- sostanzialmente genuino dall'ampia maggioranza degli autori.⁹⁰

aestimatum mulier in [dotem dederit] <doti dixerit>" (o analogamente [*dederit*] <*dixerit*>, d'accordo con Seckel-Levy) oppure "*Si rem aestimatam mulier in dotem <mancipio> dederit*"

85. Cf. in questo senso il Burdese, "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), pp. 185-186, il quale, pur ammettendo il rimaneggiamento del testo in questo punto, non prende posizione su queste due ipotesi.

86. Cf. in questo senso, specialmente, Beseler. *Romanistische Studien* cit. (nota 23 sopra), p. 305, Seckel-Levy, *Die Gefahrtragung* cit. (nota 8 sopra), p. 260 (che suppongono che il soggetto della frase nel testo originale fosse rappresentato dal bene dotale specificamente determinato, il quale sarebbe stato parimenti sostituito dai compilatori nella parte iniziale del passo, con il vocabolo generico "*rem*"), Burdese, "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), pp. 185-186. e finalmente Streicher, "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), p. 10.

87. Cf. in questo senso, specialmente, Burdese. "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), pp. 185-186, e Streicher, "*Periculum dotis*" cit. (nota 28 sopra), p. 10: "weniger anstößig erscheint die mangelnde Determinierung der *actio* als *actio rei uxoriae*. Daß die Dotalklage gemeint ist, versteht sich von selbst"

88. Contro si esprime soltanto il Calonge, "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 39 sopra), p. 19, n. 40: "...a rectificación de Lenel, comúnmente aceptada, puede que sea válida, pero ante la carencia de una mayor seguridad preferimos suponer que se trate de un comentario al Edicto. Razones tampoco faltan para suponerlo así: Lenel inicia in su *Palingenesia* el libro 34 *ad ed.* de Ulpiano bajo el título *De re uxoria*, donde podría tener cabida nuestro texto, máxime si se tiene presente que el núm. 967 (D. 22,1,21 y D. 22,1,23) hace referencia a qué debemos entender por *mora*". L'argomentazione non ci pare convincente. La ricostruzione di Lenel s'inquadra perfettamente nel probabile contesto originale dell'opera di Sabino, come deducibile anche degli altri commentari *ad Sab.*

89. Cf. in speciale Haymann, *Textkrit. II* cit. (nota 6 sopra), p. 131, che lo ritiene interamente spurio (o, con le sue parole, "heillos zerrütet").

90. Cf. Arangio-Ruiz, *La compravendita II* cit. (nota 4 sopra), p. 266 e n. 3; Betti, "*Periculum*" cit. (nota 7 sopra), p. 149; Kaser, *Die Wirkungen* cit. (nota 79 sopra), p. 176, n. 25; Burdese, "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), pp. 185-186; Grosso, *Ricerche* cit. (nota 45 sopra), p. 43, n. 4; Miquel, "*Periculum locatoris*" cit. (nota 2 sopra); e Streicher, "*Periculum dotis*" cit. (nota 28 sopra), pp. 9-10.

IV.1.2 *L'argumentum e contrario*

La forza probante di questo passo in favore della classicità del principio *periculum est emptoris* si fonda, secondo la *communis opinio*, su un *argumentum e contrario*: dalle parole di Ulpiano cioè si dedurrebbe *a contrariis* che, non essendo la moglie in mora ed essendo avvenuto il perimento fortuito prima della consegna della *res aestimata*, le competerebbe l'azione per la restituzione del prezzo o *aestimatio*, e cioè, pur non essendosi verificata tradizione, il danno andrebbe a carico dell'ex-marito, che dovrebbe dunque sopportare il *periculum* già a partire dalla realizzazione delle nozze, e cioè prima della consegna, esattamente come il compratore.

Contro questa deduzione *per argumentum e contrario* si possono però opporre due considerazioni.

Da un lato, si deve osservare che il risultato *a contrariis* ottenuto, e cioè che in caso di inesistenza di mora il danno sarebbe a carico del marito, *non è evidentemente dichiarato espressamente dal giurista, bensì soltanto dedotto*. Poiché è noto che le decisioni dei giuristi classici dipendevano enormemente dalle peculiarità di ciascuna fattispecie, le deduzioni *per argumentum e contrario* per quanto riguarda il diritto classico devono sempre essere accolte con molte riserve.

D'altra parte, ammesso soltanto per ipotesi il ragionamento *per argumentum e contrario*, come proposto dalla *communis opinio*, non si potrebbe concludere in modo assoluto che, al momento del perimento della cosa, questa ancora non fosse stata consegnata. In altre parole: il fatto (dedotto *a contrariis*) di "non essere in mora nella tradizione" (=non "ea moram faciente in traditione") non significa necessariamente che "la cosa ancora non è stata consegnata, ma la moglie è ancora in tempo per farlo"; "non essere in mora" insomma potrebbe anche perfettamente indicare che "la cosa già è stata tempestivamente consegnata dalla moglie" (la quale appunto perciò non si troverebbe più in mora o ritardo). Colui che, per ipotesi, ha già consegnato la cosa al momento giusto non si trova in mora; così anche chi non l'ha consegnata, ma è ancora in tempo di farlo. Le due situazioni possono corrispondere all'affermazione (dedotta *a contrariis* dalla *communis opinio*) "non essere in mora"

Questa osservazione potrebbe dunque servire addirittura contro la *communis opinio* e cioè a favore della tesi che accentua nel nostro tema il ruolo fondamentale svolto dal principio della *traditio*: essendo la cosa dotale

tempestivamente consegnata (vale a dire, non essendo la moglie in mora), e verificatosi il perimento fortuito, la ex-moglie potrebbe esigere la restituzione della dote (o meglio, della sua *aestimatio*); il danno quindi sarebbe a carico del marito, ma la cosa stimata già si trovava nella sua possessio.

IV.1.3 - La *mora* della moglie: significato ed effetto

AmMESSO per ipotesi, come vuole la *communis opinio*, che in tema di *periculum dotis aestimatae* il marito sopportasse i rischi già a partire delle nozze, indipendentemente dal verificarsi della *traditio*, si potrebbe allora chiedere perchè mai Ulpiano, in D. 23,3,14, addossa il *periculum* alla moglie in mora nella consegna della cosa stimata? In altre parole: rispondendo il marito già prima della *traditio*, una eventuale mora della moglie nella consegna non dovrebbe --almeno in termini logici-- svolgere nessun importante ruolo. Ulpiano quindi, a rigore di logica, non avrebbe bisogno di preoccuparsi specialmente di quel ritardo della moglie, giacchè la mancanza o non della *traditio* non avrebbe influenza sulla regola di ripartizione dei rischi, sopportati dal marito.

A questo dubbio la *communis opinio* suole rispondere richiamando il principio dell'equità: non sembrerebbe giusto ad Ulpiano (continuare ad) attribuire al marito il *periculum*, quando la moglie fosse in mora nella *traditio*. "Ulpian", riassume o Streicher,⁹¹ "will nicht die Grundregel des *periculum viri* bei *res aestimatae* anwenden, sondern offenbar aus Billigkeitsgründen davon abweichen"

Questa risposta, anche se convincente ad un primo sguardo, non ci sembra però del tutto decisiva. Resta l'apparente illogicità di una soluzione che, in un primo momento (e cioè a partire dal matrimonio), esonera la moglie dal *periculum*, in seguito (e cioè in caso di mora) glielo addossa, ed alla fine (e cioè consegnata la cosa) la libera nuovamente. Più coerente si mostrerebbe un sistema che attribuendo all'inizio un certo grado di responsabilità alla moglie, l'aumentasse o sovraccaricasse quando essa si trovasse in mora nella consegna.⁹²

91. "*Periculum dotis*" cit. (nota 28 sopra), p. 10.

92. Questa illogicità --ragionandosi ancora dentro il quadro di ricostruzione storica proposto dalla *communis opinio* (vale a dire, *periculum est emptoris=mariti*)--, sparirebbe se si pensasse ad una eventuale responsabilità per *custodia* della moglie fino alla consegna: realizzate le nozze, essa passava a rispondere soltanto per *vis minor* (ed il marito per qualsiasi altro tipo di *periculum*), e di seguito, trovandosi in mora nella *traditio*, vedrebbe il suo grado di responsabilità aumentare, passando ad sopportare anche la *vis maior*.

Si potrebbe certo ribattere che la nostra soluzione --e cioè il sistema opposto-- sarebbe altrettanto illogica: la moglie, prima della *traditio*, sopportava il *periculum*, e di seguito, incorrendo nella mora, continuerebbe a sopportarlo, non verificandosi alcun cambiamento.

Questo argomento sarebbe inoppugnabile se non si riuscisse a trovare un'altra giustificazione alla decisione di Ulpiano, che attribuisce il *periculum* alla moglie in caso di mora, diversa da quella (e cioè, motivi d'equità) della *communis opinio*. Ciò ci pare possibile, come adesso cercheremo di dimostrare.

Partiamo da una osservazione fatta da Grosso:⁹³ in vista del principio, più volte ripetuto dalle fonti, per cui la c.d. *aestimatio dotis venditionis causa* equivale alla *emptio venditio*, si dovrebbe teoricamente per conseguenza --osserva l'autore-- ritenere momenti distinti la compravendita e la costituzione di dote, ciò che non è fatto;⁹⁴ a rigor di logica dunque, continua Grosso, la separazione fra la vendita e la dote avrebbe portato, nel passo di Ulpiano (D. 23,3,14), "all'esperimento separato delle due azioni, *ex empto* del marito contro la moglie, *rei uxoriae* della moglie verso il marito"⁹⁵

Una eventuale responsabilità per *custodia* della moglie in casi di *dos aestimata* non è però, secondo Streicher, "*Periculum dotis*" cit. (nota 28 sopra) --come già abbiamo visto (cf. pp. 16-17 sopra, nota 65)-- attestata (oppure è esclusa) nelle nostre fonti

93. *Ricerche* cit. (nota 45 sopra), pp. 43 ss.

94. Quel principio dunque --afferma ancora Grosso, *Ricerche* cit. (nota 45 sopra), pp. 43 ss., seguendo in questo punto la *communis opinio* (cf. fls. 12 n. 45 sopra)--, non avrebbe trovato esatta applicazione, giacchè, nelle soluzioni di casi pratici, anche se talora le regole della *emptio venditio* venissero applicate, si teneva sempre presente che la vendita era avvenuta a causa della costituzione della dote. In poche parole: la separazione teoricamente necessaria tra la vendita e la dote non era affatto rispettata, per cui, nella risoluzione dei casi pratici, venivano mescolate le regole (e le soluzioni) della *dos* e della *emptio venditio*.

95. Cf. *Ricerche* cit. (nota 45 sopra), pp. 43-44.

Contro Grosso si manifesta Kaser, *Die Rechtsgrundlage der "actio rei uxoriae"*, in *Rida* 2 (1949), p. 525, n. 67 ("Zu Ulp. D. 23,3,14 behaupt Grosso 43f., die Anwendung der Kaufregeln auf die *dos aestimata* hätte hier dazu führen müssen, daß der Mann gegen die Frau die *actio empti*, die Frau gegen den Mann die *a. rei uxoriae* erhielt. Aber das trifft nicht zu: Ist die Frau im Leistungsverzug, dann ist die Gefahr noch nicht auf den Mann übergegangen [...] und wird er deshalb durch zufälligen Untergang der Sachen befreit"): mentre la moglie era in mora, il rischio non sarebbe stato ancora trasmesso al marito e quest'ultimo quindi non sarebbe stato responsabile per il perimento fortuito della cosa, vale a dire --possiamo aggiungere-- egli non potrebbe essere condannato nella *actio rei uxoriae*.

D'accordo invece il Burdese, "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), pp. 186-187; anzi, riprendendo l'ipotesi del Grosso di (a rigore di logica possibile) esperimento separato delle azioni, Burdese suppone che nel caso concreto il marito non avesse fatto valere il suo diritto, e cioè non avesse esercitato la *actio empti* a sua disposizione, essendo stato poi *solutum matrimonio* convenuto nella *actio rei uxoriae* intentata dalla ex-moglie. Ulpiano quindi, in base al criterio del *bonum et aequum* a cui la *actio rei uxoriae* si ispira, avrebbe negato l'azione alla moglie, il cui comportamento

Ammettendosi in teoria, come proposto da Grosso, l'esperimento separato delle azioni, così come, al contrario di Kaser⁹⁶ e della *communis opinio*, che la moglie sopportasse il rischio già prima della sua mora, e cioè quando ancora non fosse stata fatta la *traditio* della cosa, la decisione di Ulpiano potrebbe trovare una nuova spiegazione. Nella *actio empti*, il marito-compratore, in base alla mora della donna, avrebbe potuto ottenere un risarcimento superiore all'effettivo valore della *res*: se si suppone, come si è detto, la applicazione nella fattispecie del "Traditionsprinzip", e la conseguente attribuzione del *periculum* alla moglie già prima della mora, questa avrebbe l'effetto di aumentare il valore del danno da risarcire (il riferimento ad un tale effetto per quanto riguarda, in generale, la funzione della mora in tema di *periculum rei venditae*, è fatto da Seckel-Levy,⁹⁷ i quali però lo rifiutano); nella *actio rei uxoriae* invece la moglie, come è ovvio, chiederebbe soltanto il valore rappresentato dalla *aestimatio* precedentemente accordata.

In conseguenza si potrebbe concludere che il valore da ottenere con la actio empti sarebbe stato superiore a quello della aestimatio da reclamare con la actio rei uxoriae. Ed ecco dunque, probabilmente, perchè (--accettandosi la nostra

(convenire il marito per la restituzione della *aestimatio* non essendo stata prima, a sua volta, convenuta dal marito per il perimento della cosa a lei imputabile considerata la sua mora) non gli era sembrato giusto ed opportuno.

Questa congettura di Burdese ci sembra accettabile. Manca però una importante precisazione, riguardante la possibilità (teorica) di valori diversi di risarcimento, come si dirà in seguito. La decisione di Ulpiano comunque, conclude Burdese, si giustificerebbe e si spiegherebbe in base al meccanismo proprio della *dos aestimata*, e cioè senza necessità del richiamo al regime della compravendita il quale nella fattispecie risulterebbe superfluo.

Anche non accettando i nostri argomenti di ordine sostanziale contro la (pretcsa) forza probante di questo testo in favore della classicità del principio *periculum est emptoris*, questa conclusione di Burdese potrebbe comunque servire -anche se con giustificazione e obiettivi diversi dai nostri- allo scopo di escludere questo passo dalla discussione in tema di *periculum rei venditae*, e così, per conseguenza, anche dell'elenco delle testimonianze testuali richiamate dalla *communis opinio* a sostegno della tesi dominante [pur tenendo conto del fatto che il Burdese, dal canto suo, sembra aderire alla dottrina dominante in materia di *periculum rei venditae* - cf. "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), pp. 187-188, n. 74]. D'altra parte, ammessa ancora quella conclusione, sarebbe risparmiata ai fautori della tesi contraria, come Haymann, la fatica di dimostrare l'alterazione sostanziale del passo in esame, ipotesi contro cui appunto si esprime Burdese -"*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), p. 187, n. 72.

96. Cf. l'ultima nota sopra.

97 *Die Gefahrtragung* cit. (nota 8 sopra), p. 258: "Wäre das Traditionsprinzip das römische, so müßte die Gefahr bis zur Übergabe beim Verkäufer sein, gleichviel ob er sich im Verzug befände oder nicht, und sein Verzug könnte nur die eine Wirkung haben, die Einbuße, die er durch zufälligen Untergang der Sache erleidet, ex fide bona zu einer Ersatzpflicht gegenüber dem Käufer zu steigen"

tesi, contraria a quella della *communis opinio*, secondo cui in questo passo -o in tema di *dos aestimata-*, la moglie sopportava il *periculum* quando ancora non fosse stata fatta la *traditio--*), Ulpiano, nell'ipotesi di mora della moglie, decide "*actionem eam habere non puto*", mantenendo a carico suo il danno: data la (teoricamente) possibile disparità tra i valori di risarcimento, il giurista vorrebbe sottolineare che, in caso di mora della moglie, *valeva la soluzione (diversa da quella della vendita) che limitava per lei il danno da subire unicamente al valore della aestimatio*.

Da ultimo, non si deve dimenticare che tale soluzione di Ulpiano, così spiegata, corrisponderebbe esattamente ad una tendenza (riconosciuta, come s'è già detto,⁹⁸ da grande parte della dottrina) del diritto classico in tema di *dos aestimata* secondo la quale nonostante l'equivalenza *aestimatio=venditio*, le regole della compravendita non venivano applicate dai giuristi classici in tutti i loro effetti nel senso che la causa dotale esercitava comunque la sua efficacia.

Il passo dunque in conclusione deve essere sottomesso ad una *duplex interpretatio*: mentre per i compilatori l'attribuzione *per argumentum e contrario* dei rischi al marito-compratore risultava dell'applicazione del principio generale *periculum est emptoris*, per Ulpiano invece in origine la decisione, così come l'abbiamo appena spiegata, presupponeva l'impiego del principio della *traditio*, materializzatosi nella regola contraria *periculum est venditoris o mariti*.

IV.2 L'esegesi di Pomponio 14 *ad. Sab.*, D. 23,3,15

In questo frammento dunque, come si è già visto, Pomponio, secondo l'interpretazione della dottrina dominante,⁹⁹ introdurrebbe espressamente il risultato soltanto indirettamente dedotto --vale a dire, *per argumentum e contrario--* dal passo anteriore di Ulpiano: "*si per eam non stetisset*" e cioè non verificandosi la mora della moglie nella consegna della *res dotalis*, il marito=compratore dovrà sopportare il danno già prima della *traditio*, in base al principio *periculum est emptoris*.

98. Cf. fls. 5-6 e n. 23 sopra.

99. Cf. da ultimo in questo senso, ad esempio, il Streicher, "*Periculum dotis*" cit. (nota 28 sopra), p. 10: "Dagegen verbleit es nach Pomponius beim periculum des Mannes, wenn die Frau an der Verzögerung bei der Übergabe kein Verschulden trifft"

IV.2.1 Difetti formali e sostanziali

Il passo sembra a Haymann¹⁰⁰ spurio od almeno (ammessa la sua sostanziale genuinità) deviato dal suo contesto originale ad opera dei compilatori : indizi in questo senso sarebbero, "sprachlich" dall'impiego del piùcheperfetto congiuntivo "*stetisset*" accompagnato dall'indicativo presente "*aufert*" nella frase seguente, e "sachlich", il fatto che dalla fattispecie non risulta in nessun modo, che la discussione è fatta nell'ambito della *dos*, e non propriamente dell'*emptio venditio*.

I sospetti maggiori comunque ricadono sulla chiusa "*quia quod evenit emptoris periculo est*":¹⁰¹ Seckel-Levy,¹⁰² seguiti da Streicher,¹⁰³ pensavano ad una "nachgefügte Glosse" o glossa aggiunta posteriormente, oppure ad un accorciamento del testo ("Texverkürzung"), rilievi che comunque, secondo gli autori, non avrebbero secondo loro importanza in senso dogmatico. Più radicale il parere di Burdese,¹⁰⁴ che elimina la chiusa "*quia*" *rell.* con una critica di contenuto sostanziale-dogmatico: secondo l'autore, che cerca di dimostrare il carattere spurio della assimilazione *aestimatio=venditio* accolta nella compilazione, la decisione di Pomponio si giustificerebbe senza necessità del richiamo al regime della compravendita; essendo il valore di stima oggetto dell'obbligo di restituzione, il marito avrebbe assunto, già a partire dalla conclusione del patto, oppure, eventualmente, dal verificarsi del matrimonio, la responsabilità per il perimento fortuito. Il Burdese riconosce però, aderendo in questo punto alla *communis opinio*, che la soluzione di addossare i rischi al marito sia stata probabilmente ricollegata dai classici al principio *periculum est emptoris*.

Un'ultima proposta di interpolazione è fatta dal Betti,¹⁰⁵ che sostituisce <mariti> a [*emptoris*]: il rimaneggiamento avrebbe per scopo, da un lato, di rendere omaggio alla giustiniana C. 5,13,1,9c, e dall'altro, di riaffermare, pur fuori dalla *sedes materiae*, la soluzione *periculum est emptoris*, ormai elevata a principio generale. La questione trattata nella fattispecie, della quale appunto i compilatori non

100. Cf. *Textkrit. II* cit. (nota 6 sopra), pp. 131-132.

101. Cf. *Index Interpolationum*.

102. *Die Gefahrtragung* cit. (nota 8 sopra), p. 260.

103. "*Periculum dotis*" cit. (nota 28 sopra), p. 10.

104. "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), p. 187 e n. 74.

105. "*Periculum*" cit. (nota 7 sopra), p. 149.

si resero conto, non concernerebbe il rischio contrattuale derivato dalla compravendita, bensì una più ampia responsabilità per mancata restituzione della dote, derivata (o implicita, in base ad una interpretazione tipica integrativa) dallo stesso patto della *aestimatio*. L'efficacia del patto già prima della *traditio* (salvo in caso di mora della moglie), e cioè l'attribuzione del danno al marito già prima della consegna, si spiegherebbe quindi, conclude Betti, non con un artificioso avvicinamento alla vendita, "ma proprio col senso che gli si riconosce come patto di reponsabilità" (vale a dire, bensì con fondamento in questo proprio patto di responsabilità).

Il testo invece *a nostro parere è genuino*¹⁰⁶ --sia dal punto di vista formale che sostanziale-- e rappresenta una *prova indiretta della importanza della traditio* in tema di rapporti tra *periculum rei venditae* e *periculum dotis aestimatae*, come si cercherà di dimostrare in seguito.

IV.2.2 - Il contesto originale della fattispecie e l'ipotesi di Haymann di "Annahmeverzug" del marito-compratore

Per quanto riguarda il contesto originale in cui il testo di Pomponio si inseriva, è probabile, come pensa Burdese,¹⁰⁷ che, data la *sedes materiae*, si trattasse --così come anche sembra accolto nella compilazione (ammessa come verosimile le proposte di ricostruzione per il "*in dotem dederit*" del testo di Ulpiano)-- di costituzione di *dos aestimata* mediante *mancipatio* non seguita della consegna contestuale oppure per mezzo di *dotis dictio*. Pomponio quindi in origine, come ritiene anche Miquel,¹⁰⁸ avrebbe dovuto risolvere una fattispecie analoga a quella di Ulpiano.¹⁰⁹

106. Nello stesso senso sembra il Miquel, "*Periculum locatoris*" cit. (nota 2 sopra), p. 155. Non è però del tutto da escludere la proposta di Betti, pur non essendo di grande importanza per l'esegesi del passo (cf. nota 105 infra).

107. "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 28 sopra), p. 187.

108. "*Periculum locatoris*" cit. (nota 2 sopra), p. 155.

109. Senza ragione a nostro parere si esprime contro questa proposta di ricostruzione il Calonge, "*Aestimatio dotis*" cit. (nota 39 sopra), pp. 19-29, n. 40, secondo cui il passo di Ulpino "nada tiene que ver con D. 23,3,15 (Pomp. 14 *ad Sab.*), en el que Pomponio se refiere a la compraventa...y que fue aproximado al texto de que nos venimos ocupando por los justinianos bajo su criterio: *aestimatio venditio est*" Il frammento 15, come giustamente ricostruisce il Lenel, era probabilmente inserito con il titolo *De iure dotium* del libro 14 dei commentari *ad Sab.*, e sottotitolo *De dote aestimata aliisque dotis constituendae modis*, nel quale appunto Pomponio faceva il ragionamento parallelo tra

Accertato il probabile contesto originale del passo, resta infine il problema di determinare il significato di questa decisione in tema di *periculum rei venditae/dotis aestimatae*.

Non ci pare che questo testo, come vuole la *communis opinio*, rappresenti una conferma dell'applicazione del (preteso) principio *periculum est emptoris*, per cui il marito-compratore sopportava i rischi già prima della *traditio*. Dice Pomponio: "*Si per eam non stetisset,...*" e cioè "se non fosse dipeso da lei" Ma che cosa non doveva dipendere dalla moglie? Si presuppone, come in D. 18,6,13, "*quo minus traderentur*", vale a dire, che non dipendesse da lei la mancata tradizione, e cioè "*se la mora nella traditio non fossi dipesa da lei*" Ora, se esiste una mora nella consegna, e questa mora, come si dichiara nel testo non è di responsabilità della moglie, *non resta altro che pensare, in alternativa, ad una mora del marito*.

Ci sembra dunque abbastanza verosimile la proposta avanzata dal Haymann¹¹⁰ di una "Annahmeverzug" o mora d'accettazione del marito-compratore, motivo per cui appunto Pomponio probabilmente addossava a quest'ultimo il *periculum*. Tale supposizione, secondo Haymann, sarebbe rafforzata anche dalla espressione "*ac si tradidisset*" e cioè "come se (la moglie) avesse effettuato la tradizione" cosa non possibile a causa della mora d'accettazione del marito. L'impiego di quest'espressione, concludeva l'autore, sarebbe interamente senza senso dal punto di vista dei compilatori: ammesso come giustiniano il principio *periculum est emptoris* (Inst. 3,23,3) non ci sarebbe affatto bisogno di dichiarare "*ac si tradidisset*" poichè nel pensiero bizantino, indipendentemente dal verificarsi o non della *traditio*, il marito-compratore già sopportava il *periculum* dalla conclusione del negozio.¹¹¹

aestimatio dotis e *venditio* (la cui assimilazione dunque ci pare genuina, come si è già detto). Cf. n. 88 sopra.

110. *Textkrit. II* cit. (nota 6 sopra), pp. 131-132. L'accompagnano il Beseler, *Romanistische Studien* cit. (nota 78 sopra), p. 305 (che propone "*Quod si per <maritum steterit, quominus res traderetur>*" al posto di "*Quod si per [eam non stetisset]*"), il Konstantinowitch, *Le "periculum"* cit. (nota 6 sopra), pp. 185 e 265, e l'ayiter, "*Aestimatio dotis*" e *compravendita come concetti di interpretazione tra i giuristi classici*, in *Annali dell'Università di Ankara* 6 (1954-1955), pp. 144 ss. (i due ultimi studi però non mi sono stati accessibili). Contro si esprimono specialmente Seckel-Levy, *Die Gefahrtragung* cit. (nota 8 sopra), p. 260, n. 3 (seguito dall'appleton, *Les risques dans la vente et les fausses interpolations* [cont.], in *RH* 6 (1927), p. 198), che ritengono la proposta haymanniana di mora d'accettazione del marito "ohne jeden Anhalt"

111. Cf. *Textkrit. II* cit. (nota 6 sopra), p. 132: "Wie dem auch sei, jedenfalls ist das von den Kompilatoren stehengelassene *ac si tradidisset* von ihrem Standpunkt aus sinnlos. Denn wenn der

L'ipotesi che Pomponio nel contesto originale del passo pensasse ad una mora del marito-compratore sembra essere stata già in antico presupposta da Accursio. Egli¹¹² infatti, in una nota al testo di Pomponio, rimanda alla "*l. illud*" del titolo *De periculo et commodo reivenditae*, e cioè appunto Pomp. 31 *ad Quintum Mucium*, D. 18,6,18,¹¹³ fattispecie in cui lo stesso Pomponio si occupa degli effetti risultanti dalla mora, iniziando la trattazione proprio con quella del compratore - "*Illud sciendum est, cum mora emptor adhibere coepit...*"-

La prova infine della tesi della mora del marito-compratore in D. 23,3,15 ci sembra pure risultare dall'esame parallelo del famosissimo passo dei *lecti empti* distrutti dall'edile, Paul. 3 *Alf. epit.*, D. 18,6,13 (nonchè da D.18,6,15 pr.) già riferiti.¹¹⁴ Tutti i tentativi della *communis opinio* di conciliare questo passo con il (preteso) principio classico *periculum est emptoris* sembrano falliti a nostro avviso: anche in questo testo Paolo attribuisce il *periculum* al compratore quando la cosa sia già stata consegnata a quest'ultimo oppure quando dipenda da lui la mancata tradizione ("*per eum stetisset quo minus traderentur*"), e cioè appunto quando egli si trovi in mora (soluzione riconfermata dallo stesso giurista nel testo seguente, D. 23,3,15 pr.: "*Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus*

Käufer schon mit dem Vertragsschluß die Gefahr trägt, so hat es keinen Sinn zu sagen, daß, falls Leistungsverzug der Frau nicht vorliegt, diese auch bei Verlust der Dotsache die aestimatio fordern könne, *wie wenn sie diese bereits tradiert hätte*" -sottolinea dallo stesso autore). "Im Sinn der Byzantiner", conclude con ragione il Haymann. *Textkrit. II* cit. (nota 6 sopra), p. 132, "ist ja die geschehene Tradition ganz belanglos"

Altri passi in tema di *periculum rei venditae* -come C. 4,48,4 e 6-, in cui c'è anche riferimento alla (assenza di) mora del venditore, sono ugualmente interpretati da Haymann come se, in alternativa, fosse presupposta la mora del compratore. "Non essendo in mora il venditore" -*sine mora venditoris* significherebbe "essendo in mora il compratore" -*propter moram emptoris*- (quest'ultima espressione è di Seckel-Levy. *Die Gefahrtragung* cit. (nota 8 sopra), p. 259, n. 3, i quali, come si è sopra detto, combattono l'interpretazione di Haymann).

Per quanto riguarda questi due rescritti non possiamo esprimere (ancora) una opinione, giacchè non sono oggetto di questo studio. Per quanto concerne invece il testo di Pomponio, la cui decisione tra l'altro è impostata in modo diverso (non c'è riferimento al "*sine mora venditoris*", bensì al "*quod si per eam non stetisset*", che ci sembra cosa ben diversa), ci pare giusta l'ipotesi avanzata da Haymann.

112. Glossa *ad h.l.*, ed. Lugduni, 1593.

113. "*Illud sciendum est, cum mora emptor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore. Quod si per venditorem et emptorem mora fuerit. Labeo quidem scribit emptori potius nocere quam venditori moram adhibitam, sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. Quid enim si interpellavero venditorem et non dederit id quod emeram, deinde postea offerente illo ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emptorem mora fuisset, deinde, cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere, aequum est posteriorem moram venditori nocere*"

114. Cf. fls. 8-9, nn. 23 e 24 sopra.

traderentur, venditoris periculum erit"). Da notarsi che Paolo, così come Pomponio in D. 23,3,15, adopera addirittura la stessa espressione "*si per eum stetisset*" per indicare la mora del compratore (anche se nel passo di Pomponio questa espressione si deduca a *contrariis*).

L'interpretazione dunque di Pomponio D. 23,3,15 deve essere fatta alla luce delle decisioni di Paolo in D. 18,6,13 e D. 18,6,13,15 pr.-1. Anche in questi passi possiamo trovare la soluzione "*emptoris periculum esse placet*" e "*emptoris esse periculo respondit*".

E questa soluzione è chiaramente dovuta, nel pensiero del giurista, non alla applicazione di un "principio generale" *periculum est emptoris*, bensì semplicemente al fatto che i letti venduti "*traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur*" (D. 18,6,13), oppure che il legno comprato perì "*postquam tradita esset*" (D. 18,6,15,1). La *ratio decidendi* quindi è concentrata sull'elemento rappresentato dalla *traditio*.

Ci pare dunque che l'esegesi del passo di Pompônio debba essere impostata esattamente nella stessa maniera di quella di Paolo. Anche in D. 23,3,15 quindi la giustificazione presentata da Pomponio alla sua decisione -"*quia quod evenit emptoris periculo est*"- presuppone una specifica motivazione o causa scaturita dalla specifica relazione fattuale: nel caso, la non avvenuta *traditio*, dovuta alla "Annhamerzug" o mora d'accettazione dello stesso marito, e non all'applicazione di un "principio generale" d'attribuzione dei rischi¹¹⁵ al marito-compratore già prima della consegna (*periculum est emptoris* o *mariti*).¹¹⁶

115. Vale a dire, i rischi risultati dal *perimento* o *deterioramento* fortuito della *res dotalis aestimata*. In verità, non esiste nelle nostre fonti una soluzione esplicita per l'ultimo caso, quello di semplice deterioramento: tanto i gruppi di passi D. 23,3,10,4-5 quanto D. 23,3,14-15 riguardano unicamente fattispecie concernenti casi di perimento. In tale situazione delle fonti, si può forse dedurre che la soluzione impiegata sia stata la stessa destinata alle ipotesi di perimento. Esattamente dunque, su questo punto, lo Streicher, "*Periculum dotis*" cit. (nota 28 sopra), p. 10, anche se egli parte da un presupposto diverso dal nostro, e cioè che il marito sopportava il *periculum* a partire dalla realizzazione delle nozze e non, come riteniamo, a partire dalla *traditio*.

116. In questa ricostruzione del passo, non ci sembra da escludere del tutto la proposta di Betti, "*Periculum*" cit. (nota 7 sopra), p. 149, già menzionata, che suggerisce "*mariti*" al posto di "*emptoris*". L'accertamento di quest'eventuale interpolazione però non ha comunque importanza di ordine sostanziale, giacché dogmaticamente la soluzione non cambia (cf. nello stesso senso il Streicher, "*Periculum dotis*" cit., nota 28 sopra, p. 10).

V Conclusione

La questione del *periculum rei venditae* dovrebbe dunque a nostro avviso essere impostata in un modo diverso da quello usuale negli ultimi anni.

La soluzione *periculum est emptoris* ha assunto il valore di un "principio generale" soltanto con Giustiniano (come appunto dichiarato in Inst. 3,23,3). Per il diritto classico invece è probabile, come di recente già proposto da Talamanca,¹¹⁷ che le soluzioni in materia di rischio contrattuale nella compravendita fossero differenziate, a seconda dei diversi contesti problematici e delle diverse personalità dei giuristi. Il diritto classico dunque a nostro avviso sarebbe stato contrassegnato, in tema di *periculum rei venditae*, da un "elastische Gebilde", in cui, d'accordo con i differenti contesti delle fattispecie, si attribuiva il danno per il perimento fortuito o deterioramento della cosa venduta ora al compratore (*periculum est emptoris*), ora al venditore (*periculum est venditoris*).

Tra questi diversi contesti problematici, ci pare che quello contrassegnato dal principio della *traditio* --e cioè la cosiddetta soluzione germanica (adottata pure dal nostro Codice Civile brasiliano), in cui il compratore sopporta i rischi solo a partire dal momento della consegna-- abbia svolto un fondamentale ruolo in non pochi passi.

Fra questi passi in cui ci è apparso determinante, ai fini della decisione, il principio della tradizione, sono da elencare appunto quelli principali in tema di *periculum dotis aestimatae*, (richiamati comunemente dalla dottrina, data l'assimilazione *aestimatio*=*venditio* presente nelle nostre fonti): Ulp. 34 *ad Sab.*, D. 23,3,10,4-5, in cui non si tratta lo specifico problema dell'attribuzione del *periculum* tra il momento della realizzazione della condizione (le nozze) e l'effettiva consegna materiale della *res aestimata*; e --principalmente- Ulp. 34 [*ad ed.*] <*ad Sab.*>, D. 23,3,14, e Pomp. 14 *ad Sab.*, D. 23,3,15, in cui sembra probabile addossare il *periculum* al marito-compratore soltanto a partire dalla *traditio* fatta dalla moglie-venditore, oppure dalla "Annahmeverzug" o mora d'accettazione del primo.

São Paulo, junho de 1998

117. Cf. fls. 6-7 e n. 16 sopra.

MAIS TRÊS CASOS DE APLICAÇÃO DO *BENEFICIUM COMPETENTIAE**

Ignácio Maria Poveda Velasco

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

Resumo:

De acordo com as fontes romanas, o devedor insolvente que sofria a *bonorum venditio* podia voltar a ser executado por seus credores *ex ante gesto*, a fim destes obterem dele plena satisfação de seus direitos. Em virtude, porém, de determinação edital, o falido gozava do *beneficium competentiae*, dentro do ano contado a partir da *venditio*. O benefício, neste caso, visaria apenas evitar que os demais credores *ex ante gesto* investissem inescrupulosamente contra o falido, sem um mínimo de humana compreensão. O favor não pouparia, contudo, ao devedor a nota infamante, uma vez que esta já recaía sobre ele em decorrência do *decretum* que autorizara a *bonorum venditio*.

Tratamento mais benigno mereceu quem, em virtude de disposição de certa *Lex Iulia de bonis cedendis*, cedesse seus bens aos credores. Consciente de sua insolvência, o devedor podia, mediante solicitação ao magistrado, entregar seus bens aos credores, evitando assim o efeito infamante da execução patrimonial forçada e afastando a possibilidade de eventual execução pessoal que se abateria provavelmente sobre ele, caso seus bens não bastassem para a satisfação dos créditos.

Os filhos emancipados, deserdados e os que se abstivessem da herança gozavam, também, do benefício quando demandados por dívidas contraídas enquanto se achavam *in potestate*. A concessão do benefício aos filhos nessas condições parece plenamente justificada e obedece a um critério de justiça.

Abstract:

According to the roman sources, the insolvent debtor that suffered the *bonorum venditio* could be re-executed by it's creditors *ex ante gesto*, in order to obtain from him full satisfaction of their rights. Due to the determination of "Edital" the insolvent had the *beneficium competentiae*, inside of the year counted starting from the *venditio*. The benefit, in this case, would just seek to avoid the other former creditors *ex ante gesto* to invest against the insolvent without scruples, without a minimum of human comprehension. The favour would not save, however, from the debtor the

* O presente trabalho dá seqüência aos artigos *Algumas considerações à respeito do beneficium competentiae* e *O beneficium competentiae do sócio (socius)*, publicados pelo autor na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, respectivamente nos vs. 91 e 92.

infamous note, once this had already incurred on him due to decretum that had authorized the *bonorum venditio*.

More benign treatment deserved who, in virtue of disposition of *Lex Iulia de bonis cedendis*, gave its goods to its creditors. Conscious of its insolvency, the debtor could, by asking the judge, to give its goods to the creditors, avoiding that way the infamous effect of forced patrimonial execution and putting away the possibility of eventual personal execution that would probably fall on him, if his goods weren't enough to satisfy the credits.

The emancipated sons, deserted and the ones that abstained from the inheritance had, also, the benefit when demands by contracted debts while *in potestate*. The concession of the benefit to the sons in those conditions seems completely justified and obeys na approach of justice.

Unitermos: execução; condenação limitada; beneficío.

1. O falido (*venditio bonorum*)

A doutrina é unânime ao mencionar, entre os devedores que gozavam do *beneficium competentiae*, aquele que sofrera a execução patrimonial forçada.¹ As fontes, contudo, são parcas a respeito, fazendo referência à espécie apenas em dois textos: numa constituição de Diocleciano e Maximiano,² in *Dioclet. et Maxim.*, C. 7, 75, 6 (de 293 d.C.), e na passagem, atribuída a Paulo, que se encontra em 2 *man.*, D. 42, 1, 51 pr.

Diz a constituição de Diocleciano:

Si actu sollemni praecedentem obligationem peremisti, perspicis adversus fraudatorem intra annum in quantum facere potest vel dolo malo fecit, quo minus possit, edicto perpetuo tantum actionem permitti.

[Se por ato solene extinguieste obrigação anterior, sabes perfeitamente

1. Ver, entre outros, Betti, *Diritto Romano I*, Padova, Cedam, 1935, p. 588; Girard, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 8ª ed., Paris, Arthur Rousseau, 1929, p. 1.113, nota 4; García-Garrido, *Derecho Privado Romano*, 4ª ed., Madrid, Dykinson, 1989, p. 246; e Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, v. 1, 6ª ed., Paris, Domat Montchrestien, 1947, p. 174

2. Embora diversos autores afirmem ser a data dessa constituição desconhecida, Levet, *Le bénéfice de compétence*, Paris, Recueil Sirey, 1927, p. 140, nota 14, a situa, oferecendo argumentos, por volta do ano 293 d.C.

que o edito perpétuo somente dentro de um ano admite ação contra o fraudador, pelo que puder fazer ou pelo que dolosamente tiver deixado de poder.]

São estas as palavras de Paul. 2 *man.*, D. 42, 1, 51 pr.:

Si quis dolo fecerit, ut bona eius venirent, in solidum tenetur.

[Se alguém tiver agido com dolo para se venderem seus bens <em concurso>, responderá integralmente <perdendo o benefício de ser condenado pelo que podia pagar>.]

No processo formular, o réu, depois de condenado, tinha o prazo de trinta dias para cumprir espontaneamente a sentença.³ Caso isto não acontecesse, o autor podia mover contra ele a *actio iudicati*,⁴ procedimento executivo do novo sistema processual que veio substituir a *manus iniectio* das ações da lei.⁵

A *actio iudicati*, assim como o processo de cognição, constava de duas fases: uma perante o magistrado (*in iure*), e outra perante o *iudex*, o juiz particular que arbitrava o processo (*apud iudicem*).

O procedimento executivo costumava encerrar-se, ordinariamente, na fase *in iure*, com o reconhecimento da sentença por parte do devedor, se não tivesse motivos para impugná-la, e o cumprimento espontâneo da mesma.

3. Para maior aprofundamento a respeito da sua execução forçada vide Wenger, *Compendio de Derecho Procesal Civil Romano*, 2ª ed. in Jörs - Kunkel, *Derecho Privado Romano*, trad. esp. da 2ª ed. alemã por L. Pietro Castro, Barcelona, Labor, 1937, pp. 533-5; Kaser, *Derecho Privado Romano*, trad. esp. da 5ª ed. alemã por José Santa Cruz Teijeiro, 2ª ed., Madrid, Reus, 1982, pp. 379-81; D'Ors, *Derecho Privado Romano*, 5ª ed., Pamplona, Eunsa, 1983, pp. 160-8; e Moreira Alves, *Direito Romano*, v. 1, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp. 280-3. O prazo era fixado pela Lei das XII Tábuas (3, 1).

4. De acordo com Wenger, *Compendio de Derecho Procesal...*, cit. (nota 3 *supra*), p. 533, o Direito Romano não-autorizava o credor a executar a sentença por conta própria, incumbência esta que cabia ao Poder Público. Além do *iudicatus* (réu condenado que não cumprira a sentença), também o *confessus* (devedor que reconhece *in iure* o direito do autor) e o *indensus* (aquele que, citado, não comparecia para se defender ou o fazia inadequadamente) poderiam sofrer a *actio iudicati*. Cf. Kaser, *Derecho Privado...*, cit. (nota 3 *supra*), p. 380, e Wenger, *Compendio de Derecho Procesal...*, cit. (nota 3 *supra*), p. 535.

5. No sistema das ações da lei, a *manus iniectio* conduzia em última análise à *addictio* da pessoa do devedor em favor do credor vencedor da lide. Esta situação podia se dar em decorrência de um *iudicatum*, de uma *confessio in iure* relativa a dívida pecuniária ou em virtude de uma *damnatio*. Cf. D'Ors, *Derecho Privado...*, cit. (nota 3 *supra*), p. 161. A propósito da sobrevivência da execução pessoal no Direito clássico, vide Poveda Velasco, Algumas considerações à respeito do *beneficium competentiae* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 91 (96), p. 50, nota 4.

Se, contudo, o réu negasse a existência da sentença ou alegasse nulidade da mesma, o pretor, após obrigá-lo a prestar garantias de que cumpriria a nova sentença correspondente, via de regra, ao dobro da primeira,⁶ nomeava um juiz popular e o processo avançava para a fase *apud iudicem*, na qual apurar-se-ia a verdade da alegação do réu. Esta fase se encerrava pela decisão do *iudex*, absolvendo o réu ou confirmando a primeira sentença e condenado-o *in duplum*.

Recalcitrando o réu em cumprir o *iudicatum*, o credor obtinha autorização do magistrado para realizar os ulteriores atos executivos.⁷

A execução coercitiva da sentença, iniciava-se mediante requerimento do credor (ou de um dos credores, no caso de ação movida por vários deles) dirigido ao pretor para que este o imitisse na posse dos bens do devedor. A imissão, a título provisório, visava evitar que o réu dilapidasse seus bens, prejudicando assim a execução (*missio in bona rei servandae causa*).

No Direito Romano clássico, a execução era em regra patrimonial, com um caráter de universalidade que a distinguiu da nossa moderna execução real: não recaía sobre bens determinados, tantos quantos necessários para saldar a dívida, mas se estendia à totalidade do patrimônio do devedor.⁸ É a denominada execução concursal, à qual eram chamados todos os credores do réu.⁹

6. *Lis infitiano crescit in duplum*. Ver Gai. 4. 9; Inst. 4. 6, 26; Ulp. 15 *ed.*, D. 5. 3. 20, 4; e Paul. 18 *ed.*, D. 12. 2. 30 pr. *Infilians* era aquele que, sem razão, contestava a pretensão do autor, o qual sairia, mais tarde, vencedor. A litiscrescência é característica de todas as ações que substituíram a antiga *manus iniectio*, na qual o *vindex*, que intervinha em favor do réu, ficava obrigado ao dobro. É o caso da *actio iudicati* e, também, daquelas que se baseavam numa *damnatio*, quer decorrente de lei pública (como, por exemplo, a *Lex Aquilia* e outras do começo do séc. II a.C.), como a Lei Publícia de *sponsu* (*actio depensi*), a Lei Fúria de *sponsu* ou a Lei Fúria testamentária, e mesmo de algumas do começo do período clássico, como a Lei Márcia contra os usurários, do ano 104 a.C.), quer de lei privada (como a *actio ex testamento* e *actio de modo agri*). Não se devem confundir com as ações penais *in duplum*. Cf. D'Ors, *Derecho Privado...* *cit.* (nota 3 *supra*), pp. 156-7.

7. Cf. Wenger, *Compendio de Derecho Procesal...* *cit.* (nota 3 *supra*), pp. 534-5.

8. Para Kaser, *Derecho Privado...* *cit.* (nota 3 *supra*), p. 379, este é um vestígio da execução pessoal da qual procede. No Direito clássico introduziram-se aos poucos exceções ao princípio da venda total do patrimônio do devedor, no caso de execução contra pessoas de classe senatorial (*clarae personae*) e contra certas pessoas necessitadas de proteção. A venda de bens singulares talvez fosse, também, permitida por acordo dos credores. Cf. D'Ors, *Derecho Privado...* *cit.* (nota 3 *supra*), p. 167. Na época da *extraordinaria cognitio* a execução concursal passa a ser exceção, sendo regra aquela que se realiza mediante o embargo de coisas determinadas do patrimônio do devedor (*pignus in causa iudicati captum*). Cf., nesse sentido, Wenger, *Compendio de Derecho Procesal...* *cit.* (nota 3 *supra*), p. 535.

9. Ver, a propósito, Solazzi, *Il concorso dei creditori nel Diritto Romano*, 4 v., Napoli, Jovene, 1937-1943.

Acolhendo mediante *decretum* o requerimento do credor, o magistrado autorizava-o a imitir-se na totalidade dos bens do devedor, nomeando-o administrador provisório dos mesmos. O administrador, chamado *curator bonorum*, devia divulgar editais tornando pública a imissão, a fim de permitir que outros credores do réu, conhecendo o fato, se habilitassem à execução, e também de permitir que amigos ou parentes do réu pagassem por ele o montante da condenação.

Decorridos trinta dias, ou quinze em se tratando da herança de devedor falecido, o magistrado mediante novo *decretum*, agora com caráter infamante, determinava a venda do patrimônio do devedor e a nomeação de um *magister bonorum* encarregado de efetuar-la. Esse processo recebia o nome de *bonorum venditio*, o qual, de acordo com Gaio,¹⁰ parece ter sido introduzido pelo pretor Públio Rutilio Rufo, em 118 a.C.¹¹

A *venditio* deveria ser realizada dez dias após a nomeação do *magister bonorum*, sendo os bens entregues ao licitante (designado com o nome de *bonorum emptor*)¹² que maior preço oferecesse por eles.¹³

O produto da venda era, finalmente, repassado ao credor (ou dividido entre os credores, se vários),¹⁴ subsistindo a obrigação do réu pelas dívidas não-satisfeitas, caso a venda não tivesse bastado para pagá-las integralmente.

10. Cf. Ga. 4, 35.

11. Alguns autores, como D'Ors. *Derecho Privado.... cit.* (nota 3 *supra*), p. 161, sustentam que a execução patrimonial é muito anterior ao pretor Públio Rutilio. Cf., também, Moreira Alves, *Direito Romano.... cit.* (nota 3 *supra*), p. 281 e nota 454

12. O *bonorum emptor*, por analogia com o herdeiro pretoriano (*bonorum possessor*), era considerado sucessor do devedor concursado. Por esta razão, eram-lhe concedidas, a favor e contra, as ações do devedor e contra ele, mediante a *formula ficticia*, fingindo que o *bonorum emptor* herdava do devedor. Cf., nesse sentido, Kaser, *Derecho Privado.... cit.* (nota 3 *supra*), p. 381, e D'Ors, *Derecho Privado.... cit.* (nota 3 *supra*), p. 166.

13. A rigor, a alienação não se realizava por preço fixo, mas se concretizava em favor daquele que se dispusesse a pagar a mais alta percentagem dos créditos dos exequentes. De acordo com Kaser, *Derecho Privado.... cit.* (nota 3 *supra*), pp. 380-1, a alienação mediante leilão era uma forma grata aos romanos. Não-somente a adjudicação de obras públicas, mas também o arrendamento de contribuições aos publicanos (*publicani*) observava este procedimento. D'Ors, *Derecho Privado.... cit.* (nota 3 *supra*), p. 165, faz notar que sendo a insolvência compatível com a existência de bens, mesmo que não imediatamente liquidaíveis, costumava-se especular com bastante lucro na compra de patrimônios concursados, que eram liquidados mais tarde, sem pressa, em boas condições.

14. Da massa concursal era necessário separar os bens alheios ao devedor. Além disso, certos créditos eram privilegiados e deviam ser satisfeitos em primeiro lugar pelo *bonorum emptor*. É o caso dos que gozavam de garantia real; daqueles provenientes de gastos com o enterro, se fosse o caso; o da mulher pela restituição do dote; os créditos do Fisco e das cidades (*res publicae*), etc. Cf. D'Ors, *Derecho Privado.... cit.* (nota 3 *supra*), pp. 164-5.

Segundo a opinião dominante, os credores *ex ante gesto*, ou seja, aqueles anteriores à venda dos bens, podiam processar o devedor submetido à *bonorum venditio*, a fim de obter dele plena satisfação de seus direitos. Em virtude, porém, de determinação edital¹⁵ o insolvente, dentro do ano contado a partir da *venditio*, seria condenado apenas *in id quod debitor facere potest*.¹⁶ Se o devedor, contudo, tivesse dolosamente provocado a própria insolvência, seria, de acordo com Paul. 2 *man.*, D. 42, 1, 51 pr., condenado *in solidum*.¹⁷

Qual a vantagem, em termos práticos, do *beneficium competentiae* concedido ao falido? Evitar a infâmia não seria, pois *infamis* ele já era, desde o início do processo executório, em consequência do *decretum* do pretor que autorizara a *bonorum venditio*. A maior vantagem consistia, então, em defendê-lo da voracidade dos credores, evitando que ele ficasse sujeito a novas *venditiones* toda vez que conseguisse amealhar novo patrimônio. Adquirindo novos bens, o *iudicatus* poderia ser novamente demandado, porém, dentro do prazo anual contado a partir da *bonorum venditio*, o seria apenas no limite de seu patrimônio.

Esta regra, contudo, não se aplicava ao credor que tivesse tido a iniciativa da *actio iudicati*. Como bem observa Marrone,¹⁸ o credor-autor do processo de cognição e da ulterior ação executiva não podia repropor a ação porque, relativamente à *eadem res*, ficava-lhe preclusa a reiteração da mesma. Se o réu viesse a adquirir novos bens, caberia a este credor tão-somente requerer ao magistrado a continuação da execução, pois seu "título" seu direito à execução não se tinha exaurido.

Os credores *ex ante gesto* dos quais se diz que deveriam agir contra o

15. A referência ao edito aparece em *Dioclet. et Maxim.*, C. 7, 75, 6 (de 293 d.C.). Contudo, alguns autores como Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, C. H. Beck, 1966, p. 310, nota 19 e D'Ors, *Derecho Privado...*, cit. (nota 3 *supra*), p. 167, nota 2, põem em dúvida essa pretensa base edital. Solazzi, *L'estinzione della obbligazione*, Napoli, Jovene, 1931, p. 209, nota 3, questiona a autenticidade dessa passagem do Código. No mesmo sentido, também, Kaser, *Derecho Privado...*, cit. (nota 3 *supra*), 381. Contrariamente às objeções de Solazzi, ver Guarino, *La condanna nei limiti del possibile*, 2ª ed., Napoli, Jovene, pp. 35-6.

16. A doutrina diverge sobre o termo inicial desse prazo. Para Guarino, *La condanna...*, cit. (nota 15 *supra*), p. 35, primeiramente o *beneficium* teve aplicação *intra annum*, ou seja, dentro do ano de mandato do pretor que tivesse deferido a *venditio*. Mais tarde, o prazo teria se tornado anual, contado a partir da data da venda dos bens.

17. Cf., nesse sentido, Monier, *Manuel Élémentaire...*, cit. (nota 1 *supra*), v. 1, p. 174 e D'Ors, *Derecho Privado...*, cit. (nota 3 *supra*), p. 167 e nota 2.

18. Cf. Marrone, *Note di Diritto Romano sul c.d. «beneficium competentiae»* in *Aupa (Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo)*, 36 (1976), pp. 15 e ss.

falido nos limites do *in id quod facere potest* seriam, em primeiro lugar, aqueles que tendo já obtido a condenação do devedor em ação de cognição por eles proposta, tivessem participado do procedimento concursal requerido por outro credor, sem entretanto haverem exercido a *actio iudicati*. Ao lado destes figurariam também aqueles que, sem terem movido a ação de cognição nem a executória, teriam-se beneficiado do *conkursus*, assim como o credor que tivesse acionado o procedimento concursal após a *indefensio*, a *absentia* ou a *latitatio* do devedor, dispensando a *actio iudicati* e, eventualmente, a ação de cognição. Como é lógico, eram, finalmente, contemplados todos os outros eventuais credores *ex ante gesto* que não tivessem participado do procedimento concursal ou mesmo nem tivessem chegado a propor a *actio iudicati*. Nenhum deles possuía "título" para pedir a reabertura pura e simples da execução; por isso, pelos débitos remanescentes, deveriam propor contra o falido a ação de cognição, ou se já o tivessem feito, a *actio iudicati*. Em todos esses casos inexistiria o perigo de julgamento de *eadem re*.

Discute-se sobre se os ulteriores desdobramentos do processo executório incluíam a possibilidade do credor promover a execução pessoal do devedor. Referimo-nos, obviamente, ao credor-autor da *actio iudicati* que provocou o procedimento concursal pois, em relação aos demais credores *ex ante gesto*, gozava o falido do *beneficium competentiae*, o qual obstava a execução sobre a sua pessoa.

A maioria dos autores¹⁹ não toma posição a este respeito. Marrone,²⁰ embora reconhecendo que as fontes silenciam a respeito, entende que, em harmonia e por coerência com a cláusula edital que concedia ao falido o *beneficium competentiae*, o magistrado negaria ao autor da *actio iudicati*, dentro do prazo de um ano e pelos débitos restantes *ex ante gesto*, a possibilidade de execução pessoal.²¹

A hipótese parece razoável. Nesse caso, a vantagem deste credor sobre os outros consistiria na maior facilidade para satisfazer seu crédito restante, pois,

19. Assim, Guarino, *La condanna...* cit. (nota 15 supra), pp. 32-38; Solazzi, *L'estinzione...* cit. (nota 15 supra), p. 209; e Levet, *Le bénéfice...* cit. (nota 2 supra), pp. 138-41. Guarino, *La condanna...* cit. (nota 15 supra), p. 37, refere-se à possibilidade de *addictio* do devedor, como decorrência, porém, da interposição da antiga *legis actio per manus iniunctionem* a qual, na sua opinião, ainda podia ser proposta em pleno séc. I a.C., pois não fora atingida pela reforma da *Lex Iulia iudiciorum privatorum*.

20. Cf. *Note di Diritto Romano...* cit. (nota 18 supra), pp. 17-8.

21 Segundo Marrone, *Note di Diritto Romano...* cit. (nota 18 supra), p. 17, é bem provável que isto fosse expressamente declarado no edito.

para tanto, bastar-lhe-ia pedir ao pretor o prosseguimento da execução mediante nova *bonorum venditio*, enquanto os outros deveriam propor a ação oportuna.²²

Contudo, essa vantagem de nada valeria se o devedor continuasse sem patrimônio. Por esta razão, e dado que a execução pessoal, como já referido, perdurou durante todo o período clássico, não nos repugnaria pensar na possibilidade de sua implementação.²³ Neste caso, executado o patrimônio do falido, o autor da *actio iudicati* poderia satisfazer seu crédito restante, utilizando os trabalhos do devedor. Aos demais credores *ex ante gesto* restaria a expectativa de que, libertado dos trabalhos forçados, o falido viesse a amealhar novos bens para, então sim, processá-lo, mas apenas *in id quod facere potest* até o fim do prazo anual.

O motivo da concessão do benefício parece ter sido certa compaixão perante a lamentável situação do falido, antepondo-se, na expressão de Guarino,²⁴ algum entrave à vileza dos credores *ex ante gesto* que inescrupulosamente investiam contra aquele, sem um mínimo de humana compreensão.

2. O *bonis cedens*

A difícil situação do devedor insolvente, ameaçado com a perspectiva de sofrer uma *bonorum venditio* coercitiva e as conseqüências que ela acarretava, experimentou sensível atenuação desde o aparecimento da *cessio bonorum*.

Introduzida, parece, por uma discutida *Lex Iulia de bonis cedendis*,²⁵

22. De acordo com Mod. 2 *pand.*. D. 42, 3, 7, nova *venditio* seria autorizada somente no caso do falido ter adquirido uma soma de bens tal que, a juízo do pretor, justificasse a medida.

23. De resto, o próprio Marrone, *Note di Diritto Romano...*, cit. (nota 18 *supra*), p. 17, nota 5, reconhece que o devedor condenado *in id quod facere potest* não escaparia da execução pessoal caso não pagasse o valor da condenação.

24. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 15 *supra*), p. 37.

25. Gai. 3, 78 diz que a *bonorum venditio* praticava-se, também em relação aos bens daqueles *qui ex lege Iulia bonis cedunt*. Da mesma forma, um rescripto de Diocleciano e Maximiano, de 294 d.C. (*Dioclet. et Maxim.*, C. 7, 71, 4) remete a *condemnatio* limitada do *bonis cedens* a uma *Lex Iulia de bonis cedendis*. Discute-se se a paternidade dessa lei deve ser atribuída a César ou a Augusto, os dois *Iulios* por antonomásia. A *communis opinio* inclina-se por Augusto, supondo até que a referida lei fosse, na verdade, apenas uma parte da *Lex Iulia iudiciorum privatorum*, do ano 17 a.C., ou da *Lex Iulia iudiciorum* (seja *privatorum*, seja *publicorum*), do mesmo ano, de conteúdo mais amplo. Cf., nesse sentido, Guarino, *La condanna...*, cit. (nota 15 *supra*), p. 42; Kaser, *Derecho Privado...*, cit. (nota 3 *supra*), p. 381; Marrone, *Note di Diritto Romano...*, cit. (nota 18 *supra*), p. 6; e Solazzi, *Il concorso dei creditori...*, cit. (nota 9 *supra*), v. 4, pp. 133 e ss. Contudo, há quem entenda, como Giuffrè, *La c. d. «Lex Iulia de bonis cedendis» in Labeo*. 18 (1972), pp. 173 e ss., que o instituto é da

ela permitia ao devedor insolvente evitar o efeito infamante da execução patrimonial forçada e escapar de uma possível execução pessoal, desde que entregasse seus bens aos credores.

A *cessio bonorum* realizava-se mediante solicitação expressa do devedor insolvente, que o pretor acolhia sob certas condições. Se deferida, o magistrado autorizava um procedimento análogo ao da *missio in bona* e ao da *bonorum venditio*: nomeação de um *curator bonorum*, venda dos bens em leilão, etc.²⁶ A diferença maior estava em que o *decretum* do magistrado determinando a *venditio* não acarretava infâmia.

Por se tratar de instituto bastante favorável ao devedor, Guarino²⁷ entende que, ao deferir o pedido de *cessio*, o magistrado devia levar em conta algumas circunstâncias, tais como o fato do requerente não ser *infamis* em virtude de *bonorum venditio* anterior, ou o de que a cessão dos bens garantisse uma razoável satisfação aos credores.

Ulpiano, 26 *ed.*, D. 42, 3, 8 afirma:

*Qui cedit bonis, antequam debitum adgnoscat,
condemnetur vel in ius confiteatur, audiri non debet.*

[Aquele que deseja fazer cessão de seus bens não deve ser atendido enquanto não reconheça sua dívida, não seja condenado ou não confesse perante o magistrado].

O texto é entendido, não porém sem controvérsias, no sentido de que o devedor somente fosse admitido à *cessio bonorum* após ter reconhecido o próprio débito ou depois da condenação.²⁸

Semelhante entendimento não permite, contudo, conciliar o texto citado com os ensinamentos de Ulp. 58 *ed.*, D. 42, 3, 3 e Paul. 56 *ed.*, D. 42, 3, 5, os quais ofereciam ao *cedens* a possibilidade de reconsiderar sua decisão de entregar os bens e *se defendere*.²⁹ Como poderia ele *se defendere* após a *condemnatio* ou a

época de César, e de criação não legislativa mas pretoriana. Cf., nesse sentido também, D'Ors, *Derecho Privado...*, cit. (nota 3 *supra*), p. 164.

26. Cf., *supra*, parte I do presente artigo.

27. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 15 *supra*), p. 39.

28. Cf. Marrone, *Note di Diritto Romano...*, cit. (nota 18 *supra*), p. 21.

29. Ulp. 58 *ed.*, D. 42, 3, 3. *Is, qui bonis cessit, ante rerum venditionem utique bonis suis non caret: quare si paratus fuerit se defendere, bona eius non veneunt* [Aquele que fez a cessão de seus

confessio?

Após longa exegese dos textos citados, Marrone³⁰ conclui que o ensinamento de Ulpiano, 26 *ed.*, D. 42, 3, 8 não limitava a concessão da *cessio* ao *confessus* ou ao *iudicatus*: verificadas as circunstâncias que tornavam possível sua admissibilidade, qualquer devedor, antes de ser chamado a juízo por algum dos seus credores, era admitido à *cessio*. Nesse sentido, qualquer devedor que, sem própria culpa, se visse insolvente, poderia pretender a entrega voluntária de seus bens.³¹

Não seria, porém, admitido à *cessio bonorum* o devedor que, chamado a juízo, recusasse *se defendere*, salvo se, em tal caso, o credor-autor o permitisse.³² E isto porque a *indefensio* ocasionava sanções pretórias, como a imediata imissão na posse dos bens do *indefensus*, a execução patrimonial forçada, com nota infamante, e a eventual execução pessoal,³³ tornando a *cessio* sem alcance.

Entende Marrone³⁴ que, provavelmente, pudesse ser também admitido à *cessio bonorum* o devedor que fizesse a *confessio in iure* no âmbito da *actio*

bens <aos credores> não se vê privado de seu patrimônio até a venda dos mesmos, razão pela qual, estando disposto a se defender, não procede a venda de seus bens].

Paul. 56 *ed.*, D. 42, 3, 5: *Quem paenitet bonis cessisse, potest defendendo se consequi, ne bona eius veneant* [Quem se arrepende de ter cedido os bens, pode conseguir, defendendo-se em juízo, que não se vendam].

30. Cf. *Note di Diritto Romano...*, *cit.* (nota 18 *supra*), pp. 22-31.

31. Cf. Kaser, *Derecho Privado...*, *cit.* (nota 3 *supra*), p. 381. Ver, também, D'Ors, *Derecho Privado...*, *cit.* (nota 3 *supra*), p. 164.

32. Marrone, *Note di Diritto Romano...*, *cit.* (nota 18 *supra*), pp. 24 e ss., examinando o passo de D. 42, 3, 8 no contexto da obra de Ulpiano (livro 26 *ad edictum*, dedicado ao edito «*si certum petetur*»), conclui que o jurisconsulto estava se referindo ao *indefensus* e analisando as consequências da *indefensio* em face da obrigação de efetuar o juramento necessário (cf., a respeito, Wenger, *Compendio de Derecho Procesal...*, *cit.* (nota 3 *supra*), pp. 528, 531 e 539). No contexto originário, e em conexão com o tema do juramento necessário contemplado na cláusula edital «*si certum petetur*», Ulpiano devia se perguntar se a sanção pretória contra o réu que se recusasse a *solvere* ou a *iurare*, poderia ser evitada pelo próprio réu mediante a *cessio bonorum*. Para Marrone, a resposta de Ulpiano seria negativa, pois a recusa pura e simples de jurar sem, por outro lado, efetuar a *solutio*, equivalia à *indefensio*, e o *indefensus*, para Ulpiano, não podia *bonis cedere*. Por outro lado, o réu não mais seria considerado *indefensus* se fizesse a *confessio in iure* do próprio débito, sendo admissível depois dela a *bonorum cessio*. O réu, igualmente, não seria mais considerado *indefensus* se aceitasse *se defendere*, e também neste caso, após a *condemnatio*, a *cessio* seria admissível. Para Marrone, é nesse sentido que Ulpiano, querendo exprimir a idéia de que o *indefensus* não podia *bonis cedere* validamente, teria escrito o que hoje se lê em Ulp. 26 *ed.*, D. 42, 3, 8: *Qui cedit bonis, antequam debitum adgnoscat, condemnatur vel in ius confiteatur, audiri non debet*. Mais tarde essa referência ao *indefensus* teria sido suprimida quando do momento da adaptação e inclusão do texto in D. 42, 3.

33. Cf., *supra*, parte 1, nota 4.

34. Cf. *Note di Diritto Romano...*, *cit.* (nota 18 *supra*), p. 30.

iudicati, mas não aquele condenado na ação executiva, pois à *cessio* eram apenas admitidos devedores, genericamente falando, dignos de consideração, o que não era o caso daquele que teimosamente tivesse negado o próprio débito ao ponto de opor infundada resistência até na *actio iudicati*.

Neste contexto, então, de maior acesso à *cessio bonorum* compreende-se que, como afirmam D. 42, 3, 3 e 5 já-citados, um devedor, depois de efetuar a cessão de seus bens, pudesse arrepende-se, revogar a *cessio* e *se defendere*.³⁵

Deferido, pelo magistrado, o pedido do devedor insolvente, os credores eram obrigados a aceitar a *cessio bonorum*.³⁶ Contudo, poderiam exigir, posteriormente, o remanescente da dívida caso a venda dos bens do *cessor* não bastasse para satisfazer seus créditos.

A *bonorum cessio*, além de excluir a nota infamante que normalmente acompanhava a venda forçada dos bens do devedor, concedia ao *bonis cedens*, por tempo indeterminado, o *beneficium competentiae* em relação aos credores *ex ante gesto*, quando fosse acionado para o pagamento das dívidas restantes. É o que afirma Ulpiano, 59 *ed.*, D. 42, 3, 4 *pr.*:

Is qui bonis cessit, si quid postea adquisierit, in quantum facere potest convenitur.

[Aquele que fez cessão de seus bens, se tiver depois adquirido outros bens, responde <pelas dívidas anteriores tão-somente> até onde possa pagar].³⁷

Na opinião de Marrone é pacífico na doutrina, e além disso lógico e

35. De acordo com Marrone, *Note di Diritto Romano...*, *cit.* (nota 18 *supra*), pp. 30-1, tal possibilidade de se defender apresentar-se-ia, ao réu *confessus* na ação declaratória, por ocasião da posterior ação executiva. Para os demais devedores-cedentes, essa possibilidade se apresentaria no âmbito da ação declaratória. Parece-nos, contudo, que a possibilidade de revogar a *cessio* e *se defendere* no âmbito da *actio iudicati* deveria existir, também, para o réu que, após a *condemnatio* da ação declaratória, tivesse requerido a cessão dos bens. A esta *condemnatio* é que estaria se referindo Ulp. 26 *ed.*, D. 42, 3, 8. Ao condenado na ação executiva não seria, pelo contrário, deferida a *cessio*, conforme opinião de Marrone referida *supra*.

36. Cf. D'Ors, *Derecho Privado...*, *cit.* (nota 3 *supra*), p. 164.

37. Do mesmo teor é Inst. 4, 6, 40: *Eum quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest creditores cum eo experiuntur: inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari* [Também o que fez cessão de seus bens aos credores, adquirindo depois o que o torne solvente, eles o acionam para fazê-lo pagar tudo quanto puder, pois desumano seria fosse o desfalcado na sua fortuna condenado no total]. Ver também, nesse sentido, Litewski, *Das «beneficium competentiae» im römischen Recht in Studi Volterra*, 4 (1971), p. 559, para quem a expressão «*quod idoneum emolumentum habeat*» é interpolada.

equitativo, que o *beneficium competentiae* a favor do *bonis cedens* se limitasse aos débitos residuais *ex ante gesto*, o que se desprende, também, de Inst. 4, 6, 40: o *bonis cedens, sibi imputet* os eventuais débitos contraídos após a *cessio*, não merecendo, por isso, nenhuma consideração.³⁸

Além disso, em relação a qualquer credor, a *cessio* impedia nova *bonorum venditio*, enquanto o patrimônio do cedente não tivesse alcançado um *modicum aliquid*, uma consistência mínima, a juízo do pretor.³⁹

De acordo com Ulpiano, 64 *ed.*, D. 42, 3, 6, esse *modicum aliquid* deveria ser estimado não pela qualidade mas pela quantidade dos bens adquiridos.⁴⁰

O *cedens* que ainda não tivesse adquirido bens suficientes para justificar nova *venditio* poderia defender-se contra todos os credores mediante a *exceptio nisi bonis cesserit*. Esta exceção perderia eficácia em caso contrário. A partir desse momento o *beneficium competentiae* aplicava-se: os credores *ex ante gesto* recobravam o direito de agir contra o *cedens*, mas sua condenação seria apenas *in id quod facere potest*.⁴¹ Para evitar que a *exceptio nisi bonis cesserit* malograsse suas pretensões, o credor, na opinião de Guarino,⁴² devia limitar seu pedido através de uma *praescriptio* do tipo «*ea res agatur in quantum reus facere potest*».

Entendido desta forma, o benefício apresenta-se, para Levet,⁴³ como complemento indispensável da *cessio bonorum*, dando plena eficácia à reforma pretendida por Augusto ao promulgar a *Lex Iulia de bonis cedendis*.

38. Cf. *Note di Diritto Romano...*, cit. (nota 18 *supra*), p. 19. Ver nesse sentido também Levet, *Le bénéfice...*, cit. (nota 2 *supra*), p. 137 e nota 6.

39. Mod. 2 *pand.*, D. 42, 3, 7: *Si debitoris bona venierint, postulantibus creditoribus permittitur rursum eiusdem debitoris bona distrahi, donec suum consequantur, si tales tamen facultates adquisitae sunt debitori, quibus praetor moveri possit* [Vendidos os bens de um devedor, permite-se que, a pedido dos credores, seu patrimônio seja novamente alienado, até eles conseguirem aquilo que lhes é devido, caso o devedor tenha adquirido tantos bens que, a juízo do pretor, justifiquem a medida].

40. Ulp. 64 *ed.*, D. 42, 3, 6: *Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita adquisivit, iterum bona eius non veneunt, unde ergo modum hunc aestimabimus, utrum ex quantitate eius quod adquisitum est an vero ex qualitate? et putem ex quantitate id aestimandum esse eius quod quae sit...* [Se quem cedeu seus bens adquiriu depois alguma coisa a mais, a venda não se repete enquanto esse novo patrimônio não atingir um certo valor. Como estimaremos, pois, essa medida? Pela quantidade do adquirido ou pela sua qualidade? E penso que se deve estimar o adquirido pela quantidade...]

41. Cf. Levet, *Le bénéfice...*, cit. (nota 2 *supra*), p. 137.

42. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 15 *supra*), p. 38.

43. Cf. *Le bénéfice...*, cit. (nota 2 *supra*), pp. 135 e 137.

O *beneficium competentiae* do *bonis cedens*, atingia todos os credores *ex ante gesto*? Tal é a questão que Marrone volta a discutir a propósito dos aspectos relativos à *cessio bonorum*, como já fizera no estudo da condenação limitada em favor do falido.⁴⁴ Pelas mesmas razões apresentadas neste último caso, Marrone considera que o benefício valia contra todos os credores *ex ante gesto*, com exceção daquele credor perante o qual, antes da *cessio*, o devedor tivesse feito, na *actio iudicati*, *confessio* do próprio débito: a este era preclusa qualquer *actio*, fosse de cognição ou executiva pois, de *eadem rem*, o credor não podia voltar a agir contra o mesmo devedor, nem mesmo limitando a demanda ao *id quod reus facere potest*.⁴⁵

Para exigir os créditos restantes *ex ante gesto* e satisfeitos os requisitos sobretudo, a existência daquele *modicum aliquid*, este credor poderia requerer diretamente a reabertura da execução. Para tanto, possuía ele um "título", que não tinha se esgotado com a execução anterior.

Na falta de título direto para a execução, os demais credores *ex ante gesto* deviam propor contra o *bonis cedens*, conforme o caso, ação declaratória ou executiva, e tanto num caso quanto noutro, a condenação não poderia ultrapassar o limite do *id quod debitor facere potest*.⁴⁶

De acordo com Guarino, a *ratio* da concessão do benefício em favor do *cedens* era idêntica à do benefício, mais restrito, concedido ao falido, qual fosse mitigar a intemperança perversa dos credores *ex ante gesto*.⁴⁷

Em nossa opinião, o benefício se justifica, também, enquanto meio de recompensar, com tratamento mais favorável, aquele devedor insolvente que, se antecipando em oferecer seus bens aos credores, manifestava a louvável disposição de lhes satisfazer os créditos.

Finalmente, trata-se, sem dúvida, de expediente destinado a possibilitar a reabilitação econômica do devedor.⁴⁸

Resta abordar uma última questão: se a *Lex Iulia de bonis cedendis*, introduzindo a *cessio bonorum*, ofereceu a todo e qualquer devedor a possibilidade

44. Cf. *Note di Diritto Romano...*, cit. (nota 18 *supra*), pp. 20 e ss. Ver, também, parte 2, *supra*.

45. Marrone considera que somente ele, entre os doutrinadores, tem proposto esta questão. Cf. *Note di Diritto Romano...*, cit. (nota 18 *supra*), p. 21, nota 5.

46. Cf. *Note di Diritto Romano...*, cit. (nota 18 *supra*), pp. 31-2.

47. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 15 *supra*), p. 43.

48. Cf., nesse sentido, Kaser, *Derecho Privado...*, cit. (nota 3 *supra*), p. 381

de furtar-se à execução patrimonial forçada, agravada pela correspondente *infamia*, e a uma eventual execução pessoal, desde que oferecesse seus bens aos credores, como explicar a sobrevivência do *beneficium competentiae* e, mais ainda, sua ampliação a novos casos ao longo dos séculos?⁴⁹

Os autores oferecem diversas explicações possíveis. Uma delas seria que, no caso do *beneficium competentiae*, ao calcular o *id quod facere potest*, ficaria reservado um *aliquid sufficiens ne egeat*, um mínimo necessário à sobrevivência do devedor, enquanto na *cessio bonorum* nada restaria ao *cedens*.

Outra possível vantagem seria esta: no *beneficium*, o passivo patrimonial, ou seja, as outras dívidas do beneficiário (*aes alienum*) seriam deduzidas no momento do cômputo do *id quod reus facere potest*, mas não no caso da *cessio*.

Tem-se, ainda, afirmado que enquanto o devedor somente poderia ceder seus bens quando sua insolvência fosse decorrente de caso fortuito ou força maior (*sine vitio*), o *beneficium competentiae* somente seria excluído se ele tivesse agido com dolo.

A condenação limitada, em fim, liberaria o devedor da obrigação de pagar as dívidas remanescentes, enquanto é certo que o *bonis cedens* continuaria devendo aquela parcela de débitos não-satisfeita.⁵⁰

Observa Marrone que os autores procuram, geralmente, encontrar a explicação da sobrevivência do *beneficium competentiae* baseando-se em razões que decorrem do confronto deste com a *cessio bonorum*. Sem negar algumas dessas possíveis vantagens relativas decorrentes da comparação entre ambos, Marrone faz notar,⁵¹ muito acertadamente em nosso entender, que é possível justificar a subsistência e a abrangência maior da condenação limitada se lembrarmos que o devedor insolvente que gozasse do benefício, tendo a possibilidade de ceder seus bens, poderia, no entanto, ter interesse em fazer valer o *beneficium competentiae*.

49. Cf., nesse sentido, Zanzucchi, *Sul c. d. «beneficium competentiae»* in BIDR (*Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»*), 1918, 29, pp. 70 e ss.; Solazzi, *L'estinzione...*, cit. (nota 15 *supra*), pp. 194 e ss.; Levet, *Le bénéfice...*, cit. (nota 2 *supra*), pp. 183 e ss.; Marrone, *Note di Diritto Romano...*, cit. (nota 18 *supra*), pp. 7 e ss.; e Litewski, *Das «beneficium competentiae»...*, cit. (nota 37 *supra*), pp. 499 e ss.

50. Ver, ainda, outras possíveis vantagens do *beneficium competentiae* in Marrone, *Note di Diritto Romano...*, cit. (nota 18 *supra*), p. 8, nota 10.

51. Cf. *Note di Diritto Romano...*, cit. (nota 18 *supra*), pp. 9 e ss., nas quais expõe, também, argumentos contrários aos apresentados no texto.

Tal seria o caso do devedor que, desconhecendo sua exata situação patrimonial, não soubesse se seus bens bastariam ou-não para cobrir determinada dívida.

Poderia acontecer que seu patrimônio fosse inferior aos débitos e, nesse caso, o efeito prático da *cessio* e do *beneficium* seria provavelmente o mesmo, pois ambos privá-lo-iam de seus bens.⁵² Mas, poderia também suceder o contrário, e então o benefício evitaria que o devedor se visse privado de todos os seus bens, o que aconteceria caso se realizasse a *cessio*.

Ocorre-nos outra razão plausível em virtude da qual o devedor poderia preferir valer-se do benefício em vez de fazer a entrega de todos os seus bens, e é esta: se resolvesse requerer a *cessio bonorum*, ele, desde o momento desta, ficava privado de seu patrimônio, enquanto que se preferisse socorrer-se do benefício, permaneceria com os bens até o encerramento do processo pela *condemnatio* limitada, o que representava, sem dúvida, uma vantagem. Mas, mesmo então, poderia negar-se a pagar a dívida, levando a discussão para a *actio iudicati*, finda a qual inexoravelmente perderia a parte do patrimônio correspondente à condenação. Porém, em qualquer caso, o devedor teria conservado a posse dos bens, podendo negociar com eles e até, quem sabe, aumentar seu patrimônio, o que nos parece vantagem considerável.

3. Filhos emancipados, deserdados e que exerceram o *ius abstinendi*

De origem edital é também o *beneficium competentiae* concedido aos filhos *emancipati*, *exheredati* e *abstenti*, executados por dívidas contraídas enquanto se achavam *in potestate*.⁵³

É o que afirma Ulpiano, 29 *ed.*, D. 14, 5, 2 *pr.*:

Ait praetor: «In eum, qui emancipatus aut exheredatus erit quive abstinuit se hereditate eius cuius in potestate cum moritur fuerit, eius rei nomine, quae

52. Em rigor, mesmo neste caso, o *beneficium* teria pelo menos uma vantagem com relação à *cessio*: o devedor que resolvesse invocar o *beneficium* e enfrentar a ação do credor, permaneceria na posse dos bens enquanto o processo não chegasse ao fim. O *cedens*, diferentemente, ficaria desde logo despojado de seu patrimônio.

53. Diversos autores, assim Levet, *Le bénéfice...*, *cit* (nota 2 *supra*), p. 64, e Guarino, *La condanna...*, *cit*. (nota 15 *supra*), p. 46, situam a introdução desse benefício nos começos do Império, fim do séc. I a.C. ou começo do séc. I d.C.

cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate sive iussu eius in cuius potestate erit contraxerit, sive in peculium ipsius sive in patrimonium eius cuius in potestate fuerit ea res redacta fuerit, actionem causa cognita dabo in quod facere potest».

[Diz o pretor: «Darei ação, com conhecimento de causa, no limite do que puder pagar, contra aquele que tiver sido emancipado, ou deserdado, ou que se tiver abtido da herança do pai ou dono em cuja potestade estava ao tempo de sua morte, por aquilo que tiver sido contratado com o que estava submetido à potestade enquanto nela se encontrava, tanto se tiver contratado com seu consentimento ou autorização, quanto se a coisa tiver revertido no pecúlio do mesmo ou no patrimônio do pai ou dono sob cuja potestade se encontrava»].

A concessão do benefício, nesses três casos de filhos citados no edito, parece plenamente justificada e obedece a um critério de justiça.

Com efeito, não sendo sujeitos perante o *ius privatum*, os *filius familias* não possuíam patrimônio próprio, sendo certo que tudo quanto adquirissem revertia em proveito do *pater*.

Por outro lado, sendo sujeitos perante o *ius publicum*, era normal que pessoas as mais diversas com eles negociassem, com ou sem autorização paterna. Por vezes, e esta prática foi se tornando cada vez mais comum a partir do fim do séc. II a.C., o *filius* assumia dívidas na expectativa, tanto sua quanto dos credores, de poder pagá-las ao se tornar *sui iuris*.

De acordo com Levet, houve mudança no tocante ao conceito de obrigação na passagem do Direito antigo para o clássico. Naquele, o *filius familias* não podia nem se obrigar nem sofrer execução pessoal. Mais tarde, no Direito clássico, surge a noção abstrata de obrigação, por ela se comprometendo não mais o corpo do devedor, e sim sua *fides*, sua honra, seu nome, pelo que a obrigação torna-se suscetível de ser assumida por toda criatura provida de razão. Em consequência disto, a jurisprudência de fins da República e começos do Império passa a reconhecer aos filhos a capacidade de se obrigarem por contrato.⁵⁴

Essa capacidade nada mais era do que a capacidade de agir (ou

54. Cf. *Le bénéfice...* cit. (nota 2 *supra*), pp. 61 e ss. Diversos textos, como Gaio, 3 ed. prov., D. 44, 7, 39, comprovam essa capacidade. Cf. também, Monier, *Manuel Élémentaire...* cit. (nota 1 *supra*), v 2, p 83; Jörs & Kunkel, *Derecho Privado...* cit. (nota 3 *supra*), p. 376; e Girard, *Manuel Élémentaire...* cit. (nota 1 *supra*), p. 495.

negocial), reconhecida àqueles que se encontravam sob a *patria potestas*. Os negócios jurídicos realizados por essas pessoas eram válidos mas, não possuindo elas a capacidade de serem titulares de direitos (capacidade de direito), tudo quanto adquirissem passava a integrar, automaticamente, o patrimônio do *pater*, do qual os juridicamente incapazes eram meros agentes.

Com as dívidas ocorria algo diverso. De acordo com o *ius civile*, o *pater familias* não respondia, a princípio, pelas dívidas contratuais das pessoas sob sua *potestas*, ficando obrigado apenas aquele que as contraísse. Diferentemente do escravo que assumia apenas uma obrigação natural, o *filius familias* obrigava-se civilmente, podendo por conseguinte ser demandado e condenado.⁵⁵

A execução da sentença em sua pessoa esbarrava, contudo, na *potestas* do pai, de cujo poder o filho não podia ser subtraído; a execução patrimonial, por outro lado, tropeçava na incapacidade patrimonial do devedor, excetuando-se o caso daqueles que, a exemplo dos que gozavam do *peculium castrense*, possuísem cabedal próprio.⁵⁶

Diferente era a situação se a dívida do filho ou do escravo decorresse de delito. Provado o delito cometido por um filho *in potestate* ou por um escravo seu, o *pater familias* seria condenado na pena correspondente, da qual só se livraria transferindo ao demandante a propriedade do escravo ou deixando-lhe o filho *in mancipio*, entrega esta que recebia o nome de *noxae deditio*. Mais tarde, no Direito pós-clássico, o regime noxal deixou de se aplicar aos filhos por parecer desumano.⁵⁷

Alcançada a esperada independência do pátrio poder, poderia acontecer que o devedor fosse efetivamente solvente, para alegria de seus credores ou, pelo contrário, se achasse na insolvência, restando nesse caso aos credores a execução patrimonial forçada seguida por eventual execução *in personam*.

Parece, contudo, haver certa injustiça no fato de se submeter à execução comum um *filius familias* que, incapaz de ter patrimônio próprio, adquiria

55. Cf., entre outros textos, Gai. 3 *ed. prov.*, D. 44, 7, 39. Ver, a esse respeito, Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 130. De acordo com Levet, *Le bénéfice...*, cit. (nota 2 *supra*), p. 63, isto se devia ao fato do *filius familias* ter um patrimônio incluído no do pai, que receberia ao se tornar *sui iuris*.

56. Cf., nesse sentido, Jörs & Kunkel, *Derecho Privado...*, cit. (nota 3 *supra*), p. 376.

57. Mesmo no Direito clássico, a *noxae deditio* aplicava-se em certos casos apenas aos escravos, como sucedia com a *actio de effusis vel deiectis*. Cf. Gai. 3 *res cott.*, D. 44, 7, 5, 5 e Inst. 4, 5, 2). Ver, a respeito, D'Ors, *Derecho Privado...*, cit. (nota 3 *supra*), p. 298 e Jörs & Kunkel, *Derecho Privado...*, cit. (nota 3 *supra*), p. 382.

sempre para o *pater*, sendo que, por outro lado, era considerado capaz de se obrigar, justamente em razão da possibilidade de vir a adquirir bens por sucessão.

Esta solução revelava-se mais iníqua ainda nos casos do filho *emancipatus*, do *exheredatus* e do *abstentus*,⁵⁸ pois neles o filho iniciava sua vida independente sem nenhum patrimônio.⁵⁹

Nesses três casos, o pretor, *causa cognita*, determinava que sua condenação, pelos débitos contraídos *in potestate*, fosse limitada ao *id quod facere potest*.

No exercício de seu poder discricionário, o magistrado considerava diversas circunstâncias; antes de mais nada, a origem dos débitos, concedendo o benefício somente no caso de dívidas contratuais. Pelos débitos decorrentes de delito o filho, de acordo com Ulpiano, 29 *ed.*, D. 14, 5, 4, 2, responderia *in solidum*.⁶⁰

A concessão do benefício também se excluía quando o filho devedor tivesse agido com dolo, como aconteceria, por exemplo, se se tivesse feito passar por *pater familias* para obter um crédito.⁶¹

A discricionariedade para conceder *causa cognita* o benefício levava o pretor, ainda, a negá-lo quando o filho viesse a ser demandado após um tempo suficientemente longo para lhe permitir a constituição de um patrimônio.

58. Cf. Guarino, *La condanna...*, cit. (nota 15 *supra*), p. 43.

59. No Direito clássico, o emancipado saía da família de origem, perdendo todos os seus direitos nela, inclusive o sucessório. No Direito justiniano, a emancipação apenas subtraía o *filius familias* da *patria potestas*, sem prejuízo do direito à herança. Cf., a respeito, Moreira Alves, *Direito Romano...*, cit. (nota 3 *supra*), v. 2, p. 239. De acordo com Talamanca, *Istituzioni...*, cit. (nota 55 *supra*), p. 130, a emancipação extinguiu as dívidas contraídas pelo filho enquanto *in potestate*. Contudo, o credor poderia conseguir do magistrado uma ação honorária contra o emancipado, depois de avaliadas as circunstâncias e concedido o *beneficium competentiae*. O filho, *heres necessarius*, mesmo recebendo herança gravosa, não poderia *iure civile* recusá-la, ficando, em teoria, exposto à *bonorum venditio* e à *infamia*, por conta dos débitos não-só seus como também dos paternos. Visando evitar que o filho fosse responsabilizado pelas dívidas do *de cuius*, o pretor introduziu o instituto da abstenção pelo qual o filho se livrava dos credores paternos desde que se abstinésse da prática de atos que o caracterizassem como herdeiro. Cf. Guarino, *La condanna...*, cit. (nota 15 *supra*), p. 45.

60. Ulp. 29 *ed.*, D. 14, 5, 4, 2: *Quamquam autem ex contractu in id quod facere potest actio in eum datur, iamen ex delictis in solidum convenietur*

[Mesmo que em virtude de contrato se dê ação contra o devedor até onde possa pagar, contudo, em se tratando de delitos sua responsabilidade será integral].

61. Cf., nesse sentido, Ulp. 29 *ed.*, D. 14, 5, 4, 1. Ulp. 2 *disput.*, D. 14, 5, 6; e Marcell. 2 *dig.*, D. 42, 1, 10.

É o que afirma Ulpiano, 29 *ed.*, D. 14, 5, 4, 4:

Sed an etiam temporis haberi debeat ratio, ut, si quidem ex continenti cum filio agatur, detur actio in id quod facere potest, sin vero post multos annos, non debeat indulgeri? et mihi videtur rationem habendam esse: in hoc enim causae cognitio vertitur.

[Dever-se-á também levar por acaso em conta o tempo transcorrido para que, se se demanda o filho imediatamente após a realização do negócio, se dê ação contra ele até onde possa pagar, não se tendo a mesma indulgência se for demandado após muitos anos? Parece-me que sim, e é isto que significa a expressão conhecimento de causa.]

Pela mesma razão, o filho emancipado que, após a morte do pai, herdasse mediante a *bonorum possessio* pretoriana, não-gozaria do benefício por decisão do magistrado.⁶²

A nosso ver, a denegação pelo pretor, *causa cognita*, do benefício em todos esses casos obedece a plausíveis razões de equidade.

O benefício introduzido inicialmente em favor dos filhos *emancipati*, *exheredati* e dos *abstenti*, foi analogicamente estendido pela jurisprudência clássica e pós-clássica a diversos outros casos.

O primeiro deles foi o do filho libertado após uma *noxae deditio*. Para Levet, a analogia com a situação do emancipado era tal que teria justificado plenamente a concessão da condenação limitada.⁶³

Outro caso era o do filho que se tornava *sui iuris* independentemente de emancipação, em virtude da elevação à dignidade de *Flamen Dialis*, de servidor do deus do Estado. Subtraindo-se da *patria potestas*, o flâmine saía de sua família sem nada adquirir do patrimônio paterno. De acordo com Ulpiano, 29 *ed.*, D. 14, 5, 2, 1, também neste caso o devedor seria condenado apenas *in id quod facere potest*, pelas dívidas contraídas enquanto *in potestate*.

No mesmo texto, Ulpiano menciona o caso do filho dado em adoção. Enquanto permanecesse *in adoptiva familia* e sob o poder do pai adotivo, não

62. Cf. Levet, *Le bénéfice...*, *cit.* (nota 2 *supra*), p. 66, nota 19.

63. Cf. *Le bénéfice...*, *cit.* (nota 2 *supra*), p. 68. A analogia não se limitava à concessão do benefício Assim como ao emancipado, aquele que sofrera a *noxae deditio* o pretor concedia, conforme o caso, a *bonorum possessio contra tabulas* ou *unde liberi*.

poderia ser executado, mas uma vez extinta a adoção gozaria, como o emancipado, do *beneficium* pelas dívidas contraídas, enquanto *in potestate* do pai natural ou do adotivo.⁶⁴

Ainda em Ulp. 29 *ed.*, D. 14, 5, 2, 1 se conhece o caso do filho não propriamente deserddado pelo pai, mas que recebe deste uma quota hereditária praticamente nula (*ex parte minima*). De acordo com Guarino,⁶⁵ Cervídio Scévola, cinquenta anos antes de Ulpiano, teria tido opinião diferente a julgar pelas palavras do jurisconsulto em 1 *resp.*, D. 14, 5, 7:

Pater filio permisit mutuum pecuniam accipere et per epistulam creditori mandavit, ut ei crederet: filius ex minima parte patri heres existitit. respondi esse in potestate creditoris, utrum filium, cui credidisset, in solidum, an heredes, pro qua parte quisque successisset, mallet convenire: <sed filius condemnatur in quantum facere potest>.

[Um pai permitiu ao filho receber dinheiro emprestado, autorizando por carta o mútuo. O filho foi instituído herdeiro do pai em mínima parte. Respondi que, se quisesse, o credor poderia demandar pelo todo aquele filho ao qual tinha emprestado, ou seus herdeiros pela parte que cada um tivesse herdado; mas o filho deve ser condenado até onde puder pagar.]

As palavras finais do texto (*sed filius condemnatur in quantum facere potest*) representam, segundo Guarino, interpolação justinianéia, visando modificar a decisão no sentido do pensamento de Ulpiano.⁶⁶

64. Causa-nos estranheza, *data venia*, a exegese que Levet, *Le bénéfice... cit.* (nota 2 *supra*), pp. 69-71, faz do referido passo. Para o monografista francês a situação analisada pelo texto seria a do filho que, tendo-se obrigado por contrato enquanto *in patria potestate*, tivesse sido dado em adoção. Mais tarde, morto seu pai natural, ao ser demandado, enquanto *in adoptiva familia*, por aqueles seus credores, estes obteriam condenação somente *in id quod facere potest*. Esta é a solução que, na exegese de Levet, o texto oferece, solução com a qual ele não concorda por considerar que o filho adotivo não poderia ser acionado pelos credores. Contudo, em nossa opinião, a situação descrita pelo texto não é bem essa; é muito mais singela: ela apresenta simplesmente o filho adotivo em situação análoga à do filho *in patria potestate*, e a ele oferece a mesma vantagem gozar do benefício no momento da cessação da *potestas* adotiva (*sed et si...sui iuris factus sit*).

65. Cf. *La condanna...*, *cit.* (nota 15 *supra*), p. 47.

66. A opinião de Ulpiano, favorável à concessão do benefício ao filho herdeiro *ex minima parte*, é também clara em Ulp. 29 *ed.*, D. 14, 5, 4 *pr.*, no qual o jurisconsulto afirma que, no caso de filho que recebe parte considerável da herança, o problema da condenação limitada não se apresenta, restando

Mais tarde, a reforma de Justiniano teria estendido a aplicação do benefício, *cognita causa*, mesmo ao filho instituído herdeiro numa parte apreciável da herança.

Levet propõe a questão de saber qual seria o significado da expressão *ex minima parte* utilizada por Ulpiano e Scévola. Para ele, essa mínima parte deveria ser entendida em relação ao total das dívidas contraídas pelo filho e não à quarta parte dos bens que o pai era obrigado a deixar ao filho por força da legítima. Nesse sentido é que, em sua opinião, se deve entender, o texto de Ulpiano, 29 *ed.*, D. 14, 5, 4 pr., no qual o jurista diz que mesmo no caso de o filho ser instituído herdeiro *ex parte non modica*, o pretor, conforme os casos, poderia conceder-lhe o benefício.

Finalmente, qual a *ratio* que teria determinado a concessão do benefício aos *emancipati*, *exheredati*, *abstenti* e em outros casos análogos? Para Levet,⁶⁷ a razão teria sido o desejo de o pretor evitar a injustiça que resultaria da possibilidade de expor à execução pessoal o filho que, após se tornar *sui iuris*, não recebera nenhum patrimônio do *pater* com o qual pudesse enfrentar as dívidas, sendo que durante toda a sua vida *in potestate* adquirira para este.

Assim, no Direito clássico, sempre que um filho fosse emancipado pelo seu pai, natural ou adotivo, se tornasse *Flamen Dialis* ou fosse manumitido por seu *quasi dominus*, toda vez que um filho fosse deserdado ou instituído herdeiro *ex parte minima*, ou tivesse feito uso do *ius abstinendi*, o pretor, em princípio mas sempre *causa cognita*, concedia-lhe o *beneficium competentiae*. Recusá-lo-ia, contudo, se após emancipado, e sobrevivendo a morte do pai, o filho viesse a obter parte na sucessão mediante a *bonorum possessio*, já que o pretor se reservava sempre o direito de apreciar cada caso.

Este sistema, que no direito do início do Império possuía certa harmonia, foi perdendo pouco a pouco sua coerência a partir da introdução do *peculium castrense*. Com efeito, se os credores do filho, mesmo *in potestate*, podiam executá-lo sobre os bens do pecúlio, que sentido teria condená-lo apenas *in id quod facere potest* após a extinção da *potestas*? Que injustiça haveria em perseguir *in solidum* um devedor que, no tocante ao pecúlio, não aumentara o patrimônio paterno? Para Levet⁶⁸ não haveria razão para impedir que, uma vez extinta a

ao credor a opção entre demandá-lo pelo total do crédito ou pela quota hereditária recebida. Cf., também, Solazzi, *L'estinzione...*, cit. (nota 15 *supra*), p. 206.

67. Cf. *Le bénéfice...*, cit. (nota 2 *supra*), p. 74.

68. Cf. *Le bénéfice...*, cit. (nota 2 *supra*), p. 75.

potestas, se cobrassem *in solidum* os créditos relativos a uma massa de bens - o pecúlio, da qual o filho não era privado nem pela emancipação, nem pela deserdação e nem pelo exercício do *ius abstinendi*.

Finalmente, na medida em que no Direito pós-clássico avançado o filho passou a adquirir para si, ele poderia ser executado nos seus bens como se *pater familias* fosse, não havendo mais razão para limitar o direito dos credores do filho emancipado, deserddado ou que se abstivera da herança.⁶⁹

São Paulo, setembro de 1998.

69. Como, entretanto, a condenação *in id quod facere potest* em favor do filho emancipado continua na legislação justinianéia, Levet, *Le bénéfice.... cit.* (nota 2 *supra*), p. 78, entende que isto só ocorreria no caso em que o filho tivesse adquirido bens e contraído dívidas *ex re patris*. De acordo com Inst. 2, 9, 1, os bens, nesse caso, reverteriam ao *pater*, enquanto o filho responderia pelas dívidas contraídas. Em tal situação concreta é que teria aplicação o benefício, o que parece justo.

ASPECTOS DE INTERESSE ATUAL DO MATRIMÔNIO ROMANO

Dárcio Roberto Martins Rodrigues
Professor Doutor do Departamento de Direito Civil da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Neste artigo se contemplam em linhas gerais os aspectos mais importantes do casamento romano que, em cotejo com o atual Direito Civil, ainda oferecem ensejo à reflexão. Em particular, discute-se se no Direito Romano a coabitação fazia parte dos deveres conjugais, ou ainda se é possível falar de um direito dos cônjuges à coabitação.

Abstract:

In this essay, the most important aspects of the roman marriage are contemplated in general lines, in comparison to the present-day Civil Right, still offers us the opportunity of reflection. As particular matter, it's discussed whether in the Roman Right the cohabitation was part of the conjugal duty, or still, if it's possible to speak about a consort right to cohabitation.

Unitermos: casamento romano; coabitação; direito dos cônjuges.

I - Introdução

A família, como instituição social basilar, afigura-se sempre, em praticamente qualquer civilização, comó elemento fundamental da organização da vida em sociedade. Por esse motivo, não há ordenamento jurídico que não tenha como uma de suas colunas mestras o Direito de Família, sempre consolidado nos costumes mais antigos e nas tradições mais arraigadas na consciência dos povos.

Isso não significa, entretanto, que o conceito de família seja o mesmo em qualquer ordem jurídica. Ao contrário, o que se verifica é que, precisamente em razão desse seu vínculo essencial com os costumes e valores de cada sociedade, o Direito de Família é o que maiores variações apresenta em função do tempo e do lugar onde vigora.

A família romana, nos contornos em que era concebida pelos antigos quirites, em nada se assemelha à família de nossos dias, de que trata o Direito Civil

moderno. Destarte, é dificultoso e até arriscado intentar estudos de direito comparado entre elas, como se se tratasse de um mesmo instituto, à guisa do que se faz, por exemplo, com o direito de propriedade ou os contratos.

Destes, sim, se pode dizer que, embora revestidos de todas as peculiaridades com que a finura da doutrina moderna e os reclamos práticos da sociedade contemporânea os recobriram, são herdeiros diretos de seus equivalentes romanos. Sofreram, por certo, transformações e desdobramentos que em muito os distanciaram das concepções originais romanas, mas neles ainda se reconhecem, com toda clareza, as mesmas características primevas que lhes dão identidade como institutos jurídicos. Há, podemos dizer, uma *continuidade histórica* inegável desde Roma até hoje, e a sabedoria dos jurisconsultos clássicos quase sempre pode aplicar-se, de modo imediato, para a compreensão de muitos problemas que nos oferece o direito privado moderno.

Com a família, no entanto, tal não ocorre de modo tão simples. Não houve uma mera evolução de institutos, mas uma completa reformulação de conceitos e valores. A família *proprio iure* romana difere da nossa em sua própria estrutura imanente, e nas relações internas que a sustentam. Antes, portanto, de pretender extrair qualquer ilação do estudo histórico de institutos pertencentes ao direito de família (no presente caso, o matrimônio), cumpre buscar a compreensão das diferenças entre essas estruturas, a fim de que se possa melhor sopesar a influência que esta ou aquela concepção romana ainda possa exercer sobre o pensar do jurista moderno.

Assim sendo, neste nosso estudo não pretendemos examinar o casamento romano tal como este se apresenta nos manuais didáticos, ou seja, na completa exposição sistemática de seus contornos jurídicos e sociais. Um semelhante escopo seria por demais pretensioso para um trabalho de limitada extensão como o presente, e acarretaria o risco de resultar em uma exposição superficial ou meramente repetitiva. Nossa atenção será voltada, antes, para a análise mais detida de alguns pontos ou aspectos fundamentais desse instituto, buscando uma melhor compreensão da sua natureza originária (em Roma) em confronto com a realidade de nossos dias. Na consciência de que todo estudo histórico-jurídico só faz sentido e tem razão de ser se estiver inserido numa visão prevalentemente *jurídico-dogmática* (e não meramente histórica, o que transformaria o Direito Romano em simples peça de museu ou antiquário), cuidamos de voltar nossa atenção de modo especial para aquelas questões capazes de interessar ao jurista moderno, fornecendo-lhe novas

idéias e material para reflexão. Não nos encega alguma vã pretensão de realizar trabalho novo, nem mesmo mais completo ou original, mas acreditamos que a breve epitome deste tema, que agora passamos a apresentar, contribuirá em alguma medida para aclarar essas questões e tornar possível o traçado de um paralelo entre o matrimônio tal como existia na Roma antiga e aquele nosso contemporâneo.

II O Conceito Romano de Família

O matrimônio é, naturalmente, o instituto fundamental do Direito de Família. Tanto em Roma quanto em nossos dias, a noção de família ou união familiar se desenvolve a partir do casamento e da prole que dele se origina. Assim sendo, torna-se impossível discorrer sobre o caráter próprio do vínculo matrimonial sem antes tecer ao menos algumas breves considerações sobre o contexto institucional em que ele se insere, de acordo com o conceito do povo.

Etimologicamente, a palavra *familia* deriva do vocábulo osco *famel*, que significa propriamente "escravo"¹. Daí resultou a palavra latina *famulus*, de igual significado, e que persiste no português ("fâmulos"), com o sentido de criado ou serviçal. Um relato dessa etimologia e da evolução semântica sofrida pela palavra chegou a nós pelo *De Verborum Significatione* de Sexto Pompéio Festo, que nos diz:

Tradução Nossa

Familia antea in liberis hominibus dicebatur, quorum dux et princeps generis vocabatur pater familiae, unde familiam nobilium Pompeiorum, Valeriorum, Corneliiorum. Et familiares ex eadem familia. Postea hoc nomine etiam famuli appellari coeperunt. Famuli origo ab oscis dependit, apud quos servos 'famel' nominabantur, unde et familia

Anteriormente se dizia família em se tratando de homens livres, cujo líder e chefe do grupo era chamado *paterfamiliae*, donde a família dos nobres Pompeus, Valérios, Cornélios, e também os familiares da mesma família. Depois, com esse nome, começaram a ser chamados também os *famuli* (escravos). A origem de *famulus* deriva dos oscos, entre os

1. Cf. Walde, A. *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, (bearbeitete von J. B. Hoffman), Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 3. Auf., 1938, Ernout, A. e Meillet, A. *Dictionnaire Etymologique de la Lingue Latine*, Paris, Klincksieck, 3^{ed.}, 1951; e também Martin, F. *Les Mots Latins*, Paris, Hachette, 1976.

vocata.²

quais o escravo era chamado 'famel',
 donde também foi chamada a família.

O sentido geral, portanto, era de "casa" e o grupo de pessoas que nela viviam e trabalhavam (inclusive os escravos, que para efeitos jurídicos não devem reputar-se pessoas), em oposição ao termo *gens*, que designava as pessoas descendentes de um mesmo ancestral. Depois, por extensão, passou a significar a própria casa em sentido material; entendida como uma unidade econômica que englobava também os instrumentos de trabalho, os animais domésticos, além dos escravos, as terras cultivadas e tudo o que fosse indispensável à vida da família.

Com base em tais dados observa Sachers³ que, no que interessa à linguagem jurídica, o vocábulo "*familia*" aparece nas fontes com três significados:

a. Em seu sentido original de *escravos domésticos, famulagem*. Encontramos sinais dessa semântica antiga, e.g., em:

Tradução Nossa

*D. 21, 1, 2, Ulp. lib. 1 ad ed. Familiae
 appellatione omnes qui in servitio sunt
 continetur, etiam liberi homines, qui
 ei bona fide serviunt, vel alieni:
 accipe eos quoque qui in potestate
 eius sunt.*

Estão contidos no nome de família todos aqueles que estão sob a escravidão, e também os homens livres que de boa-fé servem como escravos, ou os alheios: considera também aqueles que estão sob sua *potestas*.

b. Em seguida, passou a conter-se no nome "*familia*" o abrigo e os bens imóveis associados à atividade econômica familiar, ou seja, casa, curral e horta. Bem mais tarde, quando as terras de cultivo passaram a ser admitidas como propriedade familiar,⁴ também elas foram incluídas sob aquela denominação.

2. Citado cf. a edição de De Casatis, C. Charles Casati, *Jus Antiquum*, Paris, Firmin-Ditot & Marchal-Billard, s/d, p. 250.

3. Sachers, E. "Paterfamilias", in *Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, v. 18, t. 4, c. 2.123.

4. Na Antiguidade, e em sua concepção original, a soberania do Estado e a propriedade das terras eram conceitos estreitamente ligados. Destarte, a terra não pertencia individualmente aos particulares, mas pessoalmente ao monarca ou coletivamente ao conjunto de todos os cidadãos. Foi assim nos primórdios de Roma, onde não se conhecia, a princípio, o domínio privado de terras. Quando muito, era possível ao particular ser proprietário de sua própria vivenda ou de pequenos lotes utilizados como

Depois, incluiu-se até mesmo o gado grosso (*mulae, equi, asini*, cf. Catão, *De Agricultura*, 138). Daí o novo sentido de "família" como o conjunto de todo o patrimônio familiar. Com esse sentido patrimonial, a palavra aparece na Lei das XII Tábuas (cf. reconst. Godefroy):

Tradução Nossa

Lex XII Tab., V - (4) Si intestato moritur, cui suus heres nec sit, adgnatus proximus familiam habeto. (5) Si adgnatus nec escit, gentilis familiam nancitor.

(4) Se morrer sem fazer testamento alguém que não tenha herdeiros, que o agnado tenha a família (i.e., a herança). (5) Se não houver um agnado, um parente (i.e., da mesma *gens*) receberá a família (i.e., a herança).

Também na jurisprudência clássica ocorre tal emprego, como por exemplo no seguinte fragmento de Ulpiano, que trata da instituição de fideicomisso em testamentos:

Tradução Nossa

D. 36,1,15 Ulp. lib. IV fideicomiss. - 7. Proinde, qui hereditatem rogatur restituere, is demum compellitur restituere. 8. Sed et si quis 'bona' rogatus sit, vel 'familiam' vel 'pecuniam' rogetur vel 'universam rem meam'

7. Por conseguinte, se a alguém for pedido que restitua a herança, será ele compelido a restituí-la exatamente. 8. Mas também se alguém for solicitado a restituir os 'bens', ou a 'família', ou o 'dinheiro' ou 'todo o meu patrimônio'.

No fragmento acima, o juriconsulto exemplifica as diversas formas pelas quais o testador usava, em sua época, denominar o conjunto de seus bens, e entre elas está o termo "família" Também com esse sentido a palavra aparece em

jardim ou pomar (a tradição, à guisa de explicação para o fato, alude aos *bina iugera* de terra que Rômulo, o legendário fundador e primeiro rei de Roma, teria deixado em legado para cada um dos cidadãos romanos). O território fora da cidade, destinado à atividade pastoril ou à agricultura extensiva, era considerado *ager publicus*, insuscetível de apropriação privada. Somente mais tarde, e sobretudo com o desenvolvimento da agricultura intensiva, começaram a ser distribuídos aos cidadãos lotes de terra, que passavam a reputar-se *ager privatus* e objeto de propriedade particular (*dominium ex iure Quiritum*). Ver uma síntese a esse respeito em Arangio-Ruiz, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*, 14ª ed., Napoli, Jovene, 1968, cap. 7, p. 138.

expressões como *actio familiae esciscundae*, nome da ação que tinha por objeto a partilha dos bens da família.⁵

c. Finalmente, no seu sentido próprio e jurídico (família agnática), é um grupo de pessoas sujeitas à *potestas* de um mesmo *paterfamilias* (Ulp. D. 50, 16, 195, 2), o que inclui todos os descendentes, a mulher casada *cum manu* e as esposas dos filhos e netos. Ao lado dessa família *proprio iure*, mantinha-se, para alguns efeitos jurídicos, a chamada família *communi iure*, compostas pelos agnados que estariam submetidos a um mesmo *paterfamilias* caso este estivesse vivo.

No período clássico, a família em sentido estrito é a *proprio iure*, e o emprego do vocábulo com qualquer dos outros dois significados é mero resquício de usos antigos.⁶ É sobre esse conceito de família que doravante passaremos a discorrer. Note-se desde já que uma tal noção destoa inteiramente do que entendemos hoje por família. A dita "família natural" constituída por um casal e seus filhos, é, na verdade, mais uma instituição social do que jurídica, regida não-só pelo direito, mas principalmente pela moral, pelos costumes e pela religião. Em Roma, as normas jurídicas sobre a família natural praticamente não existiam, absorvida que esta estava pela família *proprio iure*.⁷ Entre nós, ao contrário, o sentido técnico usual de família na linguagem jurídica é o de família natural.⁸

Quanto à natureza e origem da família romana, muito se discutiu. Para Fustel de Coulanges,⁹ a religião foi a norma constitutiva da família antiga. Fazer parte da família significava participar do culto doméstico, invocar o fogo sagrado, oferecer sacrifícios aos mesmos *manes*. O princípio do parentesco não era o fato material do nascimento, nem tampouco o afeto natural, mas o culto religioso. E não se tratava da religião de Júpiter e dos outros deuses do Olimpo, que se celebrava nos templos públicos, mas sim a religião doméstica, dos *lares* e *penates* de cada família.

Isso explicaria, por exemplo, o instituto da adoção: não importava quem fossem os pais naturais do indivíduo, sua família seria aquela em cujos cultos

5. Sobre os dois primeiros sentidos da palavra família mencionados acima, ver Ulp. D. 50, 16, 195, 1

6. Cf. De Martino, Francesco. "Famiglia (Diritto Romano)", in *Novissimo Digesto Italiano*.

7. Cf. Bonfante, Pietro. *Corso di Diritto Romano*, v. 1, Sampaolesi, Roma, 1925, pp. 184 e ss.

8. Veja-se, como exemplo, a Constituição Federal, art. 226, §§ 3º e 4º.

9. Fustel de Coulanges, *A Cidade Antiga*, (trad. Fernando de Aguiar), Lisboa, Livraria Clássica Editora, 8ª ed., s/d. Ver livro II, caps. 1 a 5.

sagrados ele fosse introduzido, com exclusão de todas as outras. O adotado passava a cultuar os *manes* da família adotiva, renunciando à sua própria. A partir daí, rompiam-se todos os seus vínculos de parentesco anteriores, e seus parentes naturais passariam a ser para ela estranhos, pois já não participavam dos mesmos cultos. Idêntica explicação poderia ser dada ao casamento *cum manu*. O inverso, por sua vez, acontecia com a emancipação: o emancipado era excluído da família e, em princípio, também do culto doméstico.

O *paterfamilias*, como senhor e mestre vitalício do lar e chefe da religião doméstica, era quem procedia à admissão de novos membros, quer pela adoção, quer pela aceitação dos recém-nascidos por meio de ato religioso solene o que explicaria o *ius exponendi* que lhe assistia. Diante disso, não surpreende a afirmação de Gaio:

Tradução Nossa

<p><i>D. 50, 16, 196, 1 Gai lib. XVI ad ed. prov. Feminarum liberos in familia earum non esse palam est, quia qui nascuntur patris familiam sequuntur.</i></p>	<p>É evidente que os filhos das mulheres não pertencem à família delas, porque os que nascem seguem a família do pai.</p>
--	---

Ao lado dessa tese que explica a família romana com base na religião, surgiu a famosa teoria de Bonfante. Para ele,¹⁰ na sua função própria, a família era primordialmente um organismo político, surgida com escopo de *defesa*. Seria, de certa forma, um proto-Estado em miniatura, do qual o *paterfamilias* era chefe supremo. A *patria potestas* corresponderia, então, e perfeitamente, à soberania dos corpos políticos, exercida na mesma extensão e nos mesmos motivos de ordem de uma sociedade política; por isso, era por vezes chamada, em analogia com termos de Direito Público, de *imperium domesticum*.¹¹

O paralelismo com o Estado é total para Bonfante: a família tem *auspicia* e *sacra privata*, em oposição aos *publica*; ela é, como o Estado, exclusiva: não se podia pertencer a duas famílias, como não se podia ter mais de uma cidadania; e a família se apresentava ao exterior como uma unidade compacta:

10. *Corso I* (cit. nota 7 *supra*), cap. 1, pp. 5 e ss.

11. *Id. ibid.*, p. 69.

somente o *paterfamilias*, como seu representante político (como um chefe de Estado) podia estabelecer relações com o exterior.

Em consonância com uma tal concepção, a origem da família romana se explicaria pelo fato de que, nas sociedades primitivas, antes da formação do Estado, não havia um organismo único de poder supremo para manter a ordem, mas uma pluralidade de organismos políticos (que na primitiva sociedade romana eram, em grau crescente de abrangência, a família, a gens e a tribo). Cabiam à família, como organismo político, tarefas de organização interna e medidas de defesa externa.

Quando surge uma autoridade estatal, esta não se exerce sobre os indivíduos, mas sobre os grupos e seus chefes, sendo a família o único organismo independente e compacto perante o Estado. No que tange às relações políticas (voto, exercício das magistraturas, etc.), a *civitas* não se detinha diante da família, e tanto o *paterfamilias* quanto seus filhos eram cidadãos em pé de igualdade. Mas, na esfera privada, o Estado não intervinha no interior da família, e em época clássica todo o direito privado era verdadeiramente o direito dos *paterfamilias*.

Não se pode negar que existem dados concretos que, em parte, corroboram a teoria de Bonfante. É sabido que em Roma, ao contrário da Grécia, a relação patriarcal, própria das grandes comunidades gentílicas, perdurou mesmo quando os pequenos grupos familiares tomaram o seu lugar. Pôr isso Gaio afirmava que a *patria potestas* era instituto romano desconhecido dos outros povos (G. I, 55), o que não é rigorosamente verdadeiro.

O *paterfamilias* não era só o guardião dos usos e costumes dentro do círculo familiar, mas também lhe cabiam, por — digamos assim — delegação estatal, poderes "legislativos" para a criação de normas que regessem as relações internas da família, e judiciais para julgar e punir os seus membros que as violassem. No interior da família o Estado basicamente nunca interferiu, a não ser em tardio período pós-clássico; e o *paterfamilias* foi sempre reconhecido como verdadeiro senhor das pessoas a ele submetidas, até a época justinianéia.¹²

A teoria de Bonfante foi recebida com entusiasmo e encontrou muitos seguidores, principalmente na Itália. Tem sido, no entanto, combatida, sobretudo

12. Cf. Sachers, "Paterfamilias" (cit. nota 3 *supra*), n. VI.

pela doutrina alemã. Max Kaser¹³ sumariza as críticas a Bonfante em dois tópicos principais: a. tal teoria explica a relativa independência da família com relação ao exterior, mas não o poder absoluto do *paterfamilias* no seu interior; e b. ela não explica por que esse poder não deixou de existir quando, com o surgimento do Estado, a função política da família perdeu a razão de ser.

Embora se reconheça a importância e o poder sugestivo dessa teoria, ela tem perdido o seu prestígio mesmo na Itália,¹⁴ e hoje é acatada *cum grano salis*. O que parece certo, porém, é que a família romana provém da desagregação das comunidades gentílicas, decorrentes, entre outros fatores, da mudança do regime econômico primitivo.¹⁵

III - O Casamento Romano

Esperamos ter assinalado, nesta breve exposição, o caráter especial da família romana, que pela sua própria origem histórica apresenta feições bem distintas das da família de nosso tempo. Também o seu papel político no contexto social da época era bem mais significativo.

Da mesma forma, o conceito romano de casamento difere radicalmente do conceito moderno. Bonfante o entende como a mera "*convivência do homem com a mulher, sob a autoridade do marido, com intenção efetiva e contínua de ser marido e mulher*"¹⁶ Os únicos requisitos eram a convivência (considerada não em sentido material, mas ético e social, com efetiva subsistência de relações morais e afetivas: é o *honor matrimonii*) e a intenção de serem cônjuges (*affectio maritalis*).¹⁷ A simples existência desses requisitos gerava o casamento, *independente da conventio in manum*, que era o ato solene pelo qual a mulher saía da família paterna e entrava na do marido, submetendo-se ao poder do seu *paterfamilias*, que nesse caso recebia o nome de *manus*.

13. Kaser, Max. "Der Inhalt der patria potestas", in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, 58 (1938), pp. 62-87.

14. V., e. g., Pugliese, Giovanni. *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, Giapichelli, 2ª ed., 1990, p. 935

15. Cf. De Martino, "Famiglia", (cit. nota 6 *supra*).

16. *Corso I* (cit. nota 7 *supra*), p. 187.

17. Ver porém uma análise crítica da doutrina tradicional a esse respeito em Moreira Alves, José Carlos. "A Natureza Jurídica do Casamento Romano no Direito Clássico", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 90 (1995), pp. 3-49.

Nunca será demais repetir e salientar esse fato primordial: casamento e *conventio in manum* eram duas realidades distintas e na verdade *nenhuma relação tinham uma com a outra*. A contração de núpcias era vista em sua origem como um mero *fato da vida social*, e nenhuma forma jurídica ou celebração solene era exigida pelo direito. Seus pressupostos não eram de forma alguma controlados ou verificados pela autoridade estatal. Uma ação judicial para investigar a atual existência ou-não de uma relação conjugal válida entre duas pessoas — perfeitamente imaginável no Direito brasileiro — seria algo inusitado para o pensar romano: desde que não houvesse impedimentos legais para o matrimônio, estar casado ou divorciado eram possibilidades a todo momento abertas ao casal, a seu livre arbítrio e talante e independentemente de quaisquer requisitos formais ou burocráticos. Em última análise, para saber se um determinado casal era ou-não legitimamente casado, bastaria averiguar se tinham ou-não intenção de sê-lo. Pela mesma razão, tampouco a figura do *casamento putativo*, conhecida do Direito moderno, faria algum sentido na concepção romana de matrimônio.

Importa, portanto, entender que as formas da *conventio in manum* não constituem celebração de matrimônio, o qual, ao contrário era um pressuposto social daquelas. Contrariamente ao que se sói dizer, é falso supor, por exemplo, que o *usus* fosse uma "forma de casamento". Muito ao contrário, o *usus* era um modo de aquisição do poder de *manus* pelo homem que *já estivesse casado* com uma mulher há um ano, como nos deixa claro Gaio:

Tradução Nossa

<i>Gai 2, 3 Usu in manu conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat.</i>	Submetia-se à <i>manus</i> por meio do <i>usus</i> aquela que permanecesse casada por um ano contínuo.
--	--

Verifica-se, portanto, que um dos requisitos do *usus* era precisamente que a mulher *já estivesse casada (nupta)* com o homem. É certo que a *conventio in manum* costumeiramente acompanhava o matrimônio, tendo por finalidade prática e fundamento original trazer a esposa para a família agnática do marido. Mas de um ponto de vista estritamente jurídico, a abstração da *conventio in manum* do fato social do conjúgio era tão grande, que a levou em casos especiais a ser usada até para finalidades completamente estranhas a ele (*coemptio fideiuciaria*, cf. Gai. 1, 114).

Mesmo a *deductio in domum*, embora tradicional e importante do ponto de vista social e religioso, não era essencial para a realização do casamento, salvante a hipótese do casamento *inter absentes*¹⁸ (Pomp. D. 23, 2, 5). Mesmo nesse caso, não nos parece haver propriamente exigência formal de uma cerimônia, mas a simples necessidade de patentear o fato social das núpcias. Uma vez que o noivo não está presente, há mister de se ter presente algum indicio que demonstre a existência do *honor matrimonii*. A condução da noiva à casa do marido (*quasi in domicilium matrimonii*, bem explica Pompônio) torna evidente aos olhos de todos que os noivos se reputam casados, e que a mulher está entrando na casa do homem na condição de esposa. Em coerência com essas idéias, não se admitia, em contrapartida, que a noiva se casasse *per nuntium* ou *per litteras*, sendo reservada essa forma apenas para o homem: somente a introdução da noiva no lar conjugal evidenciava a condição de casados — que ainda assim continua sendo um mero *fato social*.

Verifica-se então que o casamento dito *sine manu* na verdade *carece inteiramente de substrato jurídico*, como bem observa Kunkel,¹⁹ ensejando unicamente o surgimento de uma vida em comum, sem o caráter de uma relação jurídica — embora traga, inegavelmente, conseqüências momentosas para a esfera jurídica. Apenas nesse sentido, a condição de casado (no Direito Romano) assemelha-se muito à posse, o que não é novidade para a ciência romanística, tendo já sido observado muitas vezes o paralelismo entre os institutos. A comparação com a posse parece-nos muito significativa por assinalar o caráter de mero *estado de fato* do matrimônio romano. Tal como a posse, o estado de casado não se recuperava automaticamente e *ex vi legis* em razão do *ius postliminii*:

Tradução Nossa

D. 49. 15. 14. 1 Pomp. 3 ad sab. Non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium.²⁰

O marido não recupera a esposa pelo direito do *postliminium*, assim como recupera o filho: mas pelo consenso é reintegrado o matrimônio.

18. Cf. e. g. Ehrhardt, Arnold. "Nuptiae" in *Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, v. 17, t.2, c. 1.478-1.489.

19. Kunkel, Wolfgang. "Matrimonium" in *Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, v. 14, t. 2, c. 2.238.

20. Cf. também Paul. D. 49. 15. 8, que reproduz o conteúdo deste fragmento quase na mesma literalidade. Acerca da posse, confrontar com Pap. D. 4, 6, 19.

As razões disso são evidentes: pelo *postliminium* o cidadão romano libertado do cativo no estrangeiro recuperava todos os seus *direitos*, que na verdade continuavam retidos, em suspenso (*omnia iura civitatis in personam eius in suspenso retinentur*, Gai. D. 28, 5, 32, 1). O casamento (*sine manu*, bem-entendido), não sendo um direito, mas um estado de fato (tal como a posse), precisava ser recuperado mediante a renovação daquela que era a sua única causa constitutiva: o livre consentimento entre os cônjuges.

É, portanto, equivocada a tradicional afirmação de que haveria "duas espécies" de casamento no Direito Romano, quais sejam *cum manu* e *sine manu*. Essa dicotomia é inteiramente alheia às fontes romanas, e vem sendo criticada pela melhor doutrina romanística.²¹ Em verdade só havia uma maneira de contrair núpcias em Roma: pela mútua concordância na *affectio maritalis*. A aquisição ou-não do poder da *manus* pelo marido era uma questão que em nada afetava a existência do matrimônio, implicando apenas a entrada ou-não da mulher na família *proprio iure* do marido. Não pode restar dúvidas de que era assim que o instituto era compreendido pelos romanos, como nos revela a seguinte passagem de Aulo Gélcio (*Noctes Atticae*, 18, 6, 9):

Tradução Nossa

Matrem autem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manus mancipioque aut in eius, in cuius maritus, manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset.

Chamou-se de *mater familias* somente aquela que está submetida à *manus* e ao poder do marido, ou daquele a cujo poder o marido estivesse submetido, porque veio não-somente ao matrimônio, mas também à família e à situação de herdeira.

Esse autor — que não era jurista, mas literato — assinala com clareza que na consciência social da época a mulher casada *sine manu* não deixava de ser

21. Cf. Volterra, Edoardo. "Matrimonium", in *Enciclopedia del Diritto*, v. 25, p. 755, n. 7. Mas é muito pertinente a crítica de Kaser, o qual, admitindo embora que uma tal dualidade seja estranha à verdade revelada pelas fontes, ressalta que o fato social de que o casamento fosse celebrado ora acompanhado da *conventio in manu*, ora sem ela, é uma realidade histórica e justifica o uso, por simplicidade, das expressões "casamento *cum manu*" e "casamento *sine manu*" (Kaser, Max. *Römisches Privatrecht*, v. 1, München, Beck, 1955, p. 64, nota 6). Parece-nos, de fato, que é o caso de condenar-se a falsa noção conceitual, e não o simples emprego de tais expressões.

considerada esposa (*in matrimonium venit*); a única diferença é que a esposa *cum manu*, além de estar casada, também entrava para a família do marido (*in familiam quoque venit*).

Partamos então para uma breve consideração do conceito romano de matrimônio.

Nas fontes, a definição mais conhecida de matrimônio é a de Modestino:

Tradução Nossa

<p><i>D. 23, 2, 1 Modest lib. 1 reg. Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.</i></p>	<p>As núpcias são a união do homem e da mulher e o consórcio de toda a vida, participação do direito divino e humano.</p>
---	---

Esse fragmento tem sido increpado por vários autores, inclusive Bonfante,²² de interpolação justinianéia com influência cristã. No entanto Albertario²³ defende a sua autenticidade, observando que bem se aplica ao casamento *cum manu*. Também Kunkel²⁴ admite que a definição geral de Modestino provavelmente tinha em vista originalmente a *confarreatio*. A *communicatio iuris divini* seria, para Modestino, uma consequência desse casamento, dado que a mulher seria então admitida nos *sacra* do culto doméstico do marido; à época de Justiniano essa mesma expressão era interpretada como requisito para o casamento religioso cristão, já que era exigida a não-existência de *disparitas cultus*. É uma mera alteração do sentido das palavras de Modestino para Justiniano, uma *duplex interpretatio*, e não uma interpolação.

Tampouco a *coniunctio maris et feminae* é indício de influência cristã, nem deve ser entendida como exigência de conjunção carnal para que se efetivasse o casamento (como era exigido no Direito Canônico); tanto que era possível o casamento com o homem ausente, desde que a *deductio uxoris in domum* fosse feita no seu domicílio (Pomp. D. 23, 2, 5, pr.). A *coniunctio*, para Albertario, indicava

22. Corso I (cit. nota 7 *supra*), p. 193

23. Albertario, Emilio. "La Definizione del Matrimonio Secondo Modestino", in *Studi in Memoria di Aldo Albertoni*, Padova, Cedam, 1935, pp. 243-256.

24 "Matrimonium" (cit. nota 19 *supra*), c. 2.281 ss.

não um ato físico, mas um elemento socialmente relevante para a finalidade ético-social do matrimônio. Ademais, em Inst. I, 9, 1 aparece a expressão *virī et mulieris coniunctio* (mais delicada do que *maris et feminae*), que os compiladores justinianeus certamente teriam preferido se pretendessem fazer uma interpolação.

O que mais incomoda aos críticos é o *consortium omnis vitae*, que se aplica bem ao casamento cristão, mas não ao romano, nem mesmo ao *cum manu*, que também podia desfazer-se a qualquer momento. Solazzi²⁵ observa que o vocábulo *consortium* é raríssimo na jurisprudência clássica, e não aparece antes do séc. IV aplicado ao matrimônio. Isso é bem verdade, pois Ehrhardt,²⁶ consultando o V.I.R., constatou que a palavra só aparece duas outras vezes no *Digesto* (D. 14, 2, 5 pr. e D. 17, 2, 52, 8), sempre usada para designar pessoas de uma mesma família, e não cônjuges. E em D. 27,1,31,4 fala-se de *fratres consortes*.

Mas Albertario²⁷ explica que, sendo o matrimônio instituto social antes que jurídico, o jurista não podia simplesmente ignorar o modo como a sociedade o via. E isso nos mostra, e.g., Quintiliano (*Declam.* 247): "*uxor est quae femina viro nuptiis collocata in societatem vitae venit*" (a esposa é aquela mulher que é unida ao marido pelas núpcias em sociedade na vida). Além disso, saliente-se que *omnis vitae* não deve ser entendido como "para toda a vida" e sim "em todas as coisas da vida".

E Ehrhardt considera o uso da palavra *consortium*, ao contrário, como prova de autenticidade do fragmento, dado que a mulher no casamento *cum manu* entra para a família do marido como *consors* dele e dos filhos. Esse o verdadeiro sentido da expressão *in loco filiae*, que define a situação da mulher na família. Longe de significar uma posição subalterna ao marido, significa ao contrário que ela tinha os mesmos direitos dos demais *alieni iuris*, cf. G. I, 115b: "*placuit eam filiae iura nancisci*" (pareceu certo que ela adquirisse os direitos de filha). Lembremos que a mulher se submetia ao *paterfamilias* como chefe do grupo familiar, e não ao marido como cônjuge.

É com base nesses argumentos que Ehrhardt propugna que a mulher romana não se situava verdadeiramente em uma condição inferior ao marido

25. Solazzi, Siro. "Consortium Omnis Vitae", in *Annali dell'Università Macerata*, v. 5, 1929, pp. 27 e ss.

26. Ehrhardt, Arnold. "Consortium Omnis Vitae", in *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, 57 (1937), pp. 357-366.

27. Cit. nota 23 *supra*.

mesmo no casamento *cum manu* sendo antes considerada *socia* e parceira dele na vida (cf. C. 9, 32, 4, pr. Imp. Gordianus A. Basso - *Adversus uxorem, quae socia rei humanae atque divinae domum suscipitur...*). Em sentido pessoal e moral, de uma união de almas, essa idéia já se encontra nos filósofos gregos e pode ter influenciado os juristas romanos. Ademais, socialmente a mulher romana era altamente considerada e não-raro participava da vida política (ao contrário da mulher grega), sendo vista como uma figura nobre, imponente e severa.

O nome *matrona* era reverenciado como um título honroso, e a esposa compartilhava também todos os títulos nobiliárquicos do marido (cf. Ulp. D. 1, 9, 1, 1 e D. 1, 9, 1, 8), sendo inconcebível em Roma o chamado casamento morganático.²⁸ Analogamente ao hábito vigente em nossos dias, a mulher casada *cum manu* incorporava, inclusive, o nome gentílico do marido, o que se relaciona com a antiga fórmula recitada pela noiva na cerimônia da *coemptio*, e mencionada por Cícero no *Pro Murena*, 27: "*tu Gaius, ego Gaia*" (também atestado por diversas inscrições antigas, cf. o já citado Kunkel).²⁹ Principalmente no período pós-clássico intensificou-se a noção de que existia para os cônjuges o dever de honrar-se reciprocamente, sendo proibidas as ações infamantes entre eles (Gai. D. 25, 2, 2). Foi em razão deste último preceito, por sinal, que se desenvolveu a *actio rerum amotarum*, em substituição à *actio furti* (que era infamante), para que o cônjuge pudesse reaver bens subtraídos de seu patrimônio pelo outro cônjuge.³⁰

Em todos os sentidos, a *manus* deve ser entendida como um poder protetor, e não opressor da mulher, ao contrário do que a mentalidade moderna tende a supor. Entrando para a família *in loco filiae*, passava a mulher a gozar da mesma proteção devida aos *filii familias*, o que incluía até mesmo o direito a alimentos,³¹

28. Bonfante, *Corso I* (cit. nota 7 *supra*), 188.

29. "*Matrimonium*", (cit. nota 19 *supra*), c. 2.281, letra "a"

30. Sobre este assunto o melhor estudo já realizado é o de Wacke, Andreas. *Actio Rerum Amotarum. - Forschung zum römischen Recht*, Böhlau, Köln, 17. Abhandlung, 1963.

31. Ao que parece esse dever de *paterfamilias* começou com Antonino Pio e foi ampliado mais tarde. A idéia de um tal dever imposto ao pai é uma exceção à estrutura própria da família romana. Segundo E. Sachers ("*Paterfamilias*", in *Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, v. I 8, t. 4, c. 2.123 ss.), essa norma é compatível com a idéia de um poder paterno se entendida em dois sentidos: a. vendo o imperador na negação dos alimentos um abuso desse poder; b. sendo dado ao filho um amparo estatal, ao lado da proteção da *patria potestas*, com base no qual fossem exigidos os alimentos. Mas a decadência desse poder é patenteada pelo forma com que se trata no *Digesto* do direito de alimentos do filho com relação ao pai e do pai com relação aos filhos em uma só regra, como se estivessem em igualdade de situação (Ulp. D. 23, 3, 5).

que não assistia à mulher casada *sine manu*.³² O homem tinha, ainda, o direito e o dever de perseguir judicialmente injúrias praticadas contra a sua mulher (Ulp. D. 47, 10, 1, 3) o que, porém, também valia para o casamento *sine manu*.

Em último lugar, poder-se-ia indagar como se diferenciava o casamento do concubinato, uma vez que o primeiro não dependia de formalidade alguma, caracterizado apenas pela união estável do homem com a mulher. O concubinato era igualmente uma união estável, mas sem a *affectio maritalis* e sem o *honor matrimonii*. Era muito freqüente sobretudo entre as pessoas que se não podiam casar em razão de algum impedimento legal que existisse para o seu matrimônio. Era, por exemplo, o caso das leis matrimoniais de Augusto, que introduziram diversas proibições de casamento em razão de diferença de classes sociais (e. g. entre ingênuos e libertos; ou entre patricios e plebeus, o que era proibido até a promulgação da *Lex Cannuleia* em 455 a.C.). Não era considerado indecoroso, e até pessoas de alta estirpe tinham concubinas. Um homem podia ter várias concubinas, e até mesmo uma mulher podia ser concubina de vários homens. O concubinato podia se converter em casamento, bastando que se alterasse a vontade das partes, surgindo a *affectio maritalis*.³³ Vê-se que em muito se afasta da

Os textos das fontes a esse respeito são pouco claros, mas Emilio Albertario ("Sul diritto agli Alimenti", in *Studi di Diritto Romano*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1933, pp. 249-280) chegou à conclusão de que, na idade imperial clássica:

a. na família legítima, o direito a alimentos surge relacionado com o elemento potestativo, reciprocamente entre o *paterfamilias* e as pessoas a ele submetidas;

b. em um momento posterior, prevalecendo o vínculo cognaticio, há também obrigação alimentar entre o pai e os filhos emancipados.

c. a mãe não se inclui nesse direito, salvo a casada *cum manu*, como qualquer outro *alieni iuris*.

d. na família ilegítima, a obrigação existe só entre a mãe e o filho natural (*vulgo quaesitus*), mas o pai natural está isento.

e. não há qualquer indício dessa obrigação entre colaterais ou afins.

Houve profundas alterações em época justinianéia, não havendo mais diferença entre a família legítima e a ilegítima: na legítima passa a existir obrigação entre mãe e filho, e, na ilegítima, entre pai natural e filho, e até entre colaterais.

32. O único fragmento em que se delinea o dever de alimentos entre cônjuges (Ulp. D. 24, 3, 22, 8) é apontado por Albertario (cit. nota 31) como interpolado. De todo modo, mesmo no período justinianeu um tal dever só aparece excepcionalmente (cf. Kaser, *Max. Römisches Privatrecht* II, München, Beck, 2. Aufl., 1975, § 218, p. 174 e nota 34; Kaser também está de acordo em que D. 24, 3, 22, 8 seja itp.).

33. Perozzi, Silvio. *Istituzioni di Diritto Romano*. Athaeneum, Roma, 2ª ed., v. 1, 1928, pp. 371 e ss. Inversamente, poderia, em princípio, ocorrer o inverso - isto é, pela cessação da *affectio maritalis* - já que no casamento esta deveria estar sempre presente, não bastando que existisse apenas no início da relação marital (cf. e. g. Mayer-Maly, *Theo. Römisches Privatrecht*, Wien, Springer Verlag, 1991, p. 25, expressando a *communis opinio*. Mas veja-se uma vigorosa confutação da tradicional doutrina dominante em Moreira Alves, cit. nota 17 *supra*).

concepção atual de concubinato. Muitas ligações que hoje se reputam concubinato são verdadeiros casamentos *de facto*, e no Direito Romano seriam considerados matrimônios legítimos.

Diante disso tudo, Bonfante³⁴ estabelece com muita propriedade a seguinte comparação entre o casamento romano e o casamento moderno:

a. o casamento romano era uma relação *social*, e o direito nada mais fazia do que reconhecer sua existência; o casamento moderno é uma relação *artificial* criada pelo direito, e independente da relação *factual* existente entre o homem e a mulher;

b. em Roma, o vínculo era estabelecido informalmente pela vontade constante e permanente das partes, dissolvendo-se quando desaparecesse a consistência e a continuidade da vida comum; no casamento moderno, o vínculo se estabelece por consenso solene, e uma vez estabelecido perdura indefinidamente, e independentemente daquilo que na vida social é o conteúdo e a base do matrimônio.

IV - Algumas Considerações sobre o Direito à Coabitação

No matrimônio do Direito Civil moderno entende-se que, embora por um lado a coabitação dos cônjuges não seja fundamento nem pressuposto de um casamento válido, por outro lado é a sua conseqüência natural e esperada, haja vista que uma das finalidades da união conjugal é o compartilhamento da vida afetiva e a satisfação da libido do homem e da mulher. Desse modo, conquanto a persistência do convívio do casal não seja, por si, indispensável para a preservação do vínculo matrimonial, é ela considerada um direito e também um dever dos cônjuges. O abandono do lar conjugal é uma séria infração dos deveres do matrimônio.

De certa forma vinculada à idéia de coabitação está também a de manutenção das relações sexuais entre marido e mulher. Não sendo, tampouco, requisito para que o casamento seja válido, elas são contudo vistas como um direito essencial de ambos os cônjuges — fala-se na doutrina em um *ius in corpus*, um direito ao corpo do outro cônjuge, ou à fruição do mesmo para fins de remédio à concupiscência. Em contrapartida a esse direito, entende-se que há o dever de cada cônjuge de prestar essa satisfação sensual ao outro — e se fala então em um *debitum coniugale*. A recusa infundada de cumprir tal débito conjugal é tido como grave ofensa ao outro cônjuge, e até mesmo justa causa para divórcio.

34. Corso I (cit. nota 7 *supra*), pp. 187 e ss.

Qualquer tentativa de traçar paralelos, nesse tocante, com o Direito Romano, parece fadada ao insucesso, em vista das conclusões a que chegamos no item anterior deste nosso estudo. De fato, não há falar em dever de coabitação em Roma, uma vez que a coabitação só poderia perdurar enquanto existisse a *affectio maritalis*. Cessada esta última, o próprio casamento se desfaria, por desaparecer a condição fundamental que lhe dá substrato. A idéia de um *debitum coniugale* é avessa à noção romana de matrimônio. A sua importância moderna como justa causa para divórcio era inexistente em Roma, pois o divórcio prescindia de qualquer "justa causa" não tendo os cônjuges que permanecer casados se qualquer um dos dois não mais o desejasse. Muito ao inverso, imperava entre os antigos quirites a convicção de que as núpcias só se podiam manter pela livre vontade de ambas as partes, não se admitindo que alguém pudesse ser obrigado a permanecer casado à sua revelia, como se depreende da seguinte constituição imperial:

Tradução Nossa

C. 8, 38, 2 Imp. Alexander A. Menophilo. Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat. PP III non. Febr. Maximo II et Aeliano cons.

Do imperador Alexandre Augusto a Menófilo. Desde há muito tempo decidiu-se que os matrimônios devem ser livres. E por isso é certo que os pactos para que não seja lícito divorciar-se não são válidos, bem como não se reputam válidas as estipulações pelas quais sejam impostas penalidades ao que se tenha divorciado. Publicado no 3^o dia antes das nonas febrúarias (dia 3 de fevereiro), sendo cônsules Máximo II e Eliano.

Se, portanto, a ausência de um dos cônjuges da habitação comum do casal ou mesmo a recusa em prestar-lhe a satisfação da libido caracterizasse a cessação da *affectio maritalis*, nada poderia ser feito para impedi-lo, e o matrimônio simplesmente chegaria ao fim.³⁵

35. Seguimos a doutrina dominante, segundo a qual a cessação da *affectio maritalis* era a causa da extinção do vínculo conjugal. A opinião dissonante de Moreira Alves (cit. nota 17 *supra*) não contraria, no entanto, a essência do que vimos sustentando: seja pelo simples fim da *affectio maritalis*,

Não podendo haver coabitação nem casamento sem a *affectio maritalis*, de outra parte é bem claro que estes dois últimos podiam perfeitamente prescindir do primeiro. Desde que o casal manifestasse o desejo de permanecer casado e devotasse reciprocamente o respeito e a afeição devidos entre marido e mulher, seriam reputados casados, ainda que não coabitassem. As fontes nô-lo revelam com clareza meridiana:

Tradução Nossa

<p><i>D. 24, 1, 32, 13 Ulpianus, lib. XXXIII ad Sab. Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit, sed consensus.</i></p>	<p>Se a mulher e o marido de fato moraram separados por longo período, mas tinham reciprocamente o <i>honor matrimonii</i> (o que sabemos ter sucedido de vez em quando até entre as pessoas da classe consular), considero não serem válidas as doações, tendo perdurado, por assim dizer, as núpcias: pois não é o coito, mas o consenso que faz o matrimônio.</p>
--	--

No fragmento em tela trata-se de uma doação realizada entre cônjuges — as quais, como se sabe, eram eivadas de nulidade. Desnecessário dizer que se trata de casamento *sine manu*, já que a sujeição da esposa à *manus* do marido ou do *paterfamilias* deste implicaria sua absoluta incapacidade patrimonial, tornando qualquer doação juridicamente impossível. No caso, porém, o casal vivia separado, o que deu azo à questão acerca da permanência ou-não do estado de casados. O jurista romano foi bastante incisivo em declarar inequivocamente que a coabitação não era socialmente vista como pressuposto do matrimônio — e lembremos que o casamento era apenas um fato social — noção que era posta em prática até pelas classes elevadas. Por conseqüência, não era válida a doação. Depreende-se disso que o hábito hoje praticado por alguns casais, sobretudo nos Estados Unidos, de residir em casas separadas, já era coisa usual na Roma antiga.

Dessa decisão de Ulpiano de sólito citam-se apenas as últimas palavras, fora do contexto, e alçadas a brocardo jurídico: "*consensus facit nuptias*"

seja pela expressão positiva de uma intenção contrária à continuação do matrimônio. o fato relevante é que a extinção do vínculo conjugal dependia unicamente da livre vontade dos cônjuges.

Já Justiniano, no último livro do *Digesto*, acerca das "*diversae regulae iuris antiqui*" incluiu a máxima:

Tradução Nossa

D. 50, 17, 30 Ulpianus, lib. XXXVI ad Sab. Nuptias non concubitus, sed consensus facit. Não é o concúbito, mas o consenso que faz as núpcias.

Não é, portanto, novidade alguma repetir que a coabitação e a partilha do mesmo leito não consistiam, no Direito Romano, elemento essencial do matrimônio, nem tampouco um direito dos cônjuges com relação um ao outro.

Parece-nos, no entanto, que há um outro aspecto a ser considerado nessa questão. E realmente, julgamos poder afirmar que, apesar das aparentes evidências em contrário, os romanos na verdade admitiam a existência de um direito à coabitação, de um *ius in corpus* de um cônjuge sobre o outro. A particularidade do sistema romano é apenas que esse direito não podia ser invocado contra o próprio cônjuge (a quem assistia o direito de afastar-se do leito e do lar quando bem lhe aprouvesse, mesmo fazendo cessar a união conjugal, se preferisse), podendo no entanto ser invocado contra terceiros que impusessem óbices à coabitação do casal.

A manifestação mais evidente desse direito está no conhecido *interdictum de uxore exhibenda ac ducenda*, que competia ao marido para exigir a apresentação e condução da esposa à sua presença, caso a mesma estivesse ilegalmente afastada do lar conjugal por um terceiro.

Na verdade, o referido interdito pertence a uma "família" de interditos *de exhibendo ac ducendo*, contidos em D. 43, 24 e D. 43, 25, e que inclui também os interditos *de exhibendo ac ducendo homine libero* e o *de exhibendis ac ducendis liberis*. O primeiro era o mais amplo de todos: aplicava-se a qualquer situação em que um homem livre estivesse retido injustamente por alguém. Pouco importava que a pessoa em questão fosse homem ou mulher, *sui* ou *alieni iuris*, púbere ou impúbere, desde que se tratasse de pessoa livre (Ulp. D. 43, 29, 3, 1: "*hoc enim tantum spectamus, an liber sit*"). Era pressuposto que a pessoa estivesse sendo detida *dolo malo*, isto é, por quem não tivesse o direito de tê-la em seu poder; assim, não se podia usar o interdito, por exemplo, contra o *paterfamilias* (Ulp. D. h.t. 3.2) ou contra quem, tendo pago o resgate, detivesse um *redemptus ab hoste* (eod. § 3º). Por outro lado, o interdito tinha o caráter como que de uma ação popular, pois a

legitimação ativa tocava a toda e qualquer pessoa (eod. § 9: "*Hoc interdictum omnibus competit: nemo enim prohibendus est libertati favere*"). Já o interdito *de liberis exhibendis* só competia a quem tivesse o poder familiar sobre a pessoa detida por terceiro (Ulp. D. 43, 30, 1): tais por exemplo o *paterfamilias* ou o marido casado *cum manu*.

Para o interdito *de uxore exhibenda ac ducenda*,³⁶ que presentemente nos interessa, estava legitimado exclusivamente o marido, e somente em benefício da própria esposa, retida fora do lar por terceiro. Lenel³⁷ observa que o interdito *de liberis exhibendis* sem dúvida se aplicava não-somente à *patriapotestas*, mas também a todas as relações de poder, aí incluída a *manus* do marido, como já dissemos; decorre então que com relação ao *de uxore exhibenda* não se deve pensar na *uxor in manu* — o que seria uma desnecessária superfetação, um *bis in idem* — mas sim no casamento puro e simples, *sine manu*.

É um fato espantoso, pois o marido que não detivesse a *manus* não gozaria de poder algum sobre a esposa, e na verdade não seria nem sequer parente agnático dela. No entanto, era-lhe reconhecido o direito de exigir a sua volta ao lar de qualquer um que a impedisse. Não há como entender a legitimação ativa a esse interdito, a não ser admitindo que o pretor reconhecia a existência de um direito autônomo à convivência doméstica entre os cônjuges, originado apenas da relação social de matrimônio.

36. Estamos, por simplicidade, falando em um interdito *de exhibendo ac ducendo*, já que os detalhes do processo romano não nos interessam no contexto deste estudo. Na verdade, como explica Adolph Berger ("*Interdictum*" in *Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, v. 9, t. 2, c. 1.642, n. 12, c), o que havia eram dois interditos, um *de exhibendo* e o outro *de ducendo*, tanto no caso da *uxor* quanto no dos *liberi* ou do *homo liber* de um modo geral. O primeiro interdito (*de exhibendo*), tinha por finalidade obter a apresentação da pessoa detida pelo réu, a fim de que se verificasse a sua identidade, bem como o fato de ela estar ou-não injustamente (*dolo malo*) em seu poder. Somente se o resultado apurado nessa primeira fase fosse positivo seria concedido o segundo interdito (*de ducendo*), a fim de que a pessoa em questão fosse conduzida ao proponente do interdito e entregue à sua guarda por ordem do magistrado. Podemos dizer, portanto (como o próprio Ulpiano o faz em D. 43, 30, 3, 1), que o interdito *de exhibendo* é preparatório para o *de ducendo*. Quanto ao sentido exato de *exhibere*, salienta Sachers ("*Exhibere*" in *Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, Suppl. 10, c. 191-221), que não era necessário que se apresentasse a pessoa em juízo, ao contrário do que se sói afirmar, sendo suficiente que ela fosse deixada acessível ao impetrante, de sorte que este tivesse a oportunidade de "tê-la diante dos olhos" ("*in Augenschein zu nehmen*"). Nas fontes encontramos diversas definições de *exhibere* (Paul. D. 4, 7, 8; Paul. D. 10, 4, 2; Ulp. D. 10, 4, 9, 5; Gai. D. 50, 16, 22).

37. Lenel, Otto. *Das Edictum Perpetuum*, Aalen, Scientia Verlag, 3ª ed., 1974, p. 488, n. 4.

Porém o mais notável é que o interdito podia ser impetrado até mesmo contra o *paterfamilias* da esposa — o qual, portanto, não a retinha *dolo malo*, mas no legítimo exercício da sua *patriapotestas*. Examinemos o seguinte fragmento de Hermogeniano:

Tradução Nossa

<p><i>D. 43, 30, 2 Hermogenianus lib. VI iuris epitomarum. Immo magis de uxore exhibenda ac ducenda pater, etiam qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur.</i></p>	<p>Pelo contrário, é mais certo que o pai, até mesmo o que tiver a filha sob a sua <i>potestas</i>, seja justamente processado pelo marido para que lhe seja apresentada e conduzida a esposa.</p>
--	--

É de cristalina clareza o pensamento de Hermogeniano nesse sentido: estabelecido o conflito de interesses, o direito à coabitação por parte do marido prevalece até mesmo sobre o poder do *paterfamilias*. E não deixa de causar estranheza uma tão-incisiva restrição à *patriapotestas*, um poder que historicamente representa a base da própria estrutura social — e política — de Roma, e tão-característico de sua organização social que ainda Justiniano afirmava (Inst. 1, 9, 2), seguindo Gaio (Gai. 1, 55), ser exclusividade do povo romano.³⁸ Lenel³⁹ explica que a concessão desse interdito só apareceu em fase bem tardia da evolução do Direito Romano (ou só com Justiniano, segundo Brini),⁴⁰ o que condiz com o fato de que a *patria potestas* foi sempre vista como um poder absoluto, e o poder público não impôs limitações explícitas ao seu exercício no âmbito doméstico — onde o *pater* era soberano — salvante, talvez, no direito pós-clássico bem tardio.⁴¹

38. Cf. já referimos *supra*, à p. 9.

39. *Id.*, *Ibid.* (cit. nota 37 *supra*).

40. Brini, Giuseppe. *Matrimonio e divorzio nel Diritto Romano*. Bologna, Zanichelli, 1887, p. 163.

41. Essa questão merece algumas palavras à parte na ordem destas nossas argumentações. A idéia de *patria potestas* como poder absoluto parece ser confirmada pelas fontes. O *ius vitae et necis* foi afirmado até a época de Constantino (Cod. Theod. 4, 8, 6), e somente Valentinian I o eliminou completamente (C. 9, 15, 1). Mesmo a condenação de um *paterfamilias* ao exílio porque matara um filho que havia fornicado com a madrasta - decretada pelo imperador Adriano - não fora motivada pela execução do filho em si, mas sim pela forma como fora realizada; de fato, o pai organizou uma caçada na qual o filho era a presa. O texto integral é: D. 48, 9, 5 Marc. lib. XIV inst. "*Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet,*

Em consonância com o texto de Hermogeniano está também o de Ulpiano:

non atrocitate consistere." (Tradução Nossa: Conta-se que o divino Adriano, como um certo homem tivesse matado numa caçada um filho seu que cometia adultério com a madrastra, o deportou para uma ilha, porque o matou *mais como um ladrão do que como direito de um pai*: pois o pátrio poder deve consistir na piedade, não na atrocidade). Note-se que o direito do pai não é negado: somente se condena a forma cruel como o exerceu. Desse fragmento, a última oração é suspeita de interpolação (cf. Roberti, Melchiorre. "Patria Potestas e Paterna Pietas", in *Studi in Memoria di Aldo Albertoni*, Padova, Cedam, 1935, pp. 257-270). De fato, durante o período clássico, não se encontram no *ius civile* limitações ao exercício da potestas no seio da família. A única exceção conhecida está nas XII Tábuas, no famoso IV, 3: "*Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto.*" (Se um pai vender o filho três vezes, esteja o filho libertado do pai). Questiona-se se na prática era mesmo irrestrito esse poder. Ihering (*Geist des Römischen Rechts*, v. 2, t. 1, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 3ª ed., 1874, p. 187) acredita que as únicas restrições que havia fossem de caráter moral. Já Max Kaser ("Der Inhalt der patria potestas", in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, 58 (1938), pp. 62-87) aponta duas formas de limitação que possivelmente existiriam: os costumes e o direito sacro, os quais formavam, em tempos primitivos, uma unidade indistinta com o direito, mas que dele se separaram aproximadamente no início da República. Apresenta, além disso farta e consistente argumentação contrária aos que pretendem vislumbrar uma tutela jurídica contra abusos da pátrio poder nos relatos de Dionísio de Halicarnasso (2, 15-27), que fala de uma pretensa lei de Rômulo que sujeitava à pena de confisco patrimonial aquele que expusesse recém-nascidos, salvo nos casos de nascimentos teratológicos ("monstros"). Também Bonfante (*Corso* I, p. 77) acha duvidosa a existência de uma sanção civil para esses casos em uma época remota, na qual o direito tinha ainda caráter sacerdotal, e principalmente no campo dos relacionamentos ético-familiares. Outro possível freio aos abusos seria a atuação dos censores, que por sem-dúvida deveria ocorrer, mas que, ainda na opinião de Max Kaser, dificilmente conseguiria, por si só deter a decadência dos costumes, pois suas armas afora o poder de afastar o transgressor do esnado e da classe equestre era apenas a *nota censoria*, insuficiente como sanção persuasiva. Por essa razão, os imperadores que se empenharam em reavivar os costumes clássicos, como Augusto, não recorreram ao fortalecimento da censura, mas criaram legislação rigorosa a esse respeito. No entender de Bonfante (*Corso* I cit., nota 7 *supra*, p. 76) o verdadeiro impedimento aos abusos eram os *mores maiorum*, os costumes antigos, que não seriam meras regras de moral, como sugeriu Ihering, mas normas jurídicas em sentido estrito, derivadas concretamente do uso inveterado e relativas a um organismo político diverso da *civitas*: constituiriam um direito interno da própria família. Então esses *mores maiorum* teriam sido os responsáveis pelo estabelecimento da exigência da convocação do chamado *consilium domesticum*, órgão consultivo que exerceria em conjunto com o *paterfamilias* as funções jurisdicionais no lar, sobretudo no tocante ao exercício do *ius vitae et necis*. A existência dessa exigência, contudo, tem sido contestada pela doutrina recente, que tende a considerá-la mero uso social sem força vinculante (Cf. Guarino, Antonio. *Diritto Privato Romano*, Napoli, Jovene, 8ª ed., 1988, p. 487 e nota ao 47.2, com bibliografia). Apenas tardiamente, no período pós-clássico, o Direito assimilou a influência dos costumes e Direito Sacro e impôs verdadeiras limitações ao *paterfamilias*, mormente graças à humanização trazida pelo espírito helenístico, e à influência cristã. No Direito justinianeu, a *patria potestas* não mais é uma verdadeira jurisdição sobre os próprios filhos, mas um poder limitado de castigá-los na devida forma da *domesticae emendationis disciplina*. Veja-se e. g. o texto de Ulpiano em D. 48, 8, 2 (que Bonfante considera interpolado): "*Inauditum filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae debet.*" (o pai não pode matar o filho sem antes ouvi-lo, mas deve acusá-lo perante o *praefectus* ou o *praeses* da província). Foi deste modo abolido o *ius vitae et necis*. O *ius exponendi* também foi expressamente vedado (Val. et Grat. C. 8, 51 [52], 2, pr.).

Tradução Nossa

D. 43, 30, 1, 4 Ulpianus lib. LXXI ad ed. Si quis filiam suam, quae mihi nupta sit, velit abducere vel exhiberi sibi desideret, an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum, velit dissolvere? Et certo iure utimur, ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur. Quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat.

Se alguém quiser levar embora sua filha, que seja casada comigo, ou desejar que lhe seja apresentada em juízo, será que se deve conceder uma exceção processual contra o interdito, caso o pai queira dissolver um matrimônio harmonioso ou respaldado pela existência de filhos? E temos como direito assentado (que sim), para que casamentos harmoniosos não sejam perturbados pelo direito do pátrio poder. Isso também se aplicará, assim, para que se persuade o pai a não-exercer com crueldade o pátrio poder.

Percebe-se aqui o reverso da medalha da situação anterior. Aqui é o pai quem, valendo-se do *interdictum de liberis exhibendis*, pretende exigir a apresentação de sua filha — casada *sine manu* com o réu — a fim de obter a separação do casal. Notável a decisão do jurisconsulto: embora não pudesse denegar o interdito — pois o direito do pai era inquestionável — concedeu ao marido a uma *exceptio*, bloqueando interdito do pai, e baseado no fato de que o matrimônio era *bene concordans*.

A mais aguçada exegese desse fragmento parece-nos ser a de Glück.⁴² O extraordinário pandectista relaciona o parecer de Ulpiano à constituição de Marco Aurélio mencionada no fragmento do *Codex* que reproduzimos a seguir:

Tradução Nossa

C. 5, 17, 5, pr. Diocl./ Maxim. Dissidentis patris, qui initio consensit matrimonio, cum marito

O divino Marco, nosso pai imperador religiosíssimo, determinou que não seja considerada válida a vontade

42. Glück, C. F., *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, v. 26, Erlangen, Palmischen Verlagsbuchhandlung, 1824, § 1259b, pp. 256 e ss.

*concordante uxore filia familias ratam non haberi voluntatem divus Marcus pater noster religiosissimus imperator constituit, nisi magna et iusta causa interveniente hoc pater fecerit. * Diocl. Et Maxim. AA. et CC. Scyrioni. * <A 294 d. V k. Sept. Nicomediae CC. Conss.>*

discordante do pai, que de início consentiu no matrimônio, estando a filha concorde com o marido, a não ser que o pai tenha feito isso por haver intervindo uma causa grande e justa.

E de fato bem observou Glück que as palavras *velit dissolvere* de Ulpiano revelam que, ao se valer do interdito, o pai visava à separação do casal, à dissolução do matrimônio. Portanto, a situação é essencialmente a mesma do caso apreciado por Diocleciano e Maximiano. E a esse respeito já decidiu Marco Aurélio, vedando ao pai essa possibilidade. Vê-se que a antiga condição de total arbítrio do *pater* sobre o casamento dos filhos há muito se havia alterado. Mas o que causa um pouco de estranheza são as palavras *"ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exercent"* no texto de Ulpiano. Ele fala em *persuadir* o pai a não ser cruel no exercício de seu direito, e não em privá-lo desse direito. Será que com isso o jurisconsulto quis dizer que, caso o pai perseverasse em sua crueldade e não se deixasse *persuadir* pelo magistrado, a *exceptio* seria ineficaz e o interdito concedido? É óbvio que não, pois Ulpiano declara que a intocabilidade do *concordans matrimonium* era já direito assentado ("*certo iure*"), e inquestionável. Esse, por sinal, é um princípio já afirmado desde Antonino Pio, como nê-lo demonstra um fragmento das *Sentenças de Paulo*: PS.5.6.15 "*Bene concordans matrimonium separari a patre divus Pius prohibuit*" (o divino Pio proibiu que o matrimônio concorde seja separado pelo pai).

O que se verifica, em conclusão, é que, caso o matrimônio seja harmonioso, o pai será eficazmente impedido por uma *exceptio* do marido, ainda que não se deixe persuadir a desistir de seu intento. Ou antes, seguindo a linha de Glück, podemos dizer que será "persuadido" pela pura e simples aplicação da constituição de Marco Aurélio. Ao que parece, a maneira oblíqua pela qual Ulpiano faz menção a essa diminuição dos efeitos da *patria potestas* se deve ao respeito de que aquela instituição ainda gozava (cf. nota 41 *supra*). Talvez pela mesma razão se explique a ênfase dada por Diocleciano e Maximiano ao fato de que o pai "*initio consensit*": o casamento era válido precisamente porque o pai havia consentido, pois não

prescindia de sua aprovação (Paul. D. 23, 2, 2). Esse preceito sempre vigorou, e sua menção nos mostra que os imperadores buscavam impor um abrandamento, sem contudo negar-lhe o prestígio. E assim também Ulpiano.

A esse propósito, Hackl⁴³ observa que a partir do século II d.C. muitas restrições foram feitas ao uso de tais interditos pelo *pater*, quando estes contrariassem outros interesses mais merecedores de tutela jurídica. Entre eles o da mãe, a quem se concedia a guarda dos filhos a despeito da *patriapotestas* do pai, se fosse mais conveniente para o bem-estar da criança (Ulp. D. 43, 30, 1, 3, salientando que isso só era possível "*ex iustissima causa*") ou quando o pai não fosse pessoa digna ("*ob nequitiam patris*" Ulp. D. eod. 3.5, insistindo porém em que isso se dava "*sine deminutione patriae potestatis*").

Observe-se, finalmente, que se esse direito à coabitação podia ser exercido pelo marido até mesmo contra o *paterfamilias* da mulher, não podia sê-lo contudo ao arrepio da vontade da própria. Ou seja: o pai não podia retê-la contra a vontade do marido, mas este por sua vez não podia forçá-la a voltar se ela não quisesse. Veja-se por exemplo este rescrito de Diocleciano e Maximiano:

Tradução Nossa

C. 5, 4, 11 Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Alexandro. Si invita detinetur uxor tua a parentibus suis, interpellatus rector provinciae amicus noster exhibita muliere voluntatem eius secutus desiderio tuo medebitur.

Se a tua esposa está detida pelos seus pais contra a sua vontade, seja chamado o nosso amigo governador da província, o qual, sendo a mulher apresentada em juízo, e seguindo vontade dela, atenderá ao teu desejo.

Vê-se que a esposa do destinatário do rescrito (Alexandre) estava detida contra sua vontade (*invita*) pelos próprios pais. Os imperadores concedem o interdito ao peticionário, por meio da jurisdição do *rector provinciae*, mas deixam claro que este só deverá agir "*voluntatem eius secutus*" Naturalmente, se a mulher não desejasse voltar, não poderia ser compelida a isso, em observância à já-citada regra "*libera debent esse matrimonia*"

43. Hackl, Karl, "Die Feststellung der Vaterschaft und der väterlichen Gewalt", in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung (Romanistische Abteilung)* 90 (1973), p. 143 e nota 151.

V - Conclusão

Ao final desta despreziosa pesquisa, esperamos ter logrado demonstrar, em rápidos bosquejos, algumas das características mais interessantes do casamento romano para o jurista de hoje. Percebemos que, não-obstante as significativas diferenças existentes entre a estrutura familiar romana e aquela de nossos dias (o que é resultado evidente dos mais de vinte séculos que distanciam a nossa sociedade da da Roma antiga), muitos pontos de contato ou semelhanças podem ser encontrados.

Certamente não se pode perder de vista que toda comparação do Direito moderno com o Direito Romano no campo do Direito de Família deve ser feito com prudência, pelos motivos já explicados na introdução, e tendo em vista que qualquer semelhança não pode ser creditada a uma continuidade histórica, que aqui não existe. Entretanto, acompanhando a lúcida ponderação de Theo Mayer-Maly,⁴⁴ não é apenas pela recepção de institutos jurídicos que o Direito moderno deve preitos ao Direito Romano. Pois também na esfera do Direito a história sempre se repete, e parece que os problemas com que o homem moderno hoje depara são muito freqüentemente os mesmos que os antigos quirites tiveram que enfrentar há dois mil anos, embora situados num contexto social e econômico bem diverso. E o "repertório" de soluções que os juristas ontem e hoje encontram para esses problemas dá a impressão de ser bastante restrito, dado que, *mutatis mutandis*, os juristas modernos acabam muitas vezes chegando a resoluções análogas ou muito próximas às que os romanos já haviam formulado, mesmo quando não se trate de institutos recebidos do Direito Romano (comparemos, apenas como exemplo, *fiducia cum creditore* com a nossa alienação fiduciária em garantia). De resto, a influência do gênio romano é tão-marcante em nossa ciência jurídica, e o próprio modo de pensar herdado da ciência romanística tão-arraigado em nossa cultura, que é impossível deixar de lado o Direito Romano, seja qual for o campo do direito em que se queira pesquisar. Os velhos jurisconsultos ainda têm muito a nos ensinar.

São Paulo, junho de 1998.

44. "Die Wiederkehr von Rechtsfiguren", na *Juristenzeitung (JZ)* 1971, pp. 1 e ss.

DIREITO CIVIL

RETROCESSO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Antonio Junqueira de Azevedo

Professor Titular do Departamento de Direito Civil da FDUSP
Ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O artigo critica o Livro do Direito de Família do Projeto de Código Civil, aprovado neste ano (1998), no Senado Federal; trata-se, porém, de Projeto de Código Civil elaborado há mais de vinte anos, na década de 70, antes da promulgação da Constituição da República, de 1988. Em virtude disso, já surge ultrapassado, sendo até mesmo inconstitucional em diversos de seus artigos.

Abstract:

The article criticizes the Family Law of the Civil Code Project, approved this year (1998), at the Federal Senate; it regards, though, of Civil Code Project elaborated twenty years back, on seventies, before the Republic Constitution promulgation, on 1988. Due that, it appears overshoot, even unconstitutional in a number of its articles.

Unitermos: Direito de Família; Projeto de Código Civil; Constituição Federal.

Três são os tipos de família previstos na Constituição de 88: a família tradicional, constituída pelo casamento civil; a união estável, constituída pela união do homem e da mulher sem casamento civil; e a monoparental, constituída por um ascendente, homem ou mulher, e seus descendentes. Como até então se determinava que a família era constituída exclusivamente pelo casamento (Constituição anterior, art. 175), vê-se bem que houve uma mudança de 180 graus no espírito do Direito de Família: em essência, a família deixou de ser considerada somente como *entidade jurídica*, para ser concebida, antes de mais nada, como *entidade natural*. Infelizmente, o Projeto de Código Civil, tal e qual aprovado pelos senadores, não assimilou o espírito dos novos tempos.

Para começar, o Projeto não trouxe regra alguma sobre a família monoparental. No entanto, nada mais nada de menos do que 26,1% de brasileiros

vivem nesse tipo de família. Em 1991, eram 38 milhões de pessoas, no total de 146 milhões (PNAD Pesquisa Nacional por Amostragem Domiciliar); são hoje mais de dez milhões de chefes de família, em geral mulheres, - mães mas muitas vezes também avós - que, para os nossos senadores, se tornaram mulheres sem rosto, chefiando famílias invisíveis. Essas famílias, aliás, apesar do silêncio geral sobre elas, são mais numerosas que as de união estável (26,1% contra 17,3%). A formulação de um novo Código Civil seria uma boa ocasião para estender ainda mais a previsão constitucional da família monoparental, incluindo, além dos "descendentes", também os enteados e os "filhos de criação" porque é isto o que muitas vezes acontece nessas famílias. A utilidade disso seria estender a um bom número de pessoas, todas as vantagens dadas pelas leis de proteção à família.

Quanto à união estável, o Projeto volta a tempos passados; a Lei n. 9.278/96, que regulamentou o § 3º, do art. 226 da Constituição, nenhuma distinção criou entre casos diversos de convivência, mas o Projeto diferencia entre os conviventes que têm e os que não-têm impedimento para se casar; além disso, torna a fixar prazos para obtenção dos efeitos jurídicos (exige, em princípio, o prazo de cinco anos e, se houver filhos comuns, o de três anos). Até parece que com menos de cinco anos, os conviventes não se devem reciprocamente, lealdade, respeito e, assistência, ou - antes dos três anos - não têm o dever de guarda, sustento e educação dos filhos (são os deveres previstos para os conviventes, em união estável, no art. 1.736 do Projeto)! Diante do espírito reacionário e discriminador, aqueles que amam a igualdade, talvez pudessem adaptar um velho lema: "*o preço da igualdade é a eterna vigilância*" Tanto isso é verdade que o Projeto (art. 1.739) volta a qualificar, em certos casos, a união de um homem e de uma mulher como "concubinato" - palavra abolida pela Constituição e que possui conotação pejorativa.

Tratando dos efeitos do casamento, o Projeto, seguindo o que já é lei no mundo inteiro, fez a previsão da possibilidade, por acordo entre os cônjuges, de mudanças no regime de bens. Todavia, na crítica do professor J. B. Villela, ao invés de se contentar com a escrita pública e o registro, que bastariam para acautelar os direitos de terceiros, impõe decisão judicial. Este é, aliás, outro ponto nada atual do Projeto: a freqüente exigência da presença do juiz. Para converter a união estável em casamento, que a lei vigente admite que se faça por meio de requerimento ao oficial do cartório (art. 8º, da Lei n. 9.278/96), o Projeto exige que o pedido seja apresentado ao juiz (art. 1.738). Se pai e mãe discutem sobre o colégio em que deve ser matriculado o filho, a arbitragem, juridicamente, não pode ser feita por um padre,

um rabino ou uma pessoa da família que seja de confiança de ambos, como seria natural, e sim, necessariamente, pelo juiz (cf. arts. 851 e § único do art. 1.643 do Projeto. Essa solução também é do direito vigente, mas já se sabe que não tem efetividade).

Sobre a separação judicial, o Projeto (art. 1.548), denotando um trabalho apressado de adaptação, manteve, ao lado do rol de causas típicas (solução própria do Código Civil de 1917), as previsões gerais da Lei do Divórcio (de 1977), que havia revogado o sistema anterior. O pior, porém, é que, para a separação judicial por separação de fato, que a lei atual exige o prazo de *um ano* (§ 1º, do art. 5º da Lei do Divórcio), os senadores exigiram *dois anos* (§ 1º do art. 1.576)! Será que a Câmara vai aceitar a revogação de toda a legislação que aprovou anteriormente?

Entre os pressupostos para conversão da separação de fato em divórcio (divórcio direto), o Projeto (art. 1.586) exige, repetindo a Lei n. 6.515 de 1977 (art. 40, IV), haver partilha dos bens do casal. Ora, os tribunais, inclusive com edição de súmula (Súmula n. 197 do S.T.J.), já decidiram que essa restrição se tornou inconstitucional e não mais vigora. O Projeto, como se vê, é decididamente "pré-Constituição de 88" e já surge inconstitucional.

Quanto à união homossexual, de que o Projeto não trata, é verdade que essa união nem é família nem assim está na Constituição. Por outro lado, nesses casos, a questão patrimonial entre companheiros, tem solução no Direito das Obrigações, bastando utilizar o princípio fundamental que veda o enriquecimento sem causa, sendo que o Superior Tribunal de Justiça assim também decidiu com base na idéia de sociedade de fato. Além disso, cumpre ainda dizer que o projeto de lei que foi apresentado no Congresso pela deputada Marta Suplicy não é realista e procura usar o direito privado para atender reivindicações de nível simbólico função para o qual o Direito Civil não se presta, diferentemente talvez do Direito Constitucional. Todavia, apesar de tudo isso, há problemas que permanecem; não parece justo, que, em caso de acidente e internação de uma pessoa que vive com outra (independentemente de manterem ou-não relações sexuais), quem vá decidir sobre operações cirúrgicas urgentes seja um parente que com ele pouco contato mantém. E se advém morte, por que é que somente um parente é que poderá autorizar doação de órgãos para transplante, ou defender o nome do falecido, ou resolver sobre situações como inumação ou cremação do corpo? Ora, considerando que, no livro "*Do Direito de Família*" do Código Civil, há um título que não trata da

família, e sim, do que Clóvis Bevilacqua chamava de institutos complementares (tutela, curatela, ausência), o Projeto nele poderia prever, num capítulo sobre relações pessoais, algumas disposições dando atendimento às pessoas que morem juntas.

Passando rapidamente às relações de filiação, observo que os senadores introduziram em único artigo a expressão "inseminação artificial"; isto fizeram no lugar errado (art. 1.602), de forma atrasada porque, em termos de hoje, a inseminação artificial é somente uma das formas de reprodução assistida, e sem esclarecer se se trata de inseminação homóloga (isto é, com sêmen do próprio marido da mulher casada) ou heteróloga (isto é, com sêmen de outro). Este último ponto é fundamental porque, como se sabe, a Igreja veta a inseminação heteróloga; os católicos não tiveram oportunidade de tomar ciência dessa questão, porque os ilustres senadores não a discutiram com a sociedade civil (votaram o Projeto por voto de liderança!).

Por sua vez, a proibição de reconhecimento do filho adúlterino *a matre*, determinada no Projeto, contraria o § 6º do art. 227 da Constituição, que não admite discriminação entre os filhos; para o Projeto (art. 1.626 e § único), esses filhos, ao contrário dos outros, somente poderão ser reconhecidos após a dissolução da sociedade conjugal ou após um ano de separação de fato.

Dizia Bergson que o progresso moral se verifica quando um povo, depois de viver sob determinada orientação, não quer mais voltar à anterior. O Projeto retrocede aos tempos anteriores à Constituição; será que as mudanças no Direito de Família feitas em 1988 não foram bem-aceitas pelo povo brasileiro ou será que são os senadores que estão alienados da nossa realidade?

São Paulo, julho de 1998.

PAGAMENTO INDEVIDO E ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Carlos Alberto Dabus Maluf

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

Resumo:

O autor aborda, tomando como parâmetro as fontes romanas, o enriquecimento ilícito, traçando uma trajetória através da legislação estrangeira até a concepção atual no Direito Positivo brasileiro.

Contempla na matéria, ainda, o pagamento indevido desde a sua concepção objetiva e subjetiva, a retenção do pagamento indevido e o mesmo instituto no Projeto de Código Civil. Além do mais, o Projeto supre uma lacuna do Código Civil vigente, prevendo em seu texto o instituto do enriquecimento sem causa.

Abstract:

The author broaches, taking the roman sources as parameter, the illegitimate enrichment, drawing a trajectory through the foreign legislation till the current conception in the brazilian Positive Right.

It also regards the subject with the improper payment, since its objective and subjective conception, the retention of the improper payment and the same institute in the project of Civil Code. Add to that, the Project supplies a gap of the valid Civil Code, foreseeing in his text the institute of the causeless enrichment.

Unitermos: pagamento indevido; enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa.

Sumário:

1. Conceito e esboço histórico.
2. Legislação comparada.
3. Direito Positivo brasileiro.
4. Concepção objetiva e subjetiva do pagamento indevido.
5. O pagamento indevido que teve por objeto um imóvel.
6. Retenção do pagamento indevido.
7. O pagamento indevido no projeto de Código Civil.
8. Considerações finais.
9. Bibliografia.

1. Conceito e esboço histórico

Trata-se de um instituto estreitamente ligado ao enriquecimento sem causa. Enquanto o nosso Código Civil silenciou a propósito do problema do enriquecimento sem causa, igual procedimento não teve quanto ao pagamento indevido, o qual foi minuciosamente regulado nos arts. 964 a 971.

Nas fontes romanas, o enriquecimento ilegítimo é geralmente indicado como *lucro sine causa*, que origina a obrigação de restituir. O que se locupleta com o alheio, está na posição do que toma alguma coisa por empréstimo: tem de restituí-la. Para esse efeito foi criado o *judicium stricti juris das conditiones*.

As *conditiones* fundadas no enriquecimento injusto eram conhecidas pela designação geral de *conditiones sine causa*. O gênero, porém, comportava diversas espécies:

1. *conditio indebiti* era o direito de exigir o que se pagou indevidamente;

2. *conditio causa data causa non secuta* era o direito de reclamar o que se deu com intuito de alcançar um fim que se não realizou. Seria a hipótese do terceiro que forneceu o dote e que o pede de volta, por se não haver realizado o casamento;

3. *conditio ob finitam causam* - verifica-se, quando se pagou por uma razão que existia e que deixou de existir. Seria o exemplo do pai que presta pensão alimentícia à mulher, pelo filho do casal. Se o filho morrer, a razão de pagar não mais existirá. Assim, pode o cônjuge varão pleitear através dessa *conditio* as importâncias pagas depois do falecimento do menor.

Van Wetter em seu (*Cours de Droit Romain*, II § 480) exemplifica com a entrega pelo devedor ao credor de um título pelo qual reconhece a dívida, que já tinha cessado de existir.

Demogue em (*Obligations*, III, 131), exemplifica com a continuação do pagamento do seguro depois de extinto.

4. *conditio ob turpem vel injustam causam* - cabia em Direito Romano para repetir o que se deu por uma causa honesta da parte de quem deu, mas desonesta ou injusta da parte de quem recebeu. Assim, o *accipiens* estava obrigado a restituir o que recebera por causa imoral. No mesmo sentido dispôs o Código Civil alemão. No nosso antigo Direito, as características eram as mesmas do Direito Romano. Como se lê em Teixeira de Freitas: "*Compete a quem honestamente deu*

alguma coisa, por causa torpe ou injusta, contra quem a recebeu; pede que lh'a restitua com seus acessórios e rendimentos" E continua o grande mestre: "*Se a causa era igualmente torpe ou injusta para quem deu, cessa esta ação"* E como exemplo, o eminente civilista de nosso Direito anterior, lembra a hipótese de alguém dar dinheiro a uma meretriz para que esta ceda o uso de seu corpo. (notas a Correa Telles, na *Doutrina das Ações*, § 97).

5. *conditio furtiva* era a imaginada contra o ladrão.

Antes de adentrarmos no Direito Positivo brasileiro, faremos um rápido estudo de algumas legislações estrangeiras para um melhor esclarecimento da matéria.

2. Legislação comparada

O pagamento indevido foi considerado no Código Civil francês como um quase-contrato e, como tal, capitulado em lugar diverso do pagamento em geral (arts. 1.376 a 1.381). Quase-contrato é uma expressão incorreta com que os modernos procuram traduzir a idéia romana *obligationes quasi ex contractu*.

No Código Civil suíço figura o enriquecimento ilegítimo nos arts. 62 a 67, como causa geradora de obrigações.

O Código Civil alemão nos apresenta a matéria como uma relação especial de direito e não como causa eficiente de obrigações em seus arts. 812 a 822.

O Código Civil italiano cuida do enriquecimento sem causa, nos arts. 2.033 a 2.042, tratando no Título VII - Del pagamento dell'indebito e no Título VIII - Dell'arricchimento senza causa. A orientação do atual Código italiano foi adotar uma concepção eclética; para certas situações toma por base um critério altamente objetivo (*indebitum ex re*); para outras exige o elemento subjetivo (*indebitum ex persona*). O primeiro caracteriza-se quando o *accipiens* auferir um enriquecimento em sentido absoluto, dada a inexistência do débito por exemplo caso de um pagamento haver sido realizado em consequência de um débito nulo. No indébito subjetivo, cumpre ao *solvens* demonstrar a sua incidência em erro, no ato do pagamento, o qual, se considera, subjetivamente indevido, *verbi gratia*, quando quem nada deve, paga a quem é credor tão-só em relação a uma outra pessoa.

3. Direito Positivo brasileiro

O nosso Código Civil seguiu o sistema do Código Civil austríaco, que trata do pagamento de uma dívida inexistente, ao desenvolver a matéria do pagamento das obrigações. Aliás, Teixeira de Freitas, em seu *Esboço* já havia seguido o Código Civil austríaco. O Código Civil brasileiro considera a modalidade do enriquecimento sem causa legítima, que reveste o aspecto do pagamento indevido, subordinado ao título do próprio pagamento. Assim sendo, toda a matéria do pagamento deve subordinar-se ao mesmo título do Código, quer se trate do que se pagou devidamente, quer se trate do indevido, contra o que se insurge o eminente obrigacionista Orozimbo Nonato.

O Código Civil brasileiro não conhece uma doutrina dos quase-contratos, nem considerou o enriquecimento ilícito como figura especial de obrigação.

4. Concepção objetiva e subjetiva do pagamento indevido

Aqui, devemos considerar dois aspectos: a. alguns grupos de legislação o regulam com o caráter objetivo; b. outros lhe dão o aspecto predominantemente subjetivo. Quer isto dizer: enquanto uns tomam o pagamento indevido como se operando *ex re*, caracterizando-se pelo simples fato de se haver pago o indevido, outros, ao contrário, exigem um elemento subjetivo - o *erro* do *solvens*. No Direito Romano, prevalecia o critério subjetivo. Qual a posição assumida pelo nosso Direito Positivo em face da concepção do pagamento indevido?

É evidente a sua inspiração nos princípios romanos. A *conditio in debiti* romana se traduziu no nosso Direito, pela combinação dos arts. 964 e 965 do Código Civil: "*Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir*" (art. 964), mas "*ao que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro*" (art. 965).

Como idéia complementar a lei considera indevido o que se recebeu por "*dívida condicional, antes de cumprida a condição*" (alínea do art. 964 do Código Civil).

Vejamos agora a diferença entre prazo e condição. Para o grande Bevilacqua, em seus *Comentários*, o prazo supõe uma obrigação já existente, apenas o seu cumprimento é demorado por algum tempo. E continua o mestre Clóvis: "*A*

obrigação condicional, porém, ainda não existe. Cumprí-la é dar o que não é devido."

Tratando do que voluntariamente pagou, para mandar provar o erro que viciou a vontade, a lei o faz expressamente pela necessidade de examinar o pagamento em face de sua causa a obrigação a que solve, circunstância que impõe abordar o erro como espécie particular entre os defeitos dos atos jurídicos. O erro impõe que se estude o nexa entre o pagamento e a obrigação pressuposta, e isto caracteriza o indébito.

Baudry Lacantinerie et Barde acham rigorosa a exigência da prova do erro para caracterizar o pagamento indébito, entendendo que a ausência completa de dívida, mesmo natural, importa a presunção de erro (*Traité*, IV, 2.836, I). Do exposto fica claro que a equidade se norteia pela noção do erro para conceituar a *conditio indebiti*, e regular o direito à repetição. Assim entende Demogue em (*Obligation*, III, 107):

"Si tout paiement indu doit donner lieu à répétition, encore faut-il, qu'il n'y ait pas un principe plus fort que le droit à répétition pour s'y opposer"

Desde que para repetir, o art. 965 exige a prova do erro do que voluntariamente pagou o indevido, fica implicitamente dispensado desta prova aquele que involuntariamente pagou: pois lhe assiste o art. 964 que obriga a restituir, todo aquele que recebeu o que lhe não era devido. Assim, se houve coação, deve o legislador negar eficácia a um ato que se consumou na violência, quer seja esta do *accipiens* ou de terceiros. Se o *solvens* foi obrigado a pagar violentamente, sua vontade livre não se manifestou, e por este motivo tem direito à repetição.

Agora, se o *solvens* pagou voluntariamente, o que sabia não dever, entende-se que este ato representa uma *liberalidade*.

Com efeito. A lei ampara o que paga por erro, impedindo dessa maneira e por uma razão de equidade, seu injusto empobrecimento. No mesmo sentido é o pensamento de nossos tribunais, (*Revista dos Tribunais* 218/220):

"Tendo pago voluntariamente, cumpria ao autor provar havê-lo feito por erro"

É possível ainda, que o *solvens* prove o dolo ou a simulação do *accipiens*, que se enquadram dentro dos defeitos dos atos jurídicos, persuadindo-o a

fazer aquele pagamento. Nesses casos, e em outros semelhantes, basta que se verifique o vício como causador do pagamento, para se decretar a anulação do negócio, segundo o princípio geral do art. 147 do Código Civil.

Assim, qualquer que seja o erro, de direito, de fato, escusável ou-não, é ele capaz de levar à repetição do indébito. Alguns autores, em pequeno número, procuraram, porém, excluir o erro de direito como elemento integrante da repetição do indevido, tão-somente obedecendo a um critério provindo do Direito Romano. Este ponto de vista foi contestado por M.I. Carvalho de Mendonça em (*Obrigações*, I, n. 275). Aliás o grande Serpa Lopes em seu *Curso de Direito Civil*, também se manifesta favoravelmente à existência do erro de direito (v. I, n. 277, pp. 434-435). Na verdade, é este o critério seguido predominantemente entre os doutrinadores e nas legislações. Dentro de nossa jurisprudência, podemos citar, (*Revista dos Tribunais* 302/561):

*"Não-só o erro de fato, mas igualmente o de direito,
pode ser invocado como fundamento da conditio
indebiti"*

5. O pagamento indevido que teve por objeto um imóvel

É possível que o pagamento indevido se tenha efetuado pela dação de um imóvel. Fundamentalmente, isto em nada muda os princípios dos arts. 964 e 965 do Código Civil. Assim, o *solvens*, que transferiu ao *accipiens* imóvel em pagamento indevido, pode conseguí-lo de volta, se provar que pagou por erro. *Solvens* e *accipiens* voltam ao estado anterior em que se encontravam, desfazendo-se em consequência o negócio.

Aqui temos duas hipóteses a considerar:

1. Se o *accipiens* agiu sem malícia e recebeu o pagamento acreditando ser o mesmo devido é tratado como possuidor de boa-fé. Isto significa que: a. tem direito aos frutos percebidos; b. não-responde pela deterioração ou perda da coisa, a que não deu causa; c. recebe indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, podendo levantar as voluptuárias; d. cabe-lhe direito de retenção pelo valor daquelas.

2. Se o *accipiens* agiu com malícia, responde pelos danos causados, como possuidor de má-fé.

Essas hipóteses se encontram reguladas pelo Código Civil, em seus arts. 510 a 519 e 966.

Contudo, pode acontecer que, tendo recebido um imóvel em pagamento, o *accipiens* o tenha alienado, a título oneroso ou gratuito, a terceiro de boa-fé ou má-fé. Nesse caso, qual é a solução dada pela lei?

a. *pagamento indevido, efetuado pela dação de um imóvel, a seguir alienado a título oneroso pelo accipiens, estando todas as partes de boa-fé* Nessa hipótese, não defere a lei ao *solvens*, o direito de reivindicar a coisa. Pelo contrário, compete-lhe absorver o prejuízo, só lhe restando a prerrogativa da ação regressiva contra o *accipiens*. A responsabilidade do alienante pela entrega do preço que recebeu se justifica, pois, do contrário, estaria a se locupletar ilicitamente. Seria, em resumo, um enriquecimento sem causa.

Aliás Silvio Rodrigues em seu *Direito Civil*, (v. 2), com sua habitual clareza e precisão assim entende:

"Há dois interesses colidentes em jogo. De um lado, o interesse do solvens que, havendo transferido por erro o domínio de certo bem, procura reintegrá-lo em seu patrimônio, de onde, aliás, não devia ter saído. De outro lado, encontra-se o interesse do terceiro de boa-fé, que havendo adquirido o imóvel de quem aparentemente era seu dono, agiu como agiria o prudente pai de família, sendo induzido ao negócio por circunstâncias que induziriam qualquer pessoa."

E mais adiante na mesma obra continua o mestre:

"Qual dos dois interesses merecerá a proteção da lei? Evidentemente o do terceiro de boa-fé, que nada tendo a se censurar, que não havendo nem sequer indiretamente colaborado para aquela situação de fato, se encontraria, caso contrário, na iminência de sofrer um prejuízo inteiramente injustificado. A solução da lei atua no sentido de reforçar a confiança nas relações negociais, que se querer firmes e estáveis"

Clóvis Bevilacqua diz em seus *Comentários* que a doutrina do Código Civil brasileiro neste art. 968, não foi a mais justa. Ainda Bevilacqua em seu *Direito das Obrigações* (§ 41, p. 159, 2ª edição) escreveu:

"Havendo o accipiente, de boa-fé, alienado o imóvel, que lhe foi dado em pagamento indevido, terá o solvente direito de reivindicá-lo do poder de quem quer que o detenha. É uma consequência rigorosa dos princípios, porque a propriedade se não extinguiu com o estabelecimento da obrigação putativa"

Como vimos, Clóvis ressaltou e com ênfase o direito de seqüela, que deve sempre a nosso ver, ser protegido pelo Direito.

A questão não é pacífica. O professor Washington de Barros Monteiro em seu precioso *Curso de Direito Civil (Direito das Obrigações - 1ª parte, p. 278, 9ª edição)* assim entende:

"Segundo pensamos, o citado art. 968, aplica-se exclusivamente à hipótese de pagamento indevido, não podendo estendê-lo às aquisições a non domino, a título oneroso, ainda que de boa-fé o terceiro adquirente. Nessa hipótese, o verdadeiro proprietário tem direito à reivindicação, e não apenas a ação de indenização contra o alienante. Mas essa questão continua sendo ainda das mais controvertidas em nosso direito"

Em sentido contrário a Barros Monteiro, encontra-se Serpa Lopes, que em seu *Curso de Direito Civil*, (v. 5, p. 119), em nota de rodapé n. 32, assim expõe:

"Quanto ao nosso ponto de vista em torno desse problema e já exposto no Tratado dos Registros Públicos (v. 1º, p. 48), cumpre-nos esclarecer que o que ali deixamos dito foi que o art. 968 igualmente para nós era circunscrito às aquisições feitas por força de um pagamento indevido sem qualquer conexão com o problema da aquisição a non domino. A referência ali feita ao art. 968 foi para que o seu texto servisse de adminículo à tese do valor probante do Registro

imobiliário, suprindo as deficiências dos dispositivos legais concernentes à matéria. Tal foi o nosso pensamento fundamental nesse assunto. Com o defendermos uma aplicação analógica de modo nenhum quer dizer que sustentássemos uma extensão do preceito às aquisições a non domino, de modo que o supracitado dispositivo continua para nós com o mesmo aspecto e finalidade com que foi inserto no Código Civil"

b. *alienação a título gratuito e de boa-fé, pelo accipiens, do imóvel recebido indevidamente* - Neste caso o conflito entre o interesse do terceiro adquirente e o do *solvens* se propõe em termos diversos, porque, enquanto o *solvens* procura evitar um prejuízo, o terceiro procura alcançar um lucro, isto é, quer obter um aumento de seu patrimônio.

Neste particular é procedente a lição de Jorge Americano em sua preciosa monografia *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa* (Livreria Acadêmica, 1933) à p. 28:

"Em tal hipótese, como sucede em relação à ação pauliana, compara a situação do solvens que empobrece, com a do terceiro que enriquece a título gratuito, e manda reduzir-se o patrimônio 'in quantum locupletior factus', (art. 968, § único). Não inquire-se o adquirente estava de boa ou de má-fé. Anula a aquisição em homenagem ao princípio universal de equidade que prefere o que 'certat de damno vitando' ao 'que certat de lucro captando'. A situação do adquirente em boa-fé a título gratuito comparada ao solvens indebiti revela uma superioridade iníqua daquele sobre este, de modo que a equidade intervém no sentido da fórmula do Código Civil português.

Tanto o adquirente em boa-fé exerce o próprio direito quando adquire a título gratuito, como o exerce o solvens indebiti quando restaura a situação patrimonial empobrecida pelo pagamento indevido; mas o primeiro procura interesses quando adquire a título gratuito, ao

passo que o segundo apenas evita prejuízos, quando reivindicada." (grifos nossos)

Com efeito. Concordamos com Jorge Americano nessa sua interpretação, e podemos dizer ainda que foi feliz o legislador ao determinar essa norma no § único do art. 968 do Código Civil. Assim, ao mesmo tempo que a lei não-permite ação reivindicatória contra o adquirente de boa-fé, e a título oneroso, ela a defere contra o adquirente a título gratuito, ainda que imbuído de boa-fé.

A doutrina é unânime neste aspecto. Orlando Gomes em suas *Obrigações*, (3ª edição, p. 288) assim se expressa:

"Na hipótese de ter alienado o imóvel, de boa ou de má-fé a título gratuito, fica obrigado, na ação de tutela da propriedade, a assistir a quem entregou por erro de pagamento, seja na de retificação do registro, seja na de reivindicação. Não importa que o terceiro adquirente tenha procedido de boa-fé. Em qualquer circunstância, a gratuidade da alienação justifica a ação do proprietário verdadeiro em defesa do seu direito real. Não é válida, por outras palavras, a alienação 'a non domino', a título gratuito"

c. *alienação pelo accipiens, a título oneroso, a terceiro de má-fé, do imóvel recebido indevidamente* Também nessa hipótese, é permitida a reivindicação do imóvel, quando o terceiro adquirente agiu de má-fé. É perfeitamente compreensível que o adquirente sofra a perda da propriedade, eis que lhe falta a justificativa da boa-fé. Aliás, não há razão alguma para que a lei proteja seu interesse dada a torpeza de seu proceder.

Se o *accipiens* agiu de má-fé uma dupla solução se apresenta, conforme tenha ou não o terceiro agido de boa-fé. Se o *accipiens* e o terceiro agiram de má-fé, o *solvens* também pode reivindicar o imóvel. No entanto, se o *accipiens* estava de má-fé e o terceiro adquirente imbuído de boa-fé, em respeito a este último a lei determina que o negócio deve ser mantido.

Pela leitura do *caput* do art. 968, pode-se concluir que, a lei não dando a prerrogativa de reivindicação a quem pagou indevidamente, confere-lhe o direito de pleitear de quem torpemente recebeu o pagamento, não-somente o preço recebido, mas também as perdas e danos pela alienação do imóvel.

6. Retenção do pagamento indevido

Como diz o professor Caio Mário da Silva Pereira em suas *Instituições de Direito Civil*, (v. II, 3ª edição, p. 252), "*nem sempre, porém, o pagamento indevido é repetível. A lei atende a razão de equidade e é que inspira a restituição. Portanto, onde falta este fundamento, descabe a repetitio*" E continua o eminente civilista: "*às vezes a equidade mesma é que alicerça a obrigação do solvens; outras vezes é a sua conduta que ressaí incompatível com qualquer proteção, e por isto a repele; outras ainda é a situação jurídica do accipiens que a desaconselha.*"

O art. 969 do Código Civil em sua primeira parte assim dispõe:

"Fica isento de restituir pagamento indevido aquele que, recebendo-o por conta de dívida verdadeira, inutilizou o título, deixou prescrever a ação, ou abriu mão das garantias, que asseguravam seu direito"

Na sua segunda parte, assim reza o artigo: "*mas o que pagou, dispõe de ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador*"

Interpretando o artigo, podemos dizer que o credor ao receber pagamento de outra pessoa, que não seu devedor, o fez por conta de dívida verdadeira e inutilizou o título que a representava, não pode ser compelido a repetir. Em outras palavras, não precisa devolver o pagamento. Na verdade, recebeu o indevido, pois quem pagou nada lhe devia.

Inutilizando o título, privou-se o *accipiens* da prova de exercer o seu direito, perdendo, quiçá, a possibilidade de o fazer valer contra o verdadeiro devedor. Entre o interesse do *solvens*, que pagou por erro e o do *accipiens*, cujo comportamento não deve ser condenado, preferiu a lei defender os interesses do último, permitindo-lhe conservar o que recebeu.

Para a hipótese de prescrição ou de perecimento das garantias a solução se apóia no mesmo argumento. Por conseguinte, se extintas as garantias da dívida, ou após consumada a prescrição, o *solvens* demonstra ser indevido o pagamento, não é mais devida a repetição.

Mas, como não seria justo que se prejudicasse o *solvens*, a lei lhe confere ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador, para haver de volta a importância que dispendeu, ou ressarcir-se dos prejuízos sofridos. Esta ação é de *in*

rem verso, pois independe de qualquer relação entre as partes e se estriba no enriquecimento indevido do réu.

Nesse particular o Código Civil italiano ampara melhor o *solvens*, pois lhe concede sub-rogação nos direitos do accipiens, em seu art. 2.036, segunda parte, quando diz:

"Quando la ripetizione non è ammessa, colui che ha pagato subentra nei diritti del creditore"

Vejamos agora, o art. 970 do Código Civil. Este dispositivo assim é disposto:

"Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação natural"

O Código Civil neste artigo seguiu a orientação de outras legislações como, por exemplo, o art. 1.235 do Código Civil francês, que assim reza:

"Tout payement suppose une dette: ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées."

Obrigação natural É aquela desprovida de sanção, pois o devedor cumpre se quiser. Caracteriza-se por ser suscetível de execução voluntária somente, sem que possa o devedor ser forçado a cumpri-la judicialmente.

Lacerda de Almeida, o grande civilista pátrio, em sua obra *Obrigações*, de 1897, à p. 7 assim entende:

"Segundo a sua maior ou menor eficácia classificam-se as obrigações naturais em duas grandes categorias, dependendo a maior ou menor eficácia delas de ser o fato donde se originam tolerado ou reprovado pela lei civil. As obrigações fundadas em causa legalmente reprovada só tem um efeito - impedirem a repetição a título de indébito (repetitio indebiti) e garantirem consequentemente a retenção do pagamento recebido (soluti retentio). As obrigações ao contrário que

assentam em causa tolerada são suscetíveis de todos os efeitos jurídicos, menos o direito de ação."

Sílvio Rodrigues, em seu *Direito Civil*, v. 2, à p. 203, nas notas n. 201, transcreve a opinião de Colin e Capitant em "Cours". II, p. 64:

"A obrigação natural é uma obrigação despida de sanção. O credor não pode executar o devedor. Este último fica, portanto, livre de cumpri-la ou não; é negócio entre ele e sua consciência. Apenas, uma vez que ele voluntariamente reconheceu a existência de sua obrigação, ela se transforma em obrigação civil perfeita e, desde então, o pagamento que faz ao credor é válido e não pode ser repetido"

A obrigação natural trata-se evidentemente, de um instituto *sui-generis*, mais aceito dentro da moral do que propriamente no direito.

O Código Civil não-incluiu a dívida prescrita entre as obrigações naturais, tanto que diferencia uma da outra, no art. 970.

Bevilacqua, em seus *Comentários* a esse artigo entende ser incabível a distinção, e assim se expressa:

"Denomina-se obrigações naturais as que não conferem direito de exigir o seu cumprimento, as desprovidas de ação, como: as prescritas, as de jogo e apostas, em geral, as que consistem no cumprimento de um dever moral"

Mazeaud, Mazeaud e Mazeaud em suas *Leçons de Droit Civil Premier Volume Obligations Théorie Générale* - Tome Deuxième, p. 703 assim entendem:

"L'obligation naturelle n'est pas susceptible d'exécution forcée, mais elle existe et constitue la cause valable d'un paiement. Le paiement d'une obligation naturelle n'est donc pas un paiement de l'indu, et ne permet pas au solvens de réclamer la restitution".

O Anteprojeto do professor Caio Mário da Silva Pereira desprezou a expressão *obrigação natural*, assim dispondo o art. 145 desse Anteprojeto:

"Não se pode repetir o pagamento feito para solver dívida prescrita ou obrigação judicialmente inexigível"

Concluindo, quem paga obrigação natural não-pratica uma liberalidade, mas cumpre dever a que, em seu foro interior, se achava preso.

Finalmente, para encerrarmos essa exposição sobre o pagamento indevido, vamos analisar o art. 971 do Código Civil.

Dispõe esse artigo *in verbis*:

"Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei"

Portanto, se o pagamento se efetuou com o escopo de alcançar fim ilícito ou imoral, não tem o *solvens* direito de repeti-lo.

O Código Civil italiano focaliza a matéria em seu art. 2.035, que assim reza:

"Chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato."

É a aplicação do princípio "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", isto é, ninguém pode ser ouvido alegando a sua própria torpeza.

Os irmãos Mazeud, na obra citada, à p. 704, assim se manifesta sobre a regra *nemo auditur*:

"Nul n'est écouté lorsqu'il se prévaut de son immoralité. La personne qui a passé un contrat immoral, donc nul, et qui a exécuté sa prestation, ne peut réclamer la restitution; lui permettre de demander la répétition de l'indu, serait lui permettre de se prévaloir de sa propre immoralité: in pari causa turpitudinis cessat repetitio. Les tribunaux font jouere cette règle dans les matières ayant trait à la morale sexuelle, particulièrement quant aux contrats portant sur les maisons de tolérance"

Os princípios que genericamente dão lugar à *conditio ob turpem causam*, aplicam-se à espécie de jogo e da aposta (art. 1.477 do Código Civil). Embora se possa negar a causa do jogo ou aposta seja propriamente torpe, força é convir em que seja injurídica, e portanto injusta. Assim, na expressão de Ferrara em seu *Negocio Illecito*, n. 122, edição de 1914, que "*aliás considera o jogo causa torpe, a prestação voluntária de quem se encontrava em uma relação de débito, ética ou socialmente reconhecida, vale como pagamento*"

Como já mencionamos anteriormente, Bevilacqua, em seus *Comentários*, considera o jogo como espécie de obrigação natural.

Podemos dizer que o princípio do repúdio ao dolo tanto como o da simples equidade, impõe esta consequência do art. 971 do Código Civil. Nosso Código, não encarou o problema da regra "*nemo auditur*" expressamente em seu texto, como o fizeram outros alienígenas, por exemplo, o suíço das Obrigações, o alemão e o austríaco. Contudo, em algumas de suas disposições parece ter consagrado a parêmia latina, como nas hipóteses dos arts. 97 (dolo), 104 (simulação) e 971 que acabamos de analisar.

7 O pagamento indevido no projeto de Código Civil

No projeto do professor Miguel Reale, o pagamento indevido é tratado nos arts. 878 a 885. Se fizermos uma comparação entre o Código vigente e o Projeto, iremos verificar que este seguiu as normas e diretrizes daquele, mudando muito pouco ou quase nada as disposições dos artigos.

Com efeito. Chega-se à conclusão de que o legislador de 1916 agiu com muita cautela ao elaborar os artigos referentes ao pagamento indevido, adotando a concepção subjetiva do Direito Romano, no que foi seguido pelo Projeto, ora em discussão na capital da República, e que por isso merece nosso aplauso.

8. Considerações finais

Se nosso Código Civil não dispôs expressamente sobre o enriquecimento sem causa, apesar de tê-lo feito implicitamente, como nos casos dos

arts. 513, 515, 541, 613, 964, 1.332, 1.339, dentre outros, nosso Projeto do professor Reale, consagrou a matéria em seus arts. 886 a 888.

Assim dispõe o art. 886 do Projeto: "*Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.*"

Parágrafo único - "*Se o enriquecimento tiver por objeto uma coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la. Se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido*"

Entendemos procedente a disposição expressa do enriquecimento sem causa dentro de nossa lei civil, pois, assim, não ficaremos adstritos às interpretações dos doutrinadores e da jurisprudência sobre tão-discutida matéria.

Aliás, o professor Agostinho Alvim, num magnífico artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 259, p. 3 e ss., assim se expressava:

"Por outro lado, é inquestionável que a condenação do enriquecimento injustificado é princípio geral de direito, porque, com maior ou menor extensão, ela tem sido recomendada por todos os sistemas, no tempo e no espaço"

Finalmente, para terminar, vamos transcrever a oportuna lição de Orlando Gomes, em suas *Obrigações*, 3ª edição, 1972, no que diz respeito ao enriquecimento ilícito. Diz o mestre à p. 289 de sua obra brilhante:

"Há enriquecimento ilícito quando alguém, a expensas de outrem, obtém vantagem patrimonial sem causa, isto é, sem que a tal vantagem se funde em dispositivo de lei ou em negócio jurídico anterior. São necessários os seguintes elementos: a. o enriquecimento de alguém; b. o empobrecimento de outrem; c. o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; d. a falta de causa injusta"

Como se pode notar, o enriquecimento sem causa está intimamente ligado ao instituto do pagamento indevido e o Projeto veio suprir uma lacuna existente na lei. Ficaremos, pois, na expectativa de que um dia o enriquecimento sem

causa passe a fazer parte integrante de nosso Código Civil, para dar mais proteção e estabilidade no Direito das Obrigações.

São Paulo, janeiro de 1998.

9. Bibliografia

- ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*, Livraria Cruz Coutinho, 1897.
- ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. Artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 259.
- AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*. Livraria Acadêmica, 1933.
- AUBRY et RAU. *Cours de Droit Civil Français*, 4 e 5 me. éd. Marchal, Paris, 1917.
- BAUDRY Lacantinerie et Barde. *Tratt. Teor. prat. di Diritto Civile, delle Obbligazioni*, Vallardi, Milano, 1915.
- BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 8ª edição, Livraria Francisco Alves, v. IV, 1950.
- _____ *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Livraria Francisco Alves, 1950.
- BRECCIA, Umberto. "La buona fede nel pagamento dell'indebito" artigo publicado na *Rivista di Diritto Civile*, Parte Prima, Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, anno XX, 1974.
- COLIN et CAPITANT. *Cours Elém. de Droit Civil Français*, Paris, Dalloz, 1935.
- DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en Général*, Paris, Rousseau, 1923.
- FERREIRA, José G. Valle. *Enriquecimento sem causa*, Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1949.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*, 3ª edição, Editora Forense, 1972.
- LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, v. V, 1961.
- MAZEAUD, Henri, Léon & Jean. *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Cinquième Édition, Premier Volume Obligations, Théorie Générale, Paris, Éditions Montchrestien, 1973.
- MENDONÇA, Manuel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e Prática das Obrigações*, 4ª edição, Revista Forense, 1956.

- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 4º v., Direito das Obrigações, 1ª parte, 9ª edição, Saraiva, 1973.
- NONATO, Orozimbo. *Curso de Obrigações*, Rio de Janeiro, Editora Forense.
- PEREIRA, Caio Mário Silva. "Instituições de Direito Civil", v. II, *Teoria Geral das Obrigações*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1972.
- RÁO, Vicente. Parecer publicado na *Revista Forense*, v. 183, maio/junho, 1959.
- RESCIGNO, Pietro. "Ripetizione dell'indebito", verbato publicado no *Novissimo Digesto Italiano*, v. XV, Torino, Utet, 1968.
- _____. "In pari causa turpitudinis", artigo publicado na *Rivista di Diritto Civile*, Parte seconda, Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1966, anno XII.
- RIPERT et TEISSEIRE. "Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en Droit Civil français", *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1904.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, 2º v., Das obrigações, 2ª edição, Editor Max Limonad, 1965.
- RUSCHEL, Carlos Maria. "Da repetição do indébito no enriquecimento ilegítimo" *Revista Jurídica*, v. 1, ano I, jan/fev., 1953.
- WETTER, Van. *Cours de Droit Romain*, II, § 480, 2ª edição, 1876.

DIREITO AGRÁRIO

MÉTODO E CONTEÚDO DO DIREITO AGRÁRIO*

Fábio Maria De-Mattia

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

Resumo:

O estudo tem por objeto aspectos relevantes da teoria geral do Direito Agrário. O primeiro deles diz respeito às várias "orientações" que se estruturaram no estudo do método do Direito Agrário. O segundo diz respeito à sua especificidade. O Direito Agrário ao relacionar-se com outras disciplinas jurídicas especializou-se, gerando sub-ramos: o Direito Contratual Agrário, o Direito Fundiário Agrário, o Direito Industrial Agrário (patentes vegetais), o Direito Internacional Agrário, o Direito Empresarial Agrário (a empresa e o estabelecimento). Adota-se a individualização do Direito Agrário por meio de seus institutos. Aborda, ainda, a concepção "pura" do Direito Agrário e as concepções alternativas, por exemplo, abrangendo a interligação Direito Ambiental – Direito Agrário.

Abstract:

The study has for object important aspects of the general theory of the Agrarian Right. The first of them concerns the several "orientations" that were structured in the study of the method of the Agrarian Right. The second concerns your specificity. The Agrarian Right when linking with other juridical disciplines specialized generating sub-branches: the Agrarian Contractual Right, the Right Agrarian, the Agrarian Environmental Right, the Agrarian Hereditary Right, the Agrarian Industrial Right (the company and the establishment). The individualization of the Agrarian Right is adopted through your institutes. Approaches, still, the pure "conception" of the Agrarian Right and the alternative conceptions, for instance, embracing the interligation Environmental Right – Agrarian Right.

Unitermos: teoria geral do Direito Agrário; sub-ramos do Direito Agrário.

* Este trabalho é dedicado ao professor doutor Antonio Junqueira de Azevedo, mestre e amigo dileto que em sendo dinâmico e eficiente Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, foi criada e instituída uma vaga para professor titular na área de Direito Agrário.

Sumário:

Introdução

1. Parte introdutória.
2. História da ciência do Direito Agrário sob o ponto de vista do método.

O Método

1. Opções do método.
2. A individuação do Direito Agrário por meio dos seus institutos.
3. O processo de "constitucionalização do Direito Agrário"
4. A concepção "pura" do Direito Agrário e as concepções alternativas.
5. A concepção agrobiológica como investida metodológica: discussão.

O Objeto ou Conteúdo

1. As teorias pessimistas sobre o objeto.
2. Sobre a formulação do objeto em termos subjetivos ou em termos objetivos.
3. Determinação em positivo sobre o objeto.

Conclusões

Bibliografia

O estudo da ciência do Direito Agrário tendo como preocupação questões de método e do conteúdo ou objeto deve ser antecedido pela análise de três aspectos: 1. se existe uma ciência do Direito Agrário; 2. a questão epistemológica; 3. história da ciência do Direito Agrário sob o ponto de vista do método.¹

Introdução

I. Parte introdutória

a. Se existe uma Ciência do Direito Agrário

A resposta afirmativa estará dada, na verdade, quando se cuida da autonomia do Direito Agrário em sentido científico, sendo certo que a cientificidade da matéria é um dos pressupostos da observada autonomia (no plano científico,

1. Carozza, Antonio. *"Lezioni di Diritto Agrario"*, *"I Elementi di Teoria Generale"*, Milano, Giuffrè Editore, 1988, p. 73.

precisamente, além dos planos didático e legislativo).²

Neste sentido, verificará o estudioso a matéria conforme se delinee a questão da ocorrência de um tratamento legislativo autônomo (autonomia legislativa) ou que se trate da oportunidade de um ensinamento distinto para o Direito Agrário (autonomia didática) ou que se discuta por fim a autonomia do ramo do estudo científico, que diz respeito à nossa matéria (autonomia científica).

Mas nem todos os estudiosos da matéria parecem convictos de tal asserção, vez que ainda se indaga se é possível admitir uma ciência que procura, continuamente, o seu conteúdo, seus objetos, que, enfim, está hoje, como ontem, "*à procura de si mesma*"

Carlo Alberto Graziani ao explicitar tal indagação opina que a doutrina agrária moderna não se refere, presentemente, a um Direito Agrário, mas a múltiplos direitos agrários, tantos quantos sejam os subsetores que, gradualmente, vão sendo identificados. Neste sentido, os subsetores se podem classificar procedendo-se à distinções verticais: 1. subsetor contratual; 2. reforma fundiária; 3. sanitário veterinário; 4. zootécnico; 5. hereditário; 6. patentes vegetais. Mas as distinções dos subsetores podem ser horizontais: 1. o setor administrativo; 2. processual; 3. securitário previdenciário; 4. trabalho; 5. industrial; 6. penal; outros ainda.

O mesmo autor aponta que, justamente, a exigência em especificar subsetores diversos comprovaria inequivocamente que "*a discussão concerne não a uma ciência, mas-somente a um fenômeno do mundo real e pois um setor da economia, precisamente, o setor primário - que incide sobre ramos jurídicos múltiplos (direito civil, processual, administrativo, comunitário, do trabalho, etc.) dotados de princípios próprios os quais aplicam-se onde a lei especial, como freqüentemente acontece, não introduz exceções para o setor agrícola*"³

Graziani conclui que as exceções introduzidas pelo legislador, tendo presente a especificidade do fenômeno agrícola, não-bastam para compor uma lista de princípios sobre a qual fundamentar uma ciência do Direito Agrário verdadeira e própria.⁴

Paolo Grossi, partindo das considerações elaboradas por Carlo Alberto

2. *Id.*, *ibid.*, p. 73.

3. Carrozza, Antonio, *ob. cit.*, p. 73.

4. *Id.*, *ibid.* p. 74.

Graziani, salientou em sede de réplica, considerada por Antonio Carrozza de muito eficaz, "*que a ciência é mais posição do que solução de problemas, é procura da verdade, é um itinerário orientado teleologicamente, é um movimento, para uma meta que sempre transcende; ciência nunca é conquista definitiva, e nem mesmo um conjunto de certezas imóveis*"

Grossi prossegue: "*Se o Direito Agrário neste momento nos parece ainda a procura de sua face completa, por causa do transformar-se rápido e incandescente em que adentrou, se nos parece inchado de complexão sem podê-lo transformar em arquiteturas dogmáticas assentadas, disto não extrairéi conseqüências negativas quanto à sua cientificidade*"

Este enfoque do ilustre historiador e estudioso do Direito Agrário que Antonio Carrozza ratifica consente em encerrar também a controvérsia sobre a existência de uma ciência do Direito Agrário.⁵

Poder-se-á dizer tratar-se de ciência jovem e pobre (e o é de homens, de meios e talvez de idéias), ou algo que se queira dizer, mas seu "existir" está pois provado, e com argumentação no fundo assaz elementar sob o ponto de vista filosófico, enquanto nos remete ao cartesiano *cogito ergo sum*.⁶

Escusado dizer, o existir de uma ciência específica do Direito Agrário não significa que seja fácil exercitá-la. As dificuldades são múltiplas: 1. não existe, como respaldo, uma história geral do pensamento inerente ao direito da agricultura; 2. não existe o hábito de agregar elementos de uma teoria geral a partir dos sujeitos particulares da pesquisa ou 3. mesmo somente uma parte geral que se antepõe às partes especiais (e toda ciência pode aparecer "acéfala", enquanto resulte desguarnecida de uma verdadeira teoria geral);⁷ "*inexiste mesmo unanimidade quanto à uma definição da matéria*"

Ainda fato mais grave que a doutrina "*especial*" do Direito Agrário, "*em crise desde sua gestação*" tenha vivido atormentada pela necessidade de alcançar acordo sobre os limites dos assuntos a serem tratados.

Esta última reflexão introduz o assunto que segue, dedicado ao mais incitante dos problemas modernos de teoria geral: o problema do objeto.⁸

5. *Id.*, *ibid.*, p. 74.

6. *Id.*, *ibid.*, p. 74.

7. *Id.*, *ibid.*, p. 74.

8. *Id.*, *ibid.*, p. 75.

b. A questão epistemológica

Desde que se admita que problema de ciência jurídica é essencialmente um problema de relações entre objeto e método, é necessário estudar a questão epistemológica mais importante: a clarificação do método e do objeto do Direito.

Método e objeto é um binômio que é inoportuno decompor, se é verdade que o objeto de uma ciência não é uma variável, independente do método empregado para o determinar; do mesmo modo o estudo do objeto não é uma variável (completamente) independente do sistema de Direito Positivo, onde o expositor se insere e opera.

Quanto ao objeto, cada época propõe uma graduação diferente dos problemas científicos.

Anteriormente cuidou-se do problema da autonomia, superada a preocupação com tal aspecto, presentemente, é a vez do objeto.

É necessário reconhecer primeiramente o caráter de complexidade de exposição sobre este tema, caráter que explica a dificuldade admitida e muitas vezes lembrada quanto a fixar os limites claros e estáveis do Direito Agrário como conjunto de normas, como normação, e reflexamente a este Direito como ciência, ainda que seja licito confiar na estabilidade frente à realidade das metamorfoses contínuas de tal objeto sempre na lição de Antonio Carrozza.

Neste sentido apresenta-se a afirmação de Mario Longo, na qual com razão considera que, pelo fato da especialização da matéria compreendida pelo Direito Agrário resultar útil e não-danosa ao progredir da ciência, essa deve manter a visão geral do ordenamento jurídico e deve se dirigir à formação de ramos, os mais orgânicos e unitários possíveis. Por isto que, para este autor, o verdadeiro problema de elaboração do Direito Agrário, longe de ser o da autonomia, é aquele da organicidade e unidade da disciplina.⁹

Para Antonio Carrozza logo em seguida deve-se recordar que, se se confia no caráter de organicidade do Direito Agrário, peculiar em um Direito que se auto-reproduz em múltiplas direções (os subsetores de que, em outro sentido, escreve Graziani), e que encontra em si mesmo a capacidade de se completar, não há

9. Longo, Mario. "*Profili di Diritto Agrario Italiano*", 1ª edição, Torino, Editrice G. Giappichelli, 1951, p. 24.

por que se admirar ao ver este objeto crescer e se dilatar e com isso se alargar o horizonte dos interesses dos cultores da matéria.

Talvez seja oportuno renovar a advertência de não-confundir o que distingue o Direito Agrário como conjunto de "regulae legis" da ciência do Direito Agrário como conjunto de conceitos e de instrumentos conceituais: na verdade o perigo de semelhante confusão de planos é constante e quase inadvertido, quando se fala de objetos e de conteúdos.¹⁰

Se a afirmação não-soasse tão-peremptória asseveraríamos, com efeito, também mantendo os dois planos distintos, os quais em tema de objeto ou de conteúdo se interseccionam, no sentido que em substância o objeto da ciência do Direito Agrário é o próprio Direito Agrário, como norma, enquanto o Direito Agrário tem por objeto a agricultura, focalizada em primeiro lugar como atividade produtiva centrada, em primeiro lugar, no fenômeno da criação e, em segundo lugar, como conjunto de atividades e de relações que formam num certo sentido o território circunstante àquele fenômeno.

À essência da agricultura admitida como criação de animais ou vegetais, é necessário atentar para os aspectos remanescentes do objeto.

Há ainda um preconceito a afastar, vez que, no campo de nossos estudos, radicou-se a convicção de que os limites dentro dos quais a atividade do agricultor é relevante para o ordenamento jurídico sejam fixados por lei em termos vinculantes e, *rebus sic stantibus*, imodificáveis.¹¹

Na realidade, a demonstração de que o regime jurídico da agricultura deve ser construído de um certo modo integra a tarefa que cabe à doutrina, analogamente ao exercício de uma crítica vigilante com relação às disfunções admoestatórias no Direito Positivo, tendo presente o fato que o produto legislativo não pode ser senão o resultado de compromissos penosos e precários entre as ideologias político-sociais contrapostas: e os compromissos dos políticos, sabe-se, envolvem quase fatalmente o sacrifício da pureza lógica do sistema e crescem a confusão e a impropriedade da linguagem normativa.¹²

O conhecimento e a avaliação dos fatores de especificação do Direito Agrário integram a bagagem cultural do agrarista teórico e é sua tarefa denunciar as

10. Carrozza, Antonio. *op. cit.*, p. 75.

11. *Id.*, *ibid.*, pp. 75 e 76.

12. *Id.*, *ibid.*, p. 76.

situações em que o ordenamento posto deixar a desejar quanto à adequação à causa, ao raciocínio da especialidade, o que, muitas vezes, consubstancia um desvio da norma do objeto típico do Direito Agrário, do qual falta um conhecimento demonstrado.

Enfim devemos, sempre, mover-nos da premissa que o direito autêntico da agricultura ainda não se efetivou de modo apto e integralmente no espaço que lhe reserva a delimitação do objeto.

Não resta senão confiar na função propulsora e crítica da ciência do Direito.¹³

2. História da ciência do Direito Agrário sob o ponto de vista do método.

Na investida ao objeto do Direito Agrário devem ser examinados os "caminhos nacionais do Direito Agrário" ou seja, as notas distintivas mais relevantes do "estilo francês" e do "estilo italiano"

São duas vertentes que partem de uma encruzilhada comum, o Código Napoleão, mas que divergem, hoje, claramente e em certo sentido são emblemáticas de duas posições metodológicas diversas e mesmo opostas, ambas profícuas.

Destaque-se como exemplo, nesta perspectiva de distinção das escolas francesa e italiana, as verificações de Alberto Germanó e Eva Rook Basile, que se referem à unificação legislativa, sob a categoria unitária da empresa, da atividade agrícola com aquelas comerciais e industriais operadas na Itália pelo Código de 1942 - que não chegou a ocorrer na França. Não há dúvida sobre a conveniência de servir-nos do conceito de empresa e de tudo que a esta idéia se submete quando se examina o Direito francês do exercício da atividade econômica de produção agrícola. Todavia deve-se ter clara a noção de que entre *entreprise* (comercial) e *exploitation* (agrícola) são suscitadas diferenças de Direito Positivo muito mais profundas do que aquelas que surgem entre as empresas agrícola (art. 2.135 do Código Civil italiano) e empresa comercial (art. 2.195 do mesmo diploma), coligadas na unidade da noção legislativa de empresa (art. 2.082).¹⁴

A propósito falou-se, com imagem brilhante, em uma contraposição do

13. *Id.*, *ibid.*, p. 77.

14. Germanó, Alberto, e Basile, Eva Rook. *Lineamenti di Diritto Agrario Francese*, Milano. 1ª edição, Dott. A. Giuffrè Editore, p. 15.

mos gallicus ao *mos italicus* (que é, pois, parente do *mos hispanicus* e hispano-americano).

Seria porém um erro imaginar o *mos italicus* como um fenômeno científico-cultural compacto, em todas as suas manifestações unido e disciplinado; ele, ao contrário, também apresenta uma composição bastante variada, devido ao temperamento diverso dos estudiosos principalmente representativos (aqueles que poderemos denominar, se não fossem tão-poucos, os autores "clássicos" do Direito Agrário) mais do que a uma propensão ciente e marcada para um método ao invés de para outro.¹⁵

Mas significa lei, regulamento, qualidade, estado.

Ao se procurar a chave para a melhor compreensão da historiografia do Direito Agrário, também, deve ser apontado que as posições metodológicas, que caracterizam na sua origem "as duas escolas" italianas do Direito Agrário, com o tempo, com a contribuição do pensamento dos herdeiros de ambas escolas, as duas posições metodológicas confluíram para um estilo interpretativo e construtivo bastante homogêneo, sinalizado apenas por "*endereços diversos*" conforme a leitura correta e fria de Agustín Luna Serrano, na observação de Antonio Carrozza.¹⁶

A divisão em duas escolas que marcou os primeiros decênios deve-se aos estudos de Natalino Irti.

Talvez a única voz discordante é a de Carlo Alberto Graziani, como já acenamos, que sustentou com vigor e incontestável coerência uma orientação crítica, que se consubstancia na negação da exeqüibilidade de um Direito Agrário unitário. A este propósito, Antonio Carrozza se refere a uma "concepção atomística" do Direito Agrário, não distante da orientação do *mos gallicus*.¹⁷

Para se traçar o histórico moderno do Direito Agrário, considera-se o nascimento do movimento doutrinário italiano desta disciplina a data de 1922, ano em que se registram dois acontecimentos memoráveis que têm como protagonista a figura relevante e singular do professor Giangastone Bolla: a instituição do primeiro curso oficial dedicado ao Direito Agrário, junto a antiga Faculdade de Ciências Agrárias da Universidade de Pisa justamente ministrado por Bolla e a fundação, por este mesmo professor, da "*Rivista di Diritto Agrario*" que está no septuagésimo

15. Carrozza, Antonio, ob. cit., p. 77.

16. *Id.*, *ibid.*, p. 77.

17. *Id.*, *ibid.*, pp. 77 e 78.

terceiro ano.¹⁸

Contudo, a gestação remonta aos últimos anos do século precedente, quando se torna perceptível um movimento de reflexão substancialmente autônomo do pensamento civilista dominante, até então condicionado pela tradição dos esquemas romanistas, o que obstava uma plena adesão das formas jurídicas à realidade econômico-social.¹⁹

Ressalte-se, contudo, que 1922 assinala o momento da tomada de consciência do novo Direito, figurativamente: o nascimento.²⁰

Para se conhecer o que ocorrera um século antes, é relevante a contribuição de Paolo Grossi que, na avaliação de Antonio Carrozza, "*fixa agudamente o histórico do Direito Agrário*"²¹

Grossi informa que a partir da metade do século XIX havia, na Itália, vários "cursos" de lições e manuais que evocam a "legislação agrária" e a "legislação rural", mas que estes cursos não nos interessam, porque limitam a sua atenção para aquela zona objetivamente definida, que é o conjunto das relações agrárias. Ressalta que o seu método contudo não-difere do exegético do método civilista.

Para os autores italianos da segunda metade do século XIX e início do século XX "*falar-se de autonomia do seu discurso científico é conclusão sem dívida desproporcionada*"

Importante, ao invés, é a análise do momento em que, frente a uma realidade técnica e sócio-econômica tanto própria quanto inerente à agricultura e à sua organização, começa a emergir uma consciência particular de jurista que inclui no seu discurso científico notas de autonomia substancial.²²

Antonio Carrozza relaciona três exemplos notáveis inseridos por partidários de referida autonomia substancial: Francesco Filomusi Guelfi, Giacomo Venezian e Vincenzo Simoncelli. Traça-lhes o perfil como três personalidades dominadas pela insatisfação pelos velhos métodos, atraídos por aquele "real" autêntico, a terra, e que participam do entendimento que no momento em que os

18. *Id., ibid.*, p. 78.

19. *Id., ibid.*, p. 78.

20. *Id., ibid.*, p. 78.

21. *Id., ibid.*, p. 78.

22. *Id., ibid.*, p. 78.

juristas criam uma observação sobre o "real" compreendem a necessidade, a exigência de operar uma variação de método. É o caminho que leva uma nota cultural inconfundível ao Direito como ciência.²³

A "*Rivista di Diritto Agrario*" passa a representar uma mensagem clara e explícita de autonomia.

Então começam a se delinear as duas escolas de Direito Agrário.

A matéria foi objeto de importante estudo de autoria de Natalino Irti que elabora uma reconstrução, apontando a existência de duas escolas: a primeira encabeçada por Ageo Arcangeli (1880-1935), apresenta-se propriamente jurídica, ou seja, sensível ao método civilista; já a segunda escola intitulada Giangastone Bolla (1882-1971) para cujo substrato confluem "*sugestões históricas, critérios econômicos e motivos ideológicos*" que induzem a ressaltar o tecnicismo da agricultura e os setores identificados com a *res frugifera* e, concomitantemente, a reivindicar com vivacidade semelhante e tenácia a autonomia do Direito Agrário, concebido e exaltado como *jus proprium* da agricultura.²⁴

O itinerário científico de Giangastone Bolla se estende desde a denominada idade de ouro do Direito Agrário (o período entre as duas guerras) até nossos dias.²⁵

Natalino Irti ressaltou que "*o sistema legislativo, não oferecendo espaço para um significado autônomo de atividade agrícola, impeliu Bolla e a escola florentina além dos limites rigorosos da indagação jurídica: justamente no campo das estruturas técnicas e dos interesses econômicos*"

Antonio Carrozza conclui que tal reflexão de Natalino Irti revela "*ênfase crítica talvez excessiva*"²⁶

Situa, Antonio Carrozza, Giangastone Bolla como um protagonista inimitável de seu tempo, mas definitivamente solitário, enquanto a escola iniciada por Ageo Arcangeli conta com numerosos adeptos do método jurídico, provenientes em geral da escola civilista, já falecidos há anos, entre eles Giovanni Carrara, Giorgio de Semo, Ferruccio Pergolesi, Pietro Germani, Fulvio Maroi, Giovan Battista Funaioli e Alfredo Moschella. Entre os vivos cita Salvatore Orlando Cascio.

23. *Id., ibid.*, pp. 78 e 79.

24. *Id., ibid.*, p. 79.

25. *Id., ibid.*, p. 79.

26. *Id., ibid.*, p. 79.

Mas é Enrico Bassanelli quem colheu a herança de seu mestre Arcangeli, o chefe indiscutível desta corrente: muitas gerações de jusagraristas são devedores de seu magistério elevado e severo.²⁷

Carrozza conclui que o critério de análise histórica fundamentado na contraposição das duas escolas permite sublinhar duas posições metodológicas fundamentais dos primeiros cultores de uma disciplina que estava à procura de sua identidade, obviamente ontem muito mais do que hoje, enquanto o sistema da ciência do Direito Agrário, em seus alvares, custava a se colocar como "reprodução" do sistema das leis e das soluções econômico-sociais.²⁸

A contraposição entre as duas escolas, visível nos primórdios, cessou praticamente de existir quando a partir da metade do século tornou-se superada: a utilidade da reconstrução por meio do critério das "duas escolas" se atenua porque a contraposição delas logo se reduz em decorrência da diversidade de caráter de duas fortes personalidades: Bolla e Bassanelli, tão-diversas não-obstante admiravelmente unidas no esforço em obter reconhecimento à disciplina prelecionada.²⁹

Quanto aos discípulos e continuadores, sua ação pode se inserir em um catálogo de metodologias que, presentemente, se apresenta de um lado suficientemente articulado e, de outro, muito menos caracterizado: e por outro lado, mesmo sob o perfil do método, adquirem relevo os condicionamentos.³⁰

O quadro traçado com sabedoria, recentemente, por Agustín Luna Serrano,³¹ ao analisar o desenvolvimento do Direito Agrário no período 1960-1985, afasta-se do enfoque baseado em "escolas" para se basear em "direções" que vão da orientação institucional (que Giovanni Galloni e Alberto Ballarin Marcial herdaram de Bolla) à sociológica (seguida pelos agraristas da América Latina e bem recebida na França, mormente na esfera da "*Revue de Droit Rural*": mas na Itália se transforma em uma orientação sociológica-econômica), à formalista (integrada por Natalino Irti e outros), e enfim à orientação técnico-jurídica, na sua ramificação mais acentuadamente sistemática (Giovan Battista Funaioli e depois Antonio Carrozza) e

27. *Id.*, *ibid.*, p. 80.

28. *Id.*, *ibid.*, p. 80.

29. *Id.*, *ibid.*, p. 80.

30. *Id.*, *ibid.*, p. 80.

31. A avaliação é de Antonio Carrozza.

ainda a orientação axiológico-valorativa (Emilio Romagnoli, que Antonio Carrozza define como um escritor fecundo e dotado de faculdades sincréticas particulares).³²

Agustín Luna Serrano, escrevendo em 1986, ainda admite que o Direito Agrário se aflige na procura de sua identidade.³³ Conclui que no período 1960-1985 a abordagem metodológica básica foi o alargamento progressivo do conteúdo normativo levado ao sistema de Direito Agrário.³⁴

A variedade das direções metodológicas da pesquisa Agrária deriva, com efeito, da diversidade das metas que cada jurista agrário se propõe alcançar, de maneira que a escolha da meta torna-se escolha metodológica fundamental.

Não há dúvida, sob este aspecto, que as duas metas das pesquisas dos agraristas nos 25 anos (1960-1985) foram as da determinação do objeto e do conteúdo normativo do Direito Agrário.³⁵

Agustín Luna Serrano indica que, entre as direções metodológicas que avaliou prevaletentes no estado atual dos estudos agrários, a institucional e sociológica poderiam, de qualquer maneira, essencialmente coligar-se à escola técnico-econômica que partiria do ensinamento de Giangastone Bolla: contudo a orientação institucional idealmente se refere às indicações de Bolla com um perfil que apenas sob aspectos muito específicos ligam-se às sugestões do mestre.³⁶

Quanto à orientação sociológica do Direito Agrário, conecta-se à escola técnico-econômica tão-somente no sentido que se baseia em dados de fato como ponto inicial, mas, pelo menos em suas manifestações européias, posiciona-se imediatamente a redimensionar qualquer virtualidade normativa que se queira extrair dos próprios dados de fato.

As quatro direções metodológicas individuadas objetivaram a uma das duas metas, a determinação do objeto do Direito Agrário que consinta na redução de seus institutos de uma constelação a um sistema ou subsistema dentro da inteireza do ordenamento.³⁷

32 Luna, Serrano Agustín. "Aspetti metodologici dello sviluppo dottrinale del Diritto Agrario negli anni 1960-1985" em *Rivista di Diritto Agrario*, v. n. 65, Milano, 1986, p. 25.

33. *Id.*, *ibid.*, p. 25.

34. *Id.*, *ibid.*, p. 26.

35. *Id.*, *ibid.*, p. 29.

36. *Id.*, *ibid.*, pp. 29 e 30.

37. *Id.*, *ibid.*, p. 30.

As várias instrumentações metodológicas possíveis e suas combinações são usadas de modo diverso por uns ou por outros agraristas.

Deve ser ressaltado que na orientação institucional adaptam-se naturalmente os procedimentos dedutivo e conceitual, na orientação sociológica adaptam-se melhor o indutivo e o fenomenológico, na orientação formalista são mais "congenial" o procedimento dedutivo e o conceitual e na orientação técnico-jurídica são convenientes os procedimentos indutivo e conceitual.³⁸

O aceno ao encaminhamento "para a unidade e os princípios gerais do Direito" deveria conduzir à orientação dogmática; da verificação que "*ao lado do fundo toma forma e se diferencia a empresa como centro de atividade econômica e social*" tem-se premonição para a orientação institucional; o convite aos economistas para colaborarem com os juristas no estudo dos problemas agrários "*também nos seus pressupostos econômicos, nas suas relações técnicas*" denuncia uma constante no comportamento dos agraristas que seguem a corrente sociológica.³⁹

Luna Serrano afasta das orientações metodológicas, particularmente a institucional e a sociológica, a orientação que entendeu poder denominar técnica-jurídica.⁴⁰

Bolla fundamentou-se num objeto centralizador e caracterizante da disciplina normativa que se desejava delimitar para demonstrar a existência do Direito Agrário, para tanto desenvolveu a idéia de que "*ao lado do fundo tomava forma e se diferenciava a empresa como centro da atividade econômica e social*" que em si enfeixa sinteticamente os traços definidores do Direito Agrário assumido como instituição.⁴¹

Bolla apresenta o "*fundus instructus*" e após a empresa agrária como instituição grupo por si munida de capacidade caracterizante imanente ou mesmo normatizante ou também ordenante.⁴²

38. *Id. ibid.*, p. 31

39. *Id. ibid.*, p. 32.

40. *Id. ibid.*, p. 33.

41. *Id. ibid.*, p. 33.

42. *Id. ibid.*, p. 34.

a. Orientação institucional

Os traços fundamentais da formulação da concepção institucional do Direito Agrário por Giangastone Bolla remontam a 1935 e sua última contribuição data de 1971.⁴³

A orientação metodológica institucional do Direito Agrário, enquanto obteve o consenso de alguns dos não muitos agraristas espanhóis, como Alberto Ballarín Marcial, quanto à empresa, ou como Juan José Sanz Jarque, em relação sobretudo à propriedade da terra, obteve escassos seguidores nos países ibero-americanos, entre os quais se deve notar a posição assumida por Román José Duque Corredor, e também o que parece mais surpreendente - na França e na Itália.

Para explicar esta situação concorrem diversas causas: algumas de caráter prático, outras de natureza ideológica outras ainda decorrentes da técnica jurídica.

Entre as primeiras causas, - as de caráter prático - talvez a mais importante consista na grande dificuldade na formulação de um conceito ou da compreensão do perfil orgânico que deve sempre recolher o objeto que se queira alçar a instituição operativa e ordenante em todas as suas implicações.⁴⁴

Agustín Luna Serrano aponta uma segunda explicação, por assim dizer ideológica, na base do escasso sucesso da orientação metodológica institucional, que reside no fato desta orientação se ressentir de tendências solidárias que, na época atual, muitos acreditam atuar mais maleável, vistas as dificuldades de conciliação, através de uma idéia de colaboração simples e também vaga, dos interesses e das posições em contraste, através de outros valores mais urgentes ou de outras posições doutrinárias mais incisivas: é assaz significativo, neste aspecto, que para muitos agraristas, quando devem julgar a função social da propriedade ou quando de referências tais como a exploração racional do solo e das relações sociais éguas, freqüentemente sequer vem à mente a relação ou conexão daqueles conceitos com a orientação metodológica institucional do Direito Agrário.⁴⁵

Esclarece Luna Serrano: para nossas finalidades é porém mais interessante notar que o insucesso do método em exame deriva das específicas

43. *Id.*, *ibid.*, p. 34.

44. *Id.*, *ibid.*, p. 35.

45. *Id.*, *ibid.*, p. 36.

características da técnica-jurídica e diz respeito particularmente ao fato, apenas aparentemente conexo ao da dificuldade de formulação do conceito de empresa agrária. Enquanto a capacidade caracterizante e ordenadora do objeto que se considera sob o perfil da instituição que se extrai da sua realidade específica e da virtualidade imanente que eventualmente possui, aquela capacidade não apenas arrisca-se de se apagar através da conceitualização que se põe de permeio à realidade, mas que definitivamente vem ontologicamente a faltar quando a conceitualização do objeto não se adapta perfeitamente à realidade de que deseja ser a representação.⁴⁶

O conceito de empresa agrária, à qual se reportam geralmente os propagandistas da orientação institucional, foi construído se foi precisamente, verdadeiramente construído como equívoco e polivalente, e se posiciona, sempre,⁴⁷ com referência à atividade agrária, à sua base patrimonial ou à organização que a atividade exige, ou se reporta também à pessoa do empresário.⁴⁸

A empresa agrária, para que possa surgir como instituição, deve ser apresentada como organização, pois de outro modo comprometeria, funcionando o conceito como paravento distorcido à própria orientação metodológica.

Ensina Luna Serrano: esta necessidade, corretamente sentida pelos mais autorizados jusagraristas que se inserem na orientação institucional, apresenta, porém, ainda o problema, de não-pequena importância também no plano metodológico, do tipo de organização empresarial que se insere no sistema de Direito Agrário traçado ao redor da instituição característica: no sentido que, enquanto é fácil aceitar, por exemplo, que nele se enquadram as atividades conexas ou auxiliares da atividade de produção, vez que a ligação pertinente estabelecer-se-ia entre atividades complementares que iriam ter para com o mesmo empresário, ainda que com modalidades jurídicas diferentes. É muito menos fácil inserir as empresas conexas ou auxiliares no Direito Agrário comparada com a de produção, porque neste caso a ligação dever-se-ia estabelecer forçosamente entre organizações empresariais diversas e independentes e certamente não se poderia apoiar na idéia de instituição.⁴⁹

46. *Id.*, *ibid.*, p. 36.

47. *Id.*, *ibid.*, p. 36.

48. *Id.*, *ibid.*, p. 37.

49. *Id.*, *ibid.*, p. 37.

E então a individuação sob o aspecto de conexão ocorreria, em verdade, fora da lógica da orientação institucional: basta considerar a este propósito, como a obtenção do crédito para a empresa agrária concedido à empresa auxiliar não deriva da natureza caracterizante do objeto, mas da qualificação legal, diferentemente da destinação para o uso agrário do fundo.⁵⁰

A escassez de seguidores da orientação em exame, e também o abandono eventual, consciente ou inconsciente deste por parte dos agraristas que haviam se sentido atraídos pela sua capacidade imediata aparente em sustentar a particularidade do Direito Agrário, está compensado pela obra de Giovanni Galloni que sobre a orientação institucional concebeu uma das mais coerentes elaborações doutrinárias do Direito Agrário de nossa época, o que tem relevância particular para os nossos fins de análise e de notícia comparativa dos métodos dos agraristas modernos.

Giovanni Galloni desenvolveu sua concepção institucional do Direito Agrário com abordagem linear, seja nas impositões de caráter geral como nos desenvolvimentos concretos dos argumentos específicos.⁵¹

Além da linearidade e da coerência das idéias, deve-se ainda notar, a propósito da importante contribuição deste agrarista, a atenção preocupada por ele prestada, na verificação com aprovação da validade do seu próprio pensamento, mas também no escopo de traçar um sistema completo específico para o Direito Agrário, nos vários níveis em que Galloni expressa sua escolha metodológica: a respeito podem ser lembrados seus ensaios dedicados à comprovação das relações institucionais das normas constitucionais, italianas ou de outros países, que dizem respeito à agricultura; reconhecer a capacidade reguladora da empresa em relação às normas sobre reforma agrária; enquadrar a destinação dos bens agrários sempre sob o perfil institucional da empresa; a importância da ordem dos interesses nos contratos agrários, tendo presente o ponto de vista da solidariedade.⁵²

Apesar da inconciliabilidade da teoria institucional com a orientação admitindo a importância dos princípios gerais em matéria de Direito Agrário, a lógica cumplicidade do risco que a conceitualização impõe as capacidades normativas, que se retiram da natureza dos objetos que se querem elevar à categoria

50. *Id.*, *ibid.*, p. 38.

51. *Id.*, *ibid.*, p. 38.

52. *Id.*, *ibid.*, p. 39.

de instituição, deveria também ter afastado os partidários da concepção institucional de sucumbirem ao fascínio dos princípios gerais.

Os autores que se agregaram aos princípios gerais não se deram conta que não eram princípios, ou pelo menos não eram princípios jurídicos.⁵³

Mesmo os princípios enumerados por Carlo Frassoldati não superam praticamente o caráter de meras derivações técnico-econômicas dos fatos, ou se se desejar, da natureza das coisas, e se tomam a forma mais do que princípios, de meras verificações.⁵⁴

Giovanni Galloni retoma o princípio da colaboração nos contratos agrários, sem extrapolar o seu significado próprio de mera modalidade, que o reconhece, coerentemente em suas concepções institucionais, na incidência da empresa - instituição na estrutura do contrato agrário.⁵⁵

Alberto Ballarín Marcial fala em princípios políticos ou teleológicos do Direito Agrário.⁵⁶

Agustín Luna Serrano esclarece que apenas os agraristas que elencam atualmente princípios gerais de Direito Agrário, às vezes recorrendo até a constrangimento em querer apresentar como tais as modalidades, também, externas da organização da legislação agrária, são os partidários da concepção institucional do Direito Agrário.⁵⁷

A respeito deste assunto já se estudou a posição metodológica avançada de Antonio Carrozza.⁵⁸

b. Orientação sociológica

Enquanto, para a orientação que agora se examinou, a realidade específica do objeto do Direito Agrário marca, definitivamente, a disciplina que forma o seu conteúdo normativo, para a orientação sociológica o complexo dos

53. *Id.*, *ibid.*, p. 39.

54. *Id.*, *ibid.*, p. 40.

55. *Id.*, *ibid.*, p. 40.

56. *Id.*, *ibid.*, p. 40 - ver, p. ex., Sanz Jarque. "*Derecho Agrario*", p. 39.

57. *Id.*, *ibid.*, p. 41

58. *Id.*, *ibid.*, p. 41.

fenômenos sócio-econômicos concernentes à agricultura é fator determinante da acumulação conetiva das normas que a esses se referem.

Uma determinação assim efetuada do conteúdo do Direito Agrário acontece, então, mediante o reconhecimento dos interesses que estão abaixo das relações sociais de base que constituem a *fattispecie*, de fato a disciplinar através das normas jurídicas agrárias.

A mutação de perspectiva entre uma e outra orientação torna-se assim, falando metodologicamente, assaz profunda, vez que os dados de fato e da natureza caracterizam, segundo a concepção institucional, a disciplina jurídica que a estes se deve conformar, porque são de caráter normativo, e, ao invés, para a concepção sociológica do Direito Agrário reconhecem-se como *fattispecie* normativas a serem reguladas com soluções disciplinares em si mesmas contingentes.⁵⁹

Partindo destes pressupostos, e com estas premissas de método, é assaz normal, e dir-se-ia antes, pelo contrário, fácil, que o reconhecimento dos dados da realidade social consista em encaminhar, conforme a intensidade dos conflitos individuados ou do grau da sua adaptabilidade a ordem dos interesses designados pelo esquema jurídico derivado da codificação, a pesquisa do tipo sociológico⁶⁰ para um desdobramento em outras tantas linhas de pensamento que retira: uma, dos dados de fato da fenomenologia sócio-econômica, as orientações de uma disciplina agrária que consinta, ainda que transpondo os limites do sistema estabelecido, a retificação das soluções normativas que se apresentam (ou se acreditam) inadequadas para acomodar os interesses em conflito.

Ou, para a outra, leva as normas para a composição dos interesses agrários em aderência aos dados de fato, talvez com as adaptações da disciplina exigidas pela realidade técnica mudada e mutável.

Neste sentido, e ultrapassando de qualquer maneira as implicações precípua de técnica-jurídica que dizem respeito especificamente a qualquer orientação metodológica, a orientação sociológica foi desviada, por alguns agraristas ibero-americanos, em direção à proposição de formulações de normas agrárias de ruptura revisionista no sistema jurídico geral, ou parou, por obra de outros agraristas europeus, particularmente franceses, na consideração, sobre um plano metodologicamente mais genuíno, dos interesses agrários e a adaptação

59. *Id.*, *ibid.*, p. 41.

60. *Id.*, *ibid.*, p. 41.

eventualmente inovativa, mas sobretudo aplicativa, e pois a nível também de interpretação, não-apanas das normas agrárias, mas de todo o sistema normativo que pode incidir sobre aquelas orientações.⁶¹

Não é por acaso que os dois trilhos da orientação sociológica dizem respeito naturalmente ao esquema normativo da reforma agrária ou ao trilho da orientação planejadora da agricultura, de resto presentes precipuamente nos ordenamentos dos países, onde a orientação metodológica em questão recolheu o naufrágio doutrinário mais intenso.⁶²

Da orientação diversa dos dois trilhos de pesquisa, um está mais atento aos perfis ambientais e estruturais da sociedade campesina e o outro mais fixado no desenvolvimento de tudo quanto diga respeito às atividades econômicas dos agricultores.

É interessante, ainda, ressaltar não apenas uma notável diferença de intensidade no que concerne ao alargamento do sistema do Direito Agrário, através da inclusão da normação da disciplina agroalimentar, particularmente urgente entre os partidários europeus da orientação sociológica, mas também uma diversidade de pontos de vista na modalidade de atração pelo Direito Agrário das normas concernentes ao ambiente em que a atividade agrária se desenvolve, que para alguns mais preocupados com a posse das comunidades campesinas, tende a atuar no perfil da conservação dos recursos, e, para os outros avessos a individualizar os interesses da produção, baseados na moderação da exploração racional num sistema de organização do fundo.⁶³

Uma longa tradição de consideração do Direito Agrário como ordem normativa atinente ao mundo rural está na base do sucesso da orientação sociológica, encontrável, praticamente, em todos os maiores agraristas franceses do período 1960-1985, neste entendimento se insere a disciplina da atividade econômica agrária ressentida como puramente profissional.⁶⁴ Entre os autores que podem ser indicados estão Raymond Malézieux, Jean Pierre Moreau, Jean Megret.

Há importantes autores que concluem pela impossibilidade da redução dos dados fundamentais em que se apóia o Direito Agrário em esquemas conceituais,

61. *Id.*, *ibid.*, p. 42.

62. *Id.*, *ibid.*, p. 43.

63. *Id.*, *ibid.*, p. 43.

64. *Id.*, *ibid.*, pp. 43 e 44.

em uma sistematização formal; entre os especialistas estão Pierre Voirin, René Savatier.⁶⁵

Deve ser ressaltada a admiração despertada em Jean Carbonnier pela postura metodológica dos agraristas franceses, principalmente de docentes.⁶⁶

Louis Lordellec contribuiu de maneira relevante para a corrente sociológica quando assentou que "*le droit rural ne peut se passer des instruments de connaissance des faits sociaux et économiques qu'il prétend régler et modifier*" onde se resume a dimensão do empenho, os procedimentos a serem adotados na pesquisa e, finalmente, o processo de individuação do conteúdo normativo do Direito Agrário, através dos fatos de que é convocado para regular.⁶⁷

Agustín Luna Serrano assinala que a indicação das normas a serem consideradas no sistema de Direito Agrário, através dos fatos regulados, é sem dúvida o aspecto mais importante, porque assinala eficazmente qual o perfil característico da orientação sociológica, adestrado para a determinação do conteúdo normativo do Direito Agrário.⁶⁸

O mestre espanhol conclui que a individuação dos fenômenos sócio-econômicos para a determinação do conteúdo normativo do Direito Agrário gera conseqüências que se posicionam de modos diversos, mas que determinam o alargamento do Direito Agrário.

O Direito Agrário passaria a estar tão-comprometido pelos dados econômicos e pelas necessidades da vida econômica que poderia ser considerado como um capítulo do Direito Econômico nos ensinamentos de Farjat, mas também seguido por jusagraristas.⁶⁹

Muito importante para a reflexão sobre o método dos agraristas é considerar que a determinação do conteúdo normativo reconhecida através da espécie dos fatos resulta numa sistematização toda particular do Direito Agrário, porque o seu conteúdo não é tanto individuado através de normas quanto através dos fatos que são chamados para serem regulados.

65. *Id., ibid.*, p. 44.

66. *Id., ibid.*, pp. 44 e 45.

67. *Id., ibid.*, p. 45.

68. *Id., ibid.*, p. 45.

69. *Id., ibid.*, p. 45.

O Direito Agrário, considerado na medida da orientação sociológica, permite outra conotação, qual seja, de empurrar a matéria agrária para constantes referências econômicas desligadas das conceitualizações caracterizantes e tendendo a provocar o alargamento da matéria agrária, porque o conteúdo normativo do Direito Agrário passa a ser individualizado pelos dados econômicos atinentes à agricultura, objeto de regulamentação.⁷⁰

Nesta ruptura dos esquemas, que se podem qualificar tradicionais da teoria científica do Direito Agrário, reside não-apesnas o desafio significativo que a orientação sociológica propõe, mas também o risco de não conseguir apagar as exigências do rigor técnico e sistemático que outros agraristas exigem da construção científica e desviar do quadro tecnicamente homogêneo e conduzível as relações formais conectivas do sistema, ainda que inorgânico, do Direito Agrário.⁷¹

Um dos aspectos, por exemplo, da ampliação do conteúdo do Direito Agrário que pode provocar mais perplexidade é o da consideração da conexão com as normas estreitamente agrárias de toda a normação dos problemas agro-alimentares, que se pode aduzir como paradigmático das projeções consequenciais da orientação metodológica denominada sociológica do Direito Agrário moderno.⁷²

A orientação metodológica do Direito Agrário permitiu, contudo, a presença das indicações da ciência econômica que apresentou em proveito dos estudos agrários, mas também a admoestação urgente quanto à necessidade da pesquisa sobre a efetividade das normas agrárias e, finalmente, quanto a inclusão de novos capítulos que eventualmente devem ser introduzidos, talvez com o repensar necessário quanto ao esquema sistemático do Direito Agrário.⁷³

Ademais, a orientação sociológica comprovou a necessidade de se adotar uma impostação interdisciplinar nas pesquisas científicas no Direito Agrário.⁷⁴

70. *Id.*, *ibid.*, p. 46.

71. *Id.*, *ibid.*, p. 46.

72. *Id.*, *ibid.*, pp. 46 e 47

73. *Id.*, *ibid.*, p. 47

74. *Id.*, *ibid.*, pp. 47 e 48.

c. Orientação formalista

A orientação formalista na determinação do conteúdo normativo do Direito Agrário, que se coloca como antípoda à orientação sociológica, descreve um percurso reconstrutivo de modo inverso em relação à orientação institucional.

Enquanto, com efeito, pela orientação institucional a norma resulta da qualificação ontológica do objeto, para a orientação formalista a qualificação do objeto agrário resulta, ao invés, do conteúdo preceptivo da norma.

Desta sintética e precisa indicação é possível, talvez, obter os traços fundamentais da orientação formalista, pelo menos, considerando o que já se expôs, nos aspectos essenciais que interessam aos nossos fins de reflexão metodológica.

Como todos os critérios de método também o formalista tem suas limitações e suas vantagens.⁷⁵

Entre as limitações, as de maior relevo são, sem dúvida, falando estritamente sob o ponto de vista do método agrário, a sua consequencialidade negatória da eventualidade da individuação do objeto específico e característico, enquanto tal, do Direito Agrário, e de outra parte, a redutividade consequencial da homogeneidade do próprio conteúdo normativo a ser atribuído à disciplina agrária.

Uma e outra limitação conformam-se, imediatamente, aos nossos problemas de método, ainda que sob perfis na sua dinâmica não em tudo coincidentes.

A primeira limitação porque alcança diretamente a formulação científica de nossa matéria específica. A segunda porque, através da redução do conteúdo que postula, exclui que o Direito Agrário possa superar uma inserção, vez por vez, particularizada nos ramos jurídicos tradicionais e pois, indiretamente, também que se possa alcançar a formulação de um Direito Agrário por si diverso e especial.⁷⁶

A consequência negativa da orientação formalista que se pôs em relevo é a necessária origem do fato de que esta orientação metodológica, dadas as características do perfil lógico do seu processo de qualificação jurídica, deve se apoiar sempre, se não quer se renegar, sobre a mais frágil positividade e a propositura jurídico-agrária deve-se obrigatoriamente referir a uma diversidade de

75. *Id.*, *ibid.*, p. 48.

76. *Id.*, *ibid.*, p. 48.

objetos,⁷⁷ cuja qualificação ocorre, e de outro modo não pode não ocorrer, asceticamente, em relação a eventual coligação do objeto ou a sua simples conexão sob o ponto de vista econômico-social, porque se determina precisamente em base à positividade preceptiva das várias normas qualificantes: para exemplificar de modo ilustrativo, a qualificação jurídica do fundo para destinação econômica e a qualificação jurídica da propriedade dos frutos ao proprietário verificar-se-ia de modo formalmente, completamente independente, porque derivam justamente de normas diversas e diferenciadas.

A coligação eventual entre elas, através da natureza produtiva do bem, prejudicaria, vez que conforme esta qualificação jurídica somente se obtém da determinação preceptiva.⁷⁸

Nas pegadas da orientação formalista não se poderia sequer pensar na qualificação jurídica de, por exemplo, o estabelecimento, a empresa e a atividade agrária, vez que sua qualificação jurídica por coerência não resultaria do preceituar da norma, que não pode, como é fácil verificar no direito positivo, senão descrever estas objetivações econômicas mas dever-se-ia sempre estabelecer em relação às várias normas das quais resulta a qualificação dos diversos objetos a elas coligadas através dos inúmeros atos de organização do empresário, e isto advir-se-ia porque a organização não pode determinar enquanto mero fato e, por si mesma, nenhuma qualificação de classe.⁷⁹

Nestas condições nos informamos da incapacidade do conteúdo normativo do Direito Agrário para conseguir emergir um objeto centralizador da disciplina e compreende-se também como, desta premissa, se alcança a reflexão conclusiva da impossibilidade de adaptar, modelar, a partir das várias normas agrárias, uma formulação científica sistemática, geral e unitária do Direito Agrário.⁸⁰

A consequencialidade reductiva da homogeneidade do conteúdo normativo do Direito Agrário, que postula a orientação metodológica formalista, deriva da mesma impostação da qualidade preceptiva, que provoca a desagregação não apenas da normação (civil, comercial, administrativa, processual, fiscal, etc) mas até mesmo dos critérios que sustentam a qualificação jurídica que se deve obter,

77. *Id.*, *ibid.*, p. 48.

78. *Id.*, *ibid.*, p. 49.

79. *Id.*, *ibid.*, p. 49.

80. *Id.*, *ibid.*, p. 49.

extrair da norma.⁸¹

A propósito do que se afirmou, parece significativa a dificuldade que, sob o ponto de vista formalista, suscitaria a colocação, entre a acomodação normativa agrária e ao lado, por exemplo, a disciplina dos contratos agrários, disposições sobre crédito e seguros agrários, todas mereceriam, sem dúvida, sob o perfil do Direito Positivo, uma consideração agrária mas em tudo desorganicamente diferente e destacada.⁸²

Destas anotações é fácil discernir a preservação ou a prejudicial que, para a formulação de um Direito Agrário próprio e distinto, deriva da falta de homogeneização do seu conteúdo normativo por obra da corrente formalista do método agrário.⁸³

Para compensar as limitações e defeitos da orientação formalista Agustín Luna Serrano aponta vantagens como aquelas consubstanciadas nos conselhos de esmero técnico que, como em todas as concepções doutrinárias que concernem ao formalismo da positividade, emanam das contribuições agrárias inspiradas pela orientação formalista.⁸⁴

A orientação formalista do Direito Agrário tem em Natalino Irti o seu partidário mais caracterizado. O estudo sobre as "escolas" dos primeiros jusagraristas italianos é um repensar reconstrutivo de sua impostação metodológica.⁸⁵

O formalismo de Natalino Irti, mesmo mantendo-se fiel ao tecnicismo jurídico, não pode, contudo, ser totalmente "massalista", porque mesmo mantendo-se parado nas conclusões encaminhadas pela própria orientação metodológica, não pode não reconhecer, seja mesmo através de uma articulação de todo positiva, e, neste sentido, também, formal a tensão existente entre o Direito Agrário e o Direito Civil e, principalmente, entre o Código e uma legislação agrária especial adaptadora de novos institutos e talvez portadora de novos princípios.⁸⁶

81. *Id.*, *ibid.*, pp. 49 e 50.

82. *Id.*, *ibid.*, p. 50.

83. *Id.*, *ibid.*, p. 50.

84. *Id.*, *ibid.*, p. 50.

85. *Id.*, *ibid.*, p. 50.

86. *Id.*, *ibid.*, pp. 50 e 51.

Deve-se sublinhar que tal tensão, mesmo se formalizada nas normas, procede das exigências da realidade, e, como assinala Natalino Irti, a superação da tensão só poderá ocorrer, talvez, através de referências legislativas à empresa.

Esta, como se infere diretamente da própria interpretação lógico-sistemática das normas, não é nada mais senão a cobertura conceitual de referência à atividade agrária do empresário, enfocada sob o perfil organizativo.⁸⁷

Agustín Luna Serrano conclui que, justamente através da relativização da conceitualização da empresa, se possa não apenas auxiliar o exame analítico do conteúdo normativo do Direito Agrário, mas também qualificar cientificamente o próprio sistema agrário. Lembra, ainda, que o Direito Agrário germina como ramo renovador da árvore civilista.

Luna Serrano considera que se possa inscrever, também, na orientação formalista Carlo Alberto Graziani, a despeito das indicações ideológicas que transmitem muitas de suas contribuições apreciadas.⁸⁸

d. Orientação técnico-jurídica

O conhecimento, inicial ou adquirido, das limitações respectivas das orientações metodológicas examinadas levou à formação progressiva de uma corrente de pensamento quanto à pesquisa científica agrária sob a denominação de técnico-jurídica.

Esta orientação se apresenta como mediação entre as outras examinadas, extraindo proveito de seus embargos, redimensionando seus desvios inadequados.⁸⁹

A orientação técnico-jurídica procura ter presente a realidade técnico-econômica subjacente no equilíbrio normativo dos interesses agrários, desconfiando, porém, de sua virtualidade normativa em substituição da virtualidade dos preceitos e ciente da posição instrumental ou de escudo, com respeito à juridicidade, da individuação dos fenômenos econômicos.⁹⁰

87. *Id.*, *ibid.*, p. 52.

88. *Id.*, *ibid.*, p. 52, nota 48.

89. *Id.*, *ibid.*, p. 52.

90. *Id.*, *ibid.*, p. 53.

A orientação técnico-jurídica tende, como a formalista, para a individuação das categorias jurídicas onde encontra expressão a ordem dos interesses organizada por preceitos, mas sem desconhecer a relação profunda que intercorre entre a *fattispecie* e a solução normativa.

A orientação técnico-jurídica postula, finalmente, certa correspondência com a orientação dogmática, uma construção sistemática do Direito Agrário que consinta justificar, senão a autonomia no sentido tradicional impedida pela falta e talvez impossível individuação dos princípios, pelo menos uma especialidade ou especialização suficiente e caracterizada do Direito Agrário como conjunto normativo e como sistema científico.⁹¹

A orientação técnico-jurídica, voltada precipuamente para a determinação do objeto do Direito Agrário, tem entre seus seguidores muitos dos jusagraristas conspícuos que no período 1960-1985 a ela aderiram.

A formação desta orientação contou com a grande influência dos ensinamentos precisos de Enrico Bassanelli que ressaltou o conteúdo de especialidade do Direito Agrário e a relação da disciplina legislativa com o objeto, consistente na atividade agrária organizada em forma de empresa.

A contribuição escrita de Bassanelli no assunto enunciado consubstanciou-se no período 1946 a 1972. Entre seus discípulos destacaram-se Francesco Milani e Ettore Casadei.

Muitas das posições dos jusagraristas que seguem a orientação técnico-jurídica são conexas às indicações autorizadas de Enrico Bassanelli, não mais preocupados, com a intensidade de outros tempos, com os problemas da autonomia e dos princípios, mas sim atentos para com a reconstrução do sistema do Direito Agrário com o escopo de cabência, reavaliação científica e de precípua análise normativa.⁹²

Compreende-se, então, como foi possível acrescer à denominação desta orientação técnico-jurídica a expressão realista.

A extensão da impostação conveniente a uma orientação metodológica individualizada tão-genericamente permite, também, por causa das exigências menores exigidas por tal individuação, reunir seguidores que contribuíram enormemente como: Emilio Romagnoli, Antonio Carrozza, Alfredo Massart e Luigi

91. *Id.*, *ibid.*, p. 53.

92. *Id.*, *ibid.*, p. 54.

Costato, entre outros, na Itália; Adolfo Gessi Bidart, na América Latina; Juan Jordano e José Luiz De Los Mozos, na Espanha.⁹³

Partindo de generalizações fáceis para determinações precisas, pode-se indicar como linhas concretas de atração da orientação técnico-jurídica realista, quanto aos jusagraristas italianos, uma corrente prevalentemente sistemática e uma outra corrente de propensão axiológica-valorativa.⁹⁴

A obra de Antonio Carrozza é o exemplo da orientação técnico-jurídica com inestimável contribuição na determinação do objeto do Direito Agrário, através do reconhecimento de cada um dos institutos agrários.⁹⁵

O seu programa científico, na avaliação autorizada de Agustín Luna Serrano, revela profunda dimensão metodológica, propondo declaradamente uma revisão na metodologia dos agraristas de sua época e expressa a proposta de novos caminhos para o estudo científico do Direito Agrário.

O plano idealizado e o projeto formulado por Carrozza se executaram em sua elaboração básica e nas aplicações fundamentais, permitindo uma avaliação crítica motivada pelos seus sucessos, e também talvez de seus eventuais limites.⁹⁶

O método de Antonio Carrozza parte da dupla verificação de ineficácia da exigência de princípios gerais específicos e da desorganicidade contínua das pesquisas sobre formulações legislativas de empresa e ainda mais da empresa agrária.⁹⁷

O plano deste autor constitui na construção sistemática das normas e para tanto procedeu à colheita do material normativo, à sua interpretação, a pesquisa dos nexos e diferenças entre suas várias partes para então ordená-lo como sistema.⁹⁸

A concepção de Carrozza objetivou através dos institutos agrários contribuir para a compreensão das estruturas típicas do ordenamento jurídico da agricultura e para a sistematização científica do próprio Direito Agrário.

Os princípios mais gerais podem ser redimensionados em princípios

93. *Id.*, *ibid.*, p. 54.

94. *Id.*, *ibid.*, pp. 54 e 55.

95. *Id.*, *ibid.*, p. 55.

96. *Id.*, *ibid.*, p. 55.

97. *Id.*, *ibid.*, pp. 55 e 56.

98. *Id.*, *ibid.*, p. 56.

menos gerais, porque relativos a cada um dos institutos.⁹⁹

O estudo do Direito Agrário através de institutos recebeu a adesão de Agustín Luna Serrano. Indica serem partidários desta orientação metodológica, na Espanha, também, José Luiz De Los Mozos, Carlos Vattier Fuenzalida.¹⁰⁰

Antonio Carrozza prosseguiu com contribuição de alto sentido metodológico com escopo de sistematização ao cuidar do tema determinação da agrariedade caracterizadora do objeto de nossa matéria, mas se preocupou com outros fatores, também, de índole fática, como a especificação qualitativa do ordenamento jurídico da agricultura, como, também, os fatores derivados da evolução técnica, e finalmente o ciclo biológico natural em que se deve incluir a atividade agrária como fator específico relevante na sistematização da matéria, também, técnico e metajurídico, que partindo da elaboração de Rodolfo Carrera e Adolfo Gelsi Bidart foi minuciosamente reproposto por Antonio Carrozza, com escopo sistemático e pois metodológico, como critério de determinação do objeto típico da matéria jurídica agrária.¹⁰¹

Alfredo Massart e Luigi Costato se enfileiraram entre os seguidores da orientação técnica-jurídica.

Agustín Luna Serrano aprova a formulação do critério do ciclo biológico e sua aplicação em sede doutrinária já ocorreu, por exemplo, ao se admitir a falta de arbitrariedade na inclusão no sistema de Direito Agrário de várias atividades produtivas ou quando se preveniu, motivadamente, contra a divisão da matéria agrária em agrária e florestal.¹⁰²

Dentro da orientação técnico-jurídica da determinação do objeto do Direito Agrário se insere a corrente do pensamento que descritivamente se pode denominar axiológico-valorativa, que não se contrapõe à denominada sistemática, que tem presente os fatores de desenvolvimento técnico e político, mas que repropõe esses fatores de modo particular em apoio da coordenação precípua do próprio sistema agrário.¹⁰³

99. *Id.*, *ibid.*, p. 56.

100. *Id.*, *ibid.*, p. 56.

101. *Id.*, *ibid.*, pp. 57 e 58.

102. *Id.*, *ibid.*, p. 59.

103. *Id.*, *ibid.*, p. 60.

Partidário desta corrente é Emilio Romagnoli, com trajetória científica atraída sobretudo pelo estudo das estruturas em que se opera a atividade agrária e pelo significado da disciplina que elas regulam.¹⁰⁴ Além disso, preocupou-se com as explicações finalistas do Direito Agrário, também com escopo de determinação do objeto do Direito Agrário divisado na atividade.

Agustín Luna Serrano inclui na corrente axiológica-valorativa os civilistas Pietro Perlingieri, Francesco Lucarelli e Pietro Rescigno.¹⁰⁵

Luna Serrano conclui seu importante estudo apresentando duas considerações a título de relevo conclusivo de avaliação.

A primeira é que em todas ou quase todas as orientações metodológicas examinadas, exceção à orientação dogmática, que não vê como não se encaminha para a falência, podem-se colecionar méritos e vantagens inusitados, mas também defeitos e limitações não menos relevantes.

Ponderado que a orientação técnico-jurídica se propõe a superar aquelas limitações e aproveitar os méritos das outras orientações, parece que seja a orientação mais apta e mais conveniente para os estudos científicos da matéria, por causa de seu sincretismo metodológico e seu escopo de mediação, e também porque postulando a determinação do objeto do Direito Agrário na atividade agrária e a ordenação dos institutos agrários em sistema, tende precipuamente assegurar, sem pretensões excessivas, uma ordem doutrinária para o Direito Agrário capaz de reavaliar definitivamente os estudos sob o ponto de vista científico, sem contrasensos com o sistema jurídico geral e, pois, também com o sistema particular do Direito Civil patrimonial - ou, talvez, de um direito da economia - com o qual da mesma maneira o Direito Agrário deve estar sempre em contato e em relação não tanto de autonomia quanto de especialização.¹⁰⁶

A segunda observação refere-se ao redimensionamento generalizado que se pode perceber, seja de maneira variada ou por aspectos em tudo diversos, nas várias posições metodológicas analisadas, dos conceitos-chaves ou dos pontos imutáveis sobre os quais se pensava há tempo dever se apoiar toda a construção doutrinária do Direito Agrário.¹⁰⁷

104. *Id.* *ibid.* p. 60.

105. *Id.* *ibid.* p. 61.

106. *Id.* *ibid.* p. 62.

107. *Id.* *ibid.* p. 62.

A degradação, com efeito, dos princípios gerais em princípios mesmo sempre jurídicos, mas não mais gerais, ou mesmo em princípios políticos ou teleológicos, ou também em meras comprovações de organização legislativa; o abandono progressivo das conceitualizações da empresa como fulcro sobre o qual conceituar nossa matéria¹⁰⁸ e a correlata assunção crescente da atividade como objeto característico do Direito Agrário; a necessidade de introduzir flexibilizações contínuas com o fim de adaptar o sistema às individuações legislativas de novos arranjos de organização dos interesses agrários; a acentuação dos perfis subjetivos, ou mais exatamente, profissionais nas relações agrárias em prejuízo de impositões formalistas baseadas no nexu econômico que intercorre entre atividades estritamente ou tipicamente agrárias e atividade agrária por conexão, assinaladas com o perfil longo onde se devem proceder nossos estudos seja o da moderação de intenções e redimensionamento dos propósitos.¹⁰⁹

O Método

1. Opções do Método

Obviamente não é este o lugar mais oportuno para filosofar sobre método.

De método falar-se-á unicamente o quanto basta para fixar as idéias sobre os aspectos que nos interessam.

Seria ocioso, com efeito, estender-se em preâmbulos de caráter geral e colocar-se a discutir as diferenças e enunciar preferências, por exemplo, entre método indutivo e método dedutivo.

Antonio Carrozza aponta no que a referência ao método é relevante no estudo do Direito Agrário através de institutos mais do que aquele centrado nos princípios, o mesmo sucedendo ao se examinar o impacto do denominado processo de "constitucionalização" do Direito Agrário e do italiano em particular; refletir sobre a concepção "pura" do Direito Agrário e sobre as concepções "alternativas" que obtiveram alguns seguidores, verdadeiros ou falsos que sejam, e enfim voltar ao mérito da teoria biológica da agrariedade ou teoria do ciclo biológico, com o escopo

108. *Id.* *ibid.*, p. 63.

109. *Id.* *ibid.*, p. 63.

de avaliar a consistência de certas objeções, vez que cada uma delas pareceria originada de uma posição metodológica diferente no estudo do Direito Agrário.¹¹⁰

2. A individuação do Direito Agrário por meio de seus Institutos

A expressão "instituto jurídico" liga-se à noção de Savigny, que considerava dever assentar como fundamento do "sistema" os "institutos jurídicos" em sua conexão orgânica.

O nome de "instituto" deveria ser reservado para designar um complexo de determinações normativas coligadas, tendo em vista um escopo superior com relação àqueles escopos de cada norma que compõem o instituto.¹¹¹

Em um sistema orgânico de Direito Positivo, não devemos visualizar a disposição isolada, mas o instituto a que ela pertence; o instituto deveria representar a unidade mínima de importância, de "ordenação" de relações, que apenas no conjunto de institutos sistematicamente ordenados forma o organismo do Direito.¹¹²

Trata-se de concepção institucional do Direito, de acordo com a qual o sistema de direito deve ser determinado sobretudo pelos institutos jurídicos, ou seja, pelo seu conteúdo inteligível, e pelos princípios que se originam em cada um dos institutos e¹¹³ justificam o nexu lógico de um complexo mais vasto de normas.

A crítica que pode ser feita concerne a uma certa facilidade em degenerar no "normativismo" isto é, em uma perspectiva que confirma quase exclusivamente a regra impessoal, geral e abstrata, e negligencia o cuidado com a realidade social, que está em baixo do direito vivo.¹¹⁴

Mas, como notava Larenz, se é verdade que as normas e só elas reconhecem de maneira mais precisa um instituto e podem também modificar-lhes o conteúdo, elas pressupõem também sempre a "idéia", o "ponto essencial significativo" o que levou Forsthoff a conceituar que *"os institutos jurídicos devem ser compreendidos como criações plásticas que representam a condensação de*

110. A avaliação é de Antonio Carrozza segundo Agustín Luna Serrano. Carrozza, Antonio, *op. cit.*, p. 81.

111. Carrozza, Antonio. *op. cit.*, p. 81.

112. *Id.*, *ibid.*, p. 82.

113. *Id.*, *ibid.*, p. 82.

114. *Id.*, *ibid.*, p. 82.

determinados conteúdos espirituais do direito e em igual medida um fragmento da realidade econômica e social"¹¹⁵

Tal noção é verdadeira, também, para o Direito Agrário, pois as normas que entram na composição de cada um dos institutos deste ramo do direito não podem perder de vista dados pré-constituídos, tais como: as condições naturais do ambiente, os ciclos das estações do ano, as exigências da técnica relativas aos fatores e a organização da produção, as leis biológicas da criação animal ou vegetal, etc.¹¹⁶

Dáí concluir Antonio Carrozza que não tem um caráter necessariamente científico, senão somente técnico, o trabalho de reagrupamento e coordenação das disposições legais no contexto unitário dos institutos.

A construção da teoria concernente aos institutos jurídicos é diferente, pois, para o teórico o instituto representa, num certo sentido, um ponto de partida, enquanto para os classificadores empíricos, como o legislador, um ponto de chegada.¹¹⁷

Por exemplo, este foi, sem dúvida, o critério pelo qual procurou se valer M. I. Kozyr no agrupamento dos institutos por ele identificados no âmbito do Direito Agrário soviético, quais sejam o *status* jurídico das empresas e organizações agrícolas; o *status* jurídico das associações agrícolas e agroindustriais; o *status* jurídico dos trabalhadores das associações agrícolas e agroindustriais; a administração da atividade das empresas e associações agrícolas e agroindustriais; o direito de uso da terra por parte das associações agrícolas e agroindustriais; a regulamentação jurídica das relações de propriedade na agricultura da Rússia e o regime jurídico do patrimônio de empresas e associações; a regulamentação jurídica da organização, tutela e retribuição do trabalho na agricultura; a regulamentação jurídica da atividade produtiva e econômica das empresas e associações agrícolas e agroindustriais; a regulamentação jurídica da atividade financeira das empresas e associações agrícolas e agroindustriais; os contratos na agricultura; a responsabilidade por danos causados ao patrimônio das empresas e associações agrícolas e agroindustriais; e a regulamentação jurídica das aziendas auxiliares

115. *Id.*, *ibid.*, p. 82.

116. *Id.*, *ibid.*, p. 82.

117. *Id.*, *ibid.*, p. 82.

pessoais dos cidadãos.¹¹⁸

É necessário, todavia, observar que nos sistemas jurídicos cujos contornos ainda são informes e o conteúdo está, por várias razões, em estado fluido, como o Direito Agrário, o trabalho de classificação acima acenado não poderá ser considerado no confronto com um antecedente nitidamente distinguível da obra de repensamento e de qualificação dos institutos jurídicos com escopo científico, nestes casos por isso aumenta a dificuldade de uma divisão do trabalho entre tarefa técnica e tarefa teórica, nem se pode julgar o primeiro menos meritório e essencial que o segundo.¹¹⁹

Após o que se desenvolveu a cerca do significado e da relevância sistemática dos institutos jurídicos, mesmo com relação ao Direito Agrário e ao problema específico da sua reconstrução científica, Antonio Carrozza, com sua reconhecida autoridade, entendeu poder razoavelmente estabelecer:

a. A afirmação de um modo autônomo de ser e de operar do Direito Agrário pressupõe descobrir e dispor de um conjunto de institutos jurídicos atuais, próprios e exclusivos de tal setor do ordenamento. Resulta disto evidente, ressalta Carrozza, que os atributos de pertença e exclusividade referem-se não tanto aos princípios como se costuma admitir - quanto aos institutos.

Esta "correção de enfoque" (dos princípios aos institutos) mostra-se hoje impostergável, não-prorrogável.¹²⁰

Para se dar conta disso é suficiente verificar a frustração até agora da expectativa inerente à determinação concreta de tais princípios gerais e fundamentais da matéria que deveriam, uma vez ressaltados e esclarecidos, ou seja identificados, comprovar a obtenção da autonomia por parte do Direito Agrário.¹²¹

Ainda, enfim, resulta válida à distância de quarenta anos a verificação negativa expressa pela doutrina cautelosa e autorizada de Enrico Bassanelli: "*De tais princípios, até agora, e salvo erro, não se formulou nenhum*"¹²²

118. Kosyr, M. I. "L'Oggetto e gli istituti del Diritto Agrario Sovietico nel pensiero dei giuristi dell'URSS" em *Fonti ed Oggetto del Diritto Agrario*, 5ª mesa-redonda Ítalo-Soviética, Firenze, Brescia, Sirmione, 9-16 de novembro de 1982. 1ª edição, Milano, Editrice Giuffrè, 1986, p. 188.

119. Carrozza, Antonio, ob. cit., p. 82.

120. Carrozza, Antonio. ob. cit., p. 82 e 83 e Carrozza, Antonio e Zeledón, Zeledón Ricardo. "*Teoría General e institutos de derecho agrario*", Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990, p. 91

121. Carrozza, Antonio, ob. cit., p. 83

122. *Id.*, *ibid.*, p. 83.

Diante a falta de objetivação e individuação de tais princípios gerais pela doutrina e jurisprudência, observou-se que o importante não são os princípios atualizados, senão a capacidade potencial da matéria para produzi-los.

Porém tal capacidade conserva o caráter de mera hipótese, porque ninguém pôde demonstrar a existência, pelo menos no nível elevado de princípios gerais (melhor geralíssimos, por causa do grau de abstração com que se aludiu a eles), e pois é razoável duvidar de que efetivamente tal capacidade exista.¹²³

Por outro lado, não se compreende porque os cultores de um direito especial, como é o Agrário, deveriam estar e sentir-se obrigados a tipo semelhante de demonstração, quando está provada historicamente a extrema dificuldade em circunscrever e, até mesmo, a impossibilidade de enumerar princípios gerais, que regem os setores normativos detentores de uma autonomia consolidada e indiscutida.¹²⁴

A história do pensamento jurídico deveria ensinar que, também, para os ramos maiores do ordenamento não foram tanto os princípios gerais quanto seus produtos normativos (de primeiro grau como de segundo grau: institutos) considerados pertinentes a um ramo determinado do direito e típicos dele, a fornecer a manifestação mais convincente da autonomia alcançada.¹²⁵

b. Dado o poliformismo dos princípios gerais, nenhuma tentativa de procurar princípios tão-especiais a ponto de poder afirmar peculiares do Direito Agrário, porém suficientemente gerais e reconhecidos operantes no âmbito inteiro deste ramo do Direito, poderá obter sucesso sem a determinação prévia dos princípios informadores de cada instituto.¹²⁶

Com efeito, se é verdade que a característica mais profunda dos princípios gerais advém da sua função construtiva, isto é, determinante do modo de ser do ordenamento jurídico, o reconhecimento das estruturas do ordenamento necessárias para a reconstrução teórica deve começar por unidades elementares de agrupamento das normas jurídicas, que são precisamente os institutos.¹²⁷

123. *Id.*, *ibid.*, p. 84

124. *Id.*, *ibid.*, p. 84.

125. *Id.*, *ibid.*, p. 84.

126. *Id.*, *ibid.*, p. 84.

127. *Id.*, *ibid.*, p. 84.

c. O Direito Agrário moderno possui institutos que se sujeitaram e continuam a se sujeitar à incidência de fatores criativos originais e internos (basta pensar na onipresença "do fato técnico da agricultura"), assim como na incidência dos princípios que provêm *aliunde* ou que de qualquer maneira cobrem um âmbito que ultrapassa aquele do estreito domínio do direito da agricultura.¹²⁸

Mas estes grandes princípios, difusos pela área inteira do Direito ou provenientes de outros campos do Direito, uma vez introduzidos no setor específico de direito considerado, apresentam-se em tudo ou em parte reelaborados, combinados e amalgamados em modo original e caracterizante, dando assim lugar, sob o influxo das particulares forças criadoras daquele setor, a institutos "diversos"

d. A validade do método que o Direito Agrário deve ser estudado operando por institutos, e que são estes a base natural de início de qualquer afirmação possível de autonomia ou mais simplesmente de especialidade, não pode ser prejudicada pela verificação eventual de um número não-relevante ou deveras escasso de institutos sobre os quais operar, porque este fenômeno poder-se-ia explicar não apenas com o fato, extremamente óbvio, que as colheitas são escassas porque poucos são trabalhadores dedicados à colheita, mas, também, com a falta de completitude que ainda hoje se verifica nas estruturas do Direito Agrário positivo.¹²⁹ E isto em não menor medida no Direito Agrário italiano se comparado com os direitos nacionais.

Vale a este propósito a simples observação do desenvolvimento atrasado em que se encontra até hoje o setor específico do Direito Agrário sucessório ou hereditário, o qual, conforme se pode facilmente comprovar através de comparação com alguns ordenamentos estrangeiros, especialmente os dos países germânicos, já adquiriu um notável nível de especialidade ao não ser considerado como simples parte do Direito Civil.¹³⁰

A validade do método em exame não pode sequer ser arranhada pela verificação da instabilidade dos institutos de Direito Agrário.

Não há dúvida que a mutação contínua e freqüente dos fatores políticos, econômicos e tecnológicos motiva alterações quantitativas e qualitativas

128. *Id. ibid.* p. 85.

129. *Id. ibid.* pp. 84 e 85. O item *d* na obra de Carrozza, Antonio e Zeledón, Ricardo Zeledón, aparece sob título *Utilidade do método proposto*, ob. cit., pp. 84 a 87.

130. Carrozza, Antonio e Zeledón, Ricardo Zeledón, *op. cit.*, p. 85.

sem pausa no conteúdo do Direito Agrário.

Ocorre, também, que institutos de Direito Agrário se desagrarizam.¹³¹

Sem violentar a história dos dogmas, pode-se considerar que em certo momento, por exemplo, a proibição dos atos emulativos era um critério delimitante da esfera da atuação lícita em matéria de atividade fundiária-agrária.¹³²

E, por muito tempo, a distinção entre servidões "rústicas" e "urbanas" foi algo mais que mero aspecto de nomenclatura, como hoje indubitavelmente o é.

No domínio do direito contratual, em seguida, figuras novas se acrescem sem pausa às antigas; e muitas destas últimas desapareceram ou estão em vias de desaparecer, talvez para reaparecer mais tarde: são os altos e baixos da denominada "tipicização" dos contratos agrários.

Particularmente neste último setor, a "redução" forçada, "*ope legis*" das relações contratuais agrárias em *numerus clausus*, as "conversões" legais de um tipo de contrato agrário em outro e a contração conseqüente da área de sobrevivência de manifestações da autonomia negocial dos particulares poderiam ser interpretadas como os sinais de um empobrecimento progressivo do conteúdo típico do Direito Agrário, já comprovado pelas tendências aparentemente irreversíveis de um processo econômico que admite a assim denominada "industrialização" das formas clássicas de exercício da empresa agrária.¹³³

Mas, sob o ponto de vista metodológico que aqui nos interessa, tudo isto demonstra apenas que os institutos de Direito Agrário não se esquivam de caráter de relatividade histórica e de relatividade lógica, não diversamente a nota de relatividade que caracteriza os princípios gerais.¹³⁴

Do dinamismo com que se operam as transformações dos institutos jurídicos já indicados, e as substituições de um instituto por outro, dinamismo que a observação em escala europeia e mundial não pode senão confirmar, dever-se-iam retirar antes argumentos a favor da organicidade e, em definitivo, a favor da vitalidade do setor do direito que estamos considerando.¹³⁵

131. Carrozza, Antonio, *op. cit.*, p. 85.

132. Carrozza, Antonio, *op. cit.*, p. 85. Carrozza, Antonio e Zeledón, Ricardo Zeledón, *op. cit.*, p. 85.

133. *Id.*, *ibid.*, p. 85. *Id.*, *ibid.*, p. 86

134. *Id.*, *ibid.*, pp. 85 e 86. *Id.*, *ibid.*, pp. 86 e 87

135. *Id.*, *ibid.*, pp. 85 e 86. *Id.*, *ibid.*, pp. 86 e 87

Esta concepção do Direito Agrário estudada e reconstruída por institutos e através destes em substância individuada, já transparece em alguma alusão doutrinária permanecido, contudo, sem continuação para os fins de uma sua possível valorização metodológica para o desenvolvimento dos estudos de Direito Agrário.¹³⁶

Enrico Bassanelli, já em 1946, no conhecido "*Corso di Diritto Agrario*" incluía entre "as condições essenciais" à autonomia "a presença de institutos peculiares"¹³⁶

Destes apresenta uma identificação mais precisa e a título exemplificativo indicava: unidade cultural mínima, recomposição fundiária, crédito agrário, formas típicas de gestão da empresa coletiva tal como a parceria, etc.¹³⁷

É importante salientar que Enrico Bassanelli ao estudar eventual identificação de princípios gerais preferiu abster-se de qualquer referência concreta.¹³⁷

Demonstrando prudência e cuidados não-exagerados, uma vez que tais tentativas de determinação de princípios gerais muito freqüentemente têm sido objeto de bem fundamentais críticas, que não reconhecem nas formulações geralmente apresentadas força suficiente para se apresentarem como princípios basilares da ciência do Direito Agrário e muito menos a natureza de serem verdadeiramente genéricos, colocando-se, no mais das vezes, circunscritos como expressão de objetivos desejados por quem os formula ou atribuíveis a situações especial e temporalmente muito específicas e particulares. Como exemplo destas limitações podemos nos referir aos supostos princípios gerais do Direito Agrário soviético, da forma como enunciados por Kozyr, tais como a gratuidade e perpetuidade do uso da terra por parte das empresas agrícolas e agroindustriais socialistas como também pelos cidadãos; a organização da produção agrícola com base na aplicação das conquistas da ciência e do progresso técnico; a autonomia econômica das empresas e associações, combinada com uma gestão planejadora centralizada; o desenvolvimento da produção sobre a base do cálculo econômico; o interesse material das empresas, associações e respectivos trabalhadores nos resultados das atividades econômicas produtivas e laborativas; a gestão dos negócios das empresas e associações agrícolas e agroindustriais sobre a base do centralismo

136. Carrozza, Antonio, *op. cit.*, p. 86.

137. *Id.*, *ibid.*, p. 86.

democrático; a legalidade socialista.¹³⁸

Salvatore Orlando-Cascio, em seu "*Corso di Diritto Agrario*", 1952, manifesta-se no mesmo sentido quanto a identificabilidade, pelos seus caracteres peculiares, de um certo número de institutos agrários e com exemplificação muito vizinha a de Enrico Bassanelli.

Tulio Ascarelli também se interessou pelo tema e depois de se ter perguntado até que ponto a especialidade da matéria corresponderia a um complexo orgânico de normas, disciplina que começava a reivindicar a autonomia, exprimiu a opinião de que melhor que uma resposta dada *a priori*, seria preferível uma *a posteriori*, isto é, depois do exame concreto dos institutos centrais do Direito Agrário.¹³⁹

Pode-se citar, a este propósito, passagem de Gaetano Azzariti em trabalho sobre a técnica e sistemática da legislação agrária, quando conclui que "*sollo attraverso un lavoro di sapiente revisione potrà sorgere una legislazione organica dell' agricoltura, nella quale i vari istituti potranno essere inquadrati*" ou seja "*só através de um trabalho de sábia revisão poderá surgir uma legislação orgânica da agricultura, na qual os vários institutos poderão estar enquadrados*".¹⁴⁰

Em seguida, deve ser meditada a reflexão sobre o método mais conveniente para a elaboração do Direito Agrário na Espanha elaborada por Agustín Luna Serrano: "*No nosso país o direito agrário se debate ainda em intentos de sistematização, de formulação legal independente e de autonomia, e parece-me que poderemos alcançar estes resultados quando, mediante o estudo de todos os institutos que integram o direito agrário espanhol, teríamos sido capazes de liberar os princípios que o informam. A elaboração do direito agrário deve acontecer de baixo para o alto, a partir de seus diversos institutos concretos, antes que do alto para baixo, partindo de conceitos econômicos e sociológicos de cientificidade*

138. Kozyr, M. I., *op. cit.*, pp. 187 e 188.

139. Carrozza, Antonio. p. 86. Carrozza, Antonio e Zeledón, Ricardo Zeledón, *op. cit.*, p. 88, nota 33, indicam que o pensamento de Salvatore Orlando Cascio está na p. 48 da obra citada e a conclusão de Gaetano Azzariti, em "Teoria e sistemática nella legislazione agraria", em "*Atti del Terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*", p. 370.

140. *Id.*, *ibid.*, p. 86. Carrozza, Antonio e Zeledón, Ricardo Zeledón, *op. cit.*, p. 88, nota 33, indicam que o pensamento de Salvatore Orlando Cascio está na p. 48 da obra citada e a conclusão de Gaetano Azzariti em "Técnica e sistemática nella legislazione agraria", em "*Atti del Terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*", p. 370.

dúbia" ¹⁴¹

Ainda: "Em realidade nós agraristas nos decidimos a adotar uma ou outra posição metodológica conforme a idéia que temos do direito agrário e, mais ainda conforme tenhamos ou não uma idéia preconcebida dele. Se não possuímos esta idéia preconcebida - o que não é freqüente (...) teremos que alcançar a conclusão real (e realista) que o direito agrário não tem, nem hoje por hoje pode ter, um conteúdo formal específico, e orientaremos nosso estudo em direção do conteúdo material do direito agrário. Somente através da consideração dos vários institutos (...) de direito agrário se pode atingir, uma vez negado seu objeto formal, o fundamento da especialidade própria do direito agrário" ¹⁴²

Com efeito, conclui Agustín Luna Serrano que: "o estudo do objeto material do direito agrário poderá colocar em evidência toda a importância, a complexidade e os caracteres da matéria jurídica-agrária que permitam a especialidade" ¹⁴³

Antonio Carrozza conclui que, como se pode apreciar, Agustín Luna Serrano desenvolveu com grande precisão a linha metodológica que ele, Antonio Carrozza, apresentou em "*Gli istituti del diritto agrario*" tomo I, que Luna Serrano cita, no que concerne ao estudo do que ele chama conteúdo "material" do Direito Agrário, e destacou a conveniência da perspectiva em analisar o Direito Agrário por institutos. ¹⁴⁴

e. Para encerrar a análise deste tópico deve ser lembrado o relevo crítico de Natalino Irti, o qual observou que para poder individualizar os institutos pareceria necessária uma definição acabada e geral da matéria em toda a sua latitude.

A objeção é, certamente, séria, mas não-intransponível, embora encontre um pretexto no fato que a enumeração dos institutos do Direito Agrário, para não falar de suas partes, pode-se dizer ainda hoje está estagnada no estado inicial de uma intuição para ser verificada; o que explica como o Direito Agrário se encontra em condições de inferioridade com relação às disciplinas mais

141. *Id. ibid.*, p. 86.

142. Carrozza, Antonio, *op. cit.*, p. 86 e Carrozza, Antonio e Zeledón, Ricardo Zeledón, *op. cit.*, p. 88. nota 35.

143. Carrozza, Antonio, *op. cit.*, p. 87.

144. Carrozza, Antonio, *op. cit.*, pp. 86 e 87, continuação da nota 35. Em Carrozza, Antonio e Zeledón, Ricardo Zeledón, *op. cit.*, o item d parece sob título "*Adesões doutrinárias a um Direito Agrário estudado e reconstruído por institutos*". pp. 88 e 89, notas 33. 34 e 35.

consolidadas, para as quais há resíduo de dúvida de atribuição, na maior parte dos casos, apenas em certas áreas fronteiriças.¹⁴⁵

Deve-se considerar, pois, que a primeira incumbência a ser desenvolvida é a de preceder de um "inventário" dos vários institutos e de seus possíveis conteúdos, as especulações sobre a essência geral do Direito Agrário.¹⁴⁶

Só após dir-se-á que um Direito Agrário existe, que é autônomo, somente e apenas somente quando possuir um certo número (não falaremos de princípios), de institutos que lhes sejam próprios.¹⁴⁷

A noção geral de agrariedade que de algum modo se demonstra estar em condições de exercer a função de denominador comum (da agrariedade, precisamente, isto é, de atribuição ao âmbito do direito da agricultura) auxiliará definir quais os institutos ou enquadrá-los no sistema próprio do Direito Agrário, ainda que provisoriamente e em primeira aproximação, ou seja, com reserva de submeter depois cada um deles a verificação separada.¹⁴⁸

Ora, não parece possível fixar uma noção idônea de agrariedade sem se referir à "lei" biológica que preside toda atividade de criação de animais ou de vegetais.¹⁴⁹

Com base na lei biológica, com efeito, pode-se buscar e encontrar o critério geral da agregação dos institutos entre si, o qual é uma exigência, é uma necessidade.¹⁵⁰

Nicoló Rosario e Paolo Vitucci avaliam que é previsível a tendência para estudar a ampla e dispersa variedade de assuntos que constituem a base do Direito Agrário através de institutos.¹⁵¹

145. Carrozza, Antonio, *op. cit.*, p. 87.

146. *Id.*, *ibid.*, p. 87.

147. Carrozza, Antonio, *op. cit.*, p. 87

148. *Id.*, *ibid.*, p. 87.

149. *Id.*, *ibid.*, p. 87.

150. *Id.*, *ibid.*, p. 87. Ver, também, Carrozza, Antonio e Zeledón, Ricardo Zeledón, *op. cit.*, pp. 89, 90 e 91, principalmente p. 91.

151. Rosario, Nicoló e Vitucci, Paolo. "Riflessioni su 'Didattica e Sistematica del Diritto Agrario'" em *Rivista di Diritto Agrario*. Milano. v. n. 52. 1ª parte, 1973, p. 70.

3. O processo de "constitucionalização" do Direito Agrário

Na experiência italiana contemporânea, plena de "aporias" e de incertezas, mas rica de seivas ideológicas e de pedidos culturais, um desvio significativo da metodologia jurídica deve-se ao movimento que se denomina "*diritto civile costituzionale*"¹⁵²

Por sua vez, o Direito francês, segundo verificação de Louis Lorvellec, não conhece uma jurisdição agrícola, sendo que a competência do Ministério da Agricultura francês varia por força de um simples decreto, e, especialmente, não há de se falar de uma noção constitucional de agricultura naquele país.

Situação diferente, contudo, daquela descrita por Z. S. Beljaeva, referindo-se às normas constitucionais de alguma forma relativas ao Direito Agrário soviético. Relata tal autor que a Constituição da Rússia, sendo antes e sobretudo fonte de Direito estatal, estabelecia também as normas fundamentais primárias de outros ramos do Direito. Ao se revelar a importância da Constituição como fonte de Direito Agrário, é necessário distinguir dois grupos de normas: a. normas gerais referentes ao sistema econômico da Rússia, aos direitos e deveres de todos os cidadãos; b. normas especiais destinadas a regular as relações agrárias.

Pertencem ao primeiro grupo, segundo o autor, as disposições então presentes no art. 10 da Constituição então vigente naquela Federação de repúblicas, onde se declara que a propriedade socialista dos meios de produção, na forma estatal (de todo o povo) e Kolchoziano-cooperativa, constituíam a base do sistema econômico da Rússia, e o art. 11 da Constituição o qual declarava a propriedade exclusiva do Estado sobre as riquezas naturais, tais como a terra, o subsolo, as águas e florestas.¹⁵³

Na sua expressão mais original e conhecida, este movimento que encontrou em Piero Perlingieri o mais convicto propagandista não se limita a recomendar uma releitura do Código Civil e da legislação ordinária feita à luz da Constituição, mas este movimento se apresenta como critério que supera aquela antítese presumida entre normas jurídicas contidas na codificação e princípios políticos contidos na Carta constitucional, antítese que, às vezes, é reafirmada por

152. Lorvellec, Louis. "*Droit Rural*" 1ª edição, Paris, Masson, 1988, p. 8.

153. Belyaeva, Z. Ç. "Problemi teorici relativi alle fonti del Diritto Agrario" em "*Fonti ed Oggetto del Diritto Agrario*", 3ª mesa-redonda italo-soviética. Firenze. Brescia, Sirmione, 9-16 de novembro de 1982, 1ª edição, Milano, Editrice Giuffrè. 1986, p. 150.

alguns civilistas, critério que assim manifesta a sua relevância e fecundidade também em matéria de interpretação.¹⁵⁴

Antonio Carrozza transcreve trecho de Piero Perlingieri: "*Quais, então, e em que as possibilidades aplicativas de método semelhante? Sem dúvida o seu campo de eleição está representado pelas relações onde emerge a centralidade da pessoa humana e a exigência de seu desenvolvimento livre a respeito de situações patrimoniais tais como a propriedade e a empresa, e pois das relações e das situações que se apresentam em campo dos direitos da personalidade, de direito de família, de direito de trabalho*".¹⁵⁵

Todavia como também se advertiu a proposta de interpretação constitucional da legislação ordinária pode incidir também na teoria das obrigações e dos contratos, que não-obstante permanecendo o setor mais comprometedor por tecnicismo e profundidade de especulação, impõe seja estudado de modo "*não-histórico e não-estimatório ou avaliável*"¹⁵⁶

Seria uma limitação arbitrária reconhecer a relevância das normas constitucionais e de seu uso hermenêutico "direto" exclusivamente nos setores acima indicados.

É de se indagar, ao invés, se a mesma exigência não seja observável e observada também pela ciência do Direito Agrário e se os institutos do Direito Agrário não se prestam a serem investigados e revistos com base na metodologia acenada.

Desde que a resposta a tal pergunta não possa ser senão positiva, o estudo dos institutos de Direito Agrário deve se proceder pressupondo a existência e a exequibilidade de um "*direito agrário constitucional*" ou pelos menos "*constitucionalizado*"¹⁵⁷

No fundo a resposta já está implícita na impositação perlingieriana do problema, visto que o significado que o citado mestre atribui à expressão "Direito Civil" (do qual "Direito Civil constitucional") é tendencialmente ampla a ponto de abranger setores na divisão arcaica peremptória entre Direito Privado e Direito

154. Carrozza, Antonio, *op. cit.*, p. 87

155. *Id.*, *ibid.*, p. 88.

156. Citado por Antonio Carrozza, *op. cit.*, p. 88.

157. Carrozza, Antonio, *op. cit.*, p. 89.

Público que poderiam ter sido atribuídos definitivamente ao Direito Público.¹⁵⁸

O Direito Civil do qual hoje falam os civilistas não constitui mais o núcleo central e hegemônico do Direito Privado e aparece substancialmente abrangente dos direitos especiais que se formaram no seio do Direito Privado como o Direito Comercial, o Direito do Trabalho, o Direito da Navegação, o Direito Industrial e, precisamente, o Direito Agrário.¹⁵⁹

No Direito Agrário manifesta-se como em outro setor e às vezes mais que em outro setor - como quando se considera a propriedade da terra não por si mesma, mas funcionalizada à empresa agrária - o propósito metodológico geral que anima o Direito Civil constitucional em favorecer o perfil funcional (a função sócio-econômica) quanto à estrutura, com o escopo de ativar aqueles valores supremos expressos na Lei fundamental do Estado, valores que regem o sistema jurídico.

O intento paralelo de valorizar o interesse mais que a vontade encontra espaço no Direito Agrário: bastará lembrar a metamorfose do contrato agrário de ato de autonomia da vontade do contraente particular para contrato legal, com uma tipicização do conteúdo e da causa impelida ao máximo.¹⁶⁰

No campo do Direito Agrário, também, afirma-se a jurisprudência dos valores, que constitui a continuação natural da jurisprudência dos interesses, consentindo assim antepor a tutela do interesse do cultivador concessionário ao interesse do proprietário concedente, todas as vezes em que isto se torne indispensável, tendo em vista atuar as finalidades constitucionais.

As finalidades constitucionais não se limitam à tutela prioritária da pessoa e do trabalho, mas requerem não seja violado, enquanto possível, o princípio da igualdade e também não o seja o princípio da liberdade de iniciativa privada.¹⁶¹

Nesta perspectiva fixam-se certas linhas de tendência que se podem apanhar na evolução do Direito Agrário.¹⁶²

A tentativa de estender a eficácia da prescrição pelo não-uso para a figura da propriedade não é estranha às preocupações dos cultores do Direito

158. *Id. ibid.*, p. 89.

159. Carrozza, Antonio, *op. cit.*, p. 89.

160. *Id. ibid.*, p. 89.

161. *Id. ibid.*, p. 89.

162. *Id. ibid.*, p. 89.

Agrário, por exemplo, o que ocorre no Direito Agrário constitucional, através da figura do usucapião "*pro-labore*" que nos vem desde a Constituição de 1937, com supressões e ingressos na Carta Magna.

Esta tentativa se justifica porque se quer a situação subjetiva do proprietário caracterizada pela presença de uma função particularmente intensa, é o que ocorre com a propriedade agrária, pois a inatividade do titular do direito concretiza um dano social maior.¹⁶³

Os pretextos constitucionais do princípio do dever de exploração agrícola da terra legitimam novas formas de limitação do direito de propriedade no interesse público, que, em verdade, é um interesse misto, ou seja, público e privado conjuntamente: o interesse do Estado e o do concessionário.¹⁶⁴

A matéria interessa ao Direito Agrário constitucionalizado brasileiro, pois, manifestações se encontram nos arts. 184 a 1.991 da Constituição Federal de 1988.

Na Itália, por exemplo, admite-se a privação por ato administrativo, a título de sanção, da faculdade do proprietário de exploração direta e pessoal das capacidades produtivas do fundo com o que se criou um instrumento largamente utilizado na Itália e em outros países, com o escopo de conceder a cooperativas de camponeses ou a cultivadores independentes a utilização de terras abandonadas ou insuficientemente cultivadas.¹⁶⁵

Outro aspecto referente ao Direito Agrário "constitucionalizado" consubstancia-se no processo de constitucionalização da jurisprudência, objeto de manifestações favoráveis nos ambientes jurídicos italianos.

Um exemplo residiu em se considerar poder extrair da Constituição o princípio da obrigação que grava o arrendador em retribuir para garantir uma indenização conveniente ao arrendatário, cultivador direto, sacrificado no seu direito à prorrogação legal por causa da redução na destinação agrícola do terreno. Tal orientação da Corte Constitucional italiana foi seguida pela magistratura e substituída ao se incorporar na lei através do art. 43, da Lei de 3 de maio de 1982, de n. 203, ao determinar uma "*corresponsione*" de uma "indenização eqüitativa" em todos os casos de dissolução, resolução antecipada e não-culposa por parte do

163. *Id.*, *ibid.*, p. 89.

164. *Id.*, *ibid.*, p. 90.

165. *Id.*, *ibid.*, p. 90.

arrendatário do contrato.¹⁶⁶

Carrozza aponta que neste sentido o Direito Agrário confirma-se como "direito de equidade" (de remuneração equitativa e indenização equitativa), ou seja direito alargado na procura de soluções idôneas para realizar a igualdade substancial entre os portadores de interesses contrapostos.

E conclui que a investida ao critério constitucional na solução dos problemas que se apresentam ao agrarista é visível, também, na elaboração doutrinária do Direito Agrário.¹⁶⁷

Antonio Carrozza conclui que a exigência em avaliar os institutos de Direito Civil no sistema dos princípios constitucionais de modo a realizar um "continuum" entre Constituição e regras do Direito Civil encontra-se pois no campo do Direito Agrário, mas com esta particularidade: que os operadores do Direito Civil podem contar com o Código Civil, destinado a funcionar em muitos casos como ponte entre a Constituição e leis especiais, enquanto os operadores do Direito Agrário, quando querem recolher numa unidade sistemática os elementos dispersos na legislação especial confusa e tumultuosa, têm apenas a Constituição como ponto de referência.¹⁶⁸

No âmbito das pesquisas de Direito Agrário adverte-se hoje da necessidade de sair dos esquemas seguidos pelas leis especiais externas ao Código Civil, para enriquecê-los, exatamente com a dimensão constitucional própria.¹⁶⁹ Este trabalho de enriquecimento envolve o legislador ordinário não menos que o intérprete, seja prático ou teórico.

Quanto à interpretação, tornar-se-á um hábito mental do intérprete a começar pelo intérprete - juiz empenhar-se para individualizar, entre vários critérios possíveis de resolução das controvérsias, aquele critério que esteja em condições de realizar "leitura" correta e mais razoável de modo positivo ou negativo, do fundamento constitucional.¹⁷⁰

Mas se introduzir na perspectiva de um Direito Agrário Constitucional

166. *Id. ibid.*, p. 90.

167. *Id. ibid.*, pp. 90 e 91.

168. *Id. ibid.*, pp. 91 e 92.

169. *Id. ibid.*, p. 92.

170. *Id. ibid.*, p. 93.

significa algo mais, significa adaptar a pesquisa científica à referência ao dado constitucional preferencialmente a qualquer outro.

Em conclusão, o estudo do Direito Agrário deve começar e terminar na Constituição ou, pelo menos, estudar, ainda que problematicamente, os reflexos constitucionais do objeto do Direito Agrário, pois isto é fazer Direito Agrário.¹⁷¹

Rosario Nicoló e Paolo Vitucci entendem integrar o Direito Constitucional Agrário às partes do Direito Agrário subtraídas originariamente da inserção e menção no Código Civil italiano por causa de sua conotação de Direito Público.¹⁷²

Para Karl Kreuzer apontam já no século XIX como institutos de Direito Público a proibição de divisão de bens rurais e as normas sobre recomposição fundiária. Noticia, também, que as constituições da maioria dos estados federados contêm normas tendo por objeto a proteção da agricultura, das empresas agrícolas e do solo destinado à agricultura. A propriedade agrária e o direito fundiário são explicações da disciplina constitucional (geral) para um certo setor. Admitido a possibilidade de intervenções da administração pública no setor das empresas agrárias.¹⁷³

Aldo Pedro Casella salienta que a inclusão na Constituição de normas atinentes à propriedade e à atividade agrária decorre do "*constitucionalismo social*" Utiliza a expressão "*direito constitucional agrário*" Admite que quando a constituição negligencia em atribuir à propriedade e à empresa agrária uma disciplina própria e específica, as conotações constitucionais da propriedade e da empresa devem derivar dos princípios gerais da inviolabilidade da propriedade. Isto decorre da "funcionalização" por ordem constitucional dos institutos jurídicos típicos do Direito Privado.¹⁷⁴

Casella, citando Natalino Irti, ratifica o entendimento de que para o proprietário da terra o uso conforme sua destinação, a inserção do bem na organização de uma empresa agrária, é um "*ato devido*", uma obrigação. Pode-se,

171. *Id.*, *ibid.*, p. 93.

172. Rosario, Nicoló e Vitucci, Paolo. *Rivista di Diritto Agrario*, v. n. 52, *op. cit.*, p. 69.

173. Kreuzer, Karl. "Fondamenti costituzionali della proprietà e dell' impresa agraria nella Republica Federale Tedesca", in *Rivista di Diritto Agrario*, v. n. 64, 1ª parte, Milano, 1984, pp. 81, 82, 84 e 85.

174. Casella, Aldo Pedro. "La proprietà e l' impresa agraria nel sistema costituzionale argentino" em *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, v. n. 64, 1ª parte, 1985, pp. 32 e 33.

pois, sustentar como princípio emergente das constituições modernas que o direito de propriedade sobre a terra, enquanto bem produtivo de interesse social, deve estar conexo à obrigação de destiná-lo ao exercício de uma empresa agrária.¹⁷⁵

E continua o mestre argentino que a peculiaridade do objeto age em um determinado momento como ponte de ligação entre esses planos jurídicos diferentes, o da propriedade e o da empresa agrária. A estreita ligação da atividade econômica que constitui a empresa agrária, pelo menos, quanto às suas atividades principais, com a exploração produtiva da terra não pode evitar de figurar na disciplina.¹⁷⁶

Casella aborda o tema da interpretação dinâmica do texto constitucional ao se referir a importante construção interpretativa da Corte Suprema argentina, no campo do Direito Agrário, como o salientou em estudos conhecidos a que se dedicou, Ricardo R. Carrera.¹⁷⁷

No mesmo sentido Luigi Costato, abordou as conseqüências da interpretação antiquada dada pelo legislador ao texto constitucional.¹⁷⁸

Agustín Luna Serrano giza o conteúdo constitucional do Direito Agrário espanhol, ressaltando não haver referência direta à atividade agrária, indicando as regras constitucionais que cuidam dos direitos e deveres fundamentais, direitos e liberdade, dos direitos e deveres dos cidadãos, princípios que regulam a política social e econômica.¹⁷⁹ Serrano afasta a denominação "*direito constitucional agrário*", porque tal definição poderia parecer arbitrária e denomina a matéria de *moldura constitucional do Direito Agrário espanhol*.¹⁸⁰

Refere-se a obrigação de cultivar em modo determinado, que pode se estender até a obrigação de melhorar a base territorial da empresa, cujo significado e importância constitui um dos aspectos mais característicos do moderno sistema de

175. *Id. ibid.*, p. 35.

176. *Id. ibid.*, p. 35.

177. *Id. ibid.*, p. 47.

178. Costato, Luigi. "Le basi costituzionali per una soluzione legislativa del problema dell'agricoltura" em *Rivista di Diritto Agrario*, v. n. 52, 1ª parte, Milano, Editrice Giuffrè, 1973, p. 147.

179. Luna Serrano, Agustín. "Il Diritto Agrario e la costituzione spagnola del 1978: fondamenti costituzionali della proprietà e dell'impresa agraria", em *Rivista di Diritto Agrario*, v. n. 64, 1ª parte, Milano, 1985, p. 53.

180. *Id. ibid.*, p. 54.

Direito Agrário.¹⁸¹

Serrano, salientando a linha limitativa da liberdade da empresa explica que a restrição ao exercício dos poderes do empresário pode resultar, também, de disposições que conduzam a atividade econômica da produção às exigências da economia geral, a que se refere o art. 38 da Constituição espanhola; isto sucede, por exemplo, para as proibições de implantar determinadas culturas, muito freqüentes na experiência jurídica espanhola; ex.: novas plantações de vinhedos.¹⁸²

É necessário também observar que (a referência) a inserção da atividade empresarial na economia de mercado pode dizer respeito, ainda que indiretamente, àquelas atividades produtivas agrárias que, quer pelo seu caráter puramente marginal, quer porque objetivam apenas fins de autoconsumo, estão privadas de qualquer tutela ou estímulo indispensáveis para sua continuidade. As empresas familiares que a lei reconhece com os fins de protegê-las, potenciá-las e facilitar-lhes o desenvolvimento são aquelas em que a produção agrícola se realiza "*primordialmente com fins de mercado*" com referência o art. 2º da Lei n. 49 de 24 de dezembro de 1981, sobre "*Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes*"¹⁸³

Há de se falar do direito de preferência sobre a parte cultivada, mediante aquisição preferencial ou direta, ou como condição de retomada do fundo pelo arrendador, interrompendo-se assim a atividade que, em virtude do contrato agrário, o arrendatário estava realizando no fundo.¹⁸⁴

A respeito da atividade agrária, por autonomia, que é a atividade de produção, o planejamento se apresenta com o aspecto dúplice de favorecer a formação de empresas suficientes, eficientes e rentáveis e operar de modo que a produção agrária coincida quanto mais possível com as exigências, as necessidades ou as conveniências da economia ou, sentido mais longo, da economia geral da Nação.¹⁸⁵

Referindo-se ao postulado constitucional da exploração racional dos

181. *Id. ibid.*, p. 58.

182. *Id. ibid.*, pp. 60 e 61.

183. *Id. ibid.*, p. 61 e nota 17

184. *Id. ibid.*, p. 61 Ver Lei n. 83 de 31 de dezembro de 1989.

185. *Id. ibid.*, p. 63.

recursos naturais, quanto ao exercício da atividade econômica agrária, deve ser ressaltado essencialmente a preservação dos recursos naturais de caráter renovável (como a terra, a água e o ar), que são produtos úteis da produção agrícola, vez que esta se caracteriza, de maneira sem dúvida qualificante, por estar ligada a ciclos biológicos da produção, cultivo e criação de espécies vegetais e animais que se valem essencialmente daqueles.¹⁸⁶

4. A concepção "pura" do Direito Agrário e as concepções alternativas

Para Antonio Carrozza o passado recente evidenciou certas "inclinações" da literatura agrária estrangeira, especialmente em língua espanhola, em direção ao direito dos recursos naturais, de um lado, e em direção do direito agroalimentar de outro.¹⁸⁷

A teoria agrária italiana demonstrou-se bastante indiferente a tais solicitações e parece não muito disposta a se afastar daquela que pode ser denominada a concepção "pura" do Direito Agrário e de seu objeto: pura no sentido que permaneceu, até hoje, imune às contaminações que pudessem imprimir à matéria estudada um curso diverso e estranho às suas raízes.¹⁸⁸

Carrozza concluiu que as sugestões daqueles autores que sustentaram que estaria em processamento a transformação do Direito Agrário - admitido como aquele complexo de normas que fundamentalmente disciplinam a produção agrícola e as atividades que lhe concernem ou em um direito da natureza, dominado pela preocupação ecológica e forjado na medida desta (tanto que se poderia denominar direito ambiental), ou em um direito da alimentação, concebido de modo a abranger todos os fenômenos concernentes à obtenção dos produtos agrícolas e inclusive os produtos de transformação industrial a partir da terra e da criação, devem ser afastadas.¹⁸⁹

Louis Lorvellec, por sua vez, identifica, além de um núcleo central do Direito Agrário - mais comumente denominado Direito Rural em França - um círculo

186. *Id. ibid.*, p. 67.

187. Carrozza, Antonio, *op. cit.*, p. 93.

188. *Id. ibid.*, p. 93.

189. *Id. ibid.*, pp. 93 e 94.

mais vasto, por uma extensão aos dois principais sistemas, aos quais pertence a agricultura: justamente o espaço rural de uma parte e o agroalimentar de outra. A extensão do Direito Rural no espaço alcançaria assim aqueles que pela localização de suas atividades fazem de qualquer forma parte da família geográfica dos agricultores. A extensão do Direito Rural ao agroalimentar submete, por exemplo, às regras da economia contratual em agricultura ou do mercado comum agrícola os transformadores que não têm ou tiveram jamais relações jurídicas com os agricultores, mas que formam parte de sua família econômica. Para o jurista francês, se a especificidade da atividade agrícola desaparecer um dia, é que a ruptura completa entre as duas agriculturas terá sido consumada. Uma, mais tradicional e defensora do meio ambiente será submetida a um assim denominado *Direito do campo*, e a outra, sempre mais intensiva, pertencerá, para Lorvellec, ao *Direito do setor alimentar e à bioindústria*.¹⁹⁰

Antonio Carrozza pondera ou se deve afastar ou pelo menos manter à margem da matéria propriamente agrária o que seria o direito ambiental e o direito agroalimentar.¹⁹¹ O ilustre jusagrarista se posiciona de que convém enfrentar (sob A e sob B) as duas concepções "alternativas" à concepção da agricultura concentrada, movida sobre mecanismos biológicos da criação de animais e de vegetais.

a. Direito Ambiental

A idéia de um conjunto de normas cuja preocupação prevaiente seja a tutela da integridade do solo e de tudo o que ele contém e que o circunda, a preservação do ambiente nos seus valores estéticos (paisagem) e em todos os seus componentes vitais (verde, ar, água), e portanto a luta contra a poluição de toda espécie, encontra repercussão na imprensa e suscita entusiasmos fáceis na opinião pública.¹⁹²

Mas qual relação tem com o Direito Agrário o que se denomina direito da natureza e dos recursos naturais ou o Direito Ambiental, na sua acepção unificadora de objetos de tutela separados?

190. Lorvellec, Louis, *op. cit.*, p. 10.

191. Carrozza, Antonio, *op. cit.*, p. 93.

192. *Id.*, *ibid.*, p. 94.

A questão pode ser posta em termos diferentes e, primeiramente, com eventual coincidência total com o Direito Agrário. Carrozza aponta que não se hesitou em sustentar que a disciplina jurídica dos recursos naturais "*se encontra en el ambito del derecho agrário y, por ende, corresponde a éste*", o que equivale dizer que o Direito Agrário apresentar-se-ia presentemente como o direito da natureza ou seja dos recursos naturais, especialmente não-reproduzíveis, no que concerne à sua distribuição, preservação, melhoria e utilização. Tal posicionamento foi sustentado na conclusão n. 2 das "Jornadas ibero-americanas y européias, realizadas em Zaragoza e Jona, em 1976. Carrozza esclarece que tal assimilação não pode ser absolutamente partilhada. É inegável que também o Direito Agrário, como todos os ramos jurídicos interessados pelos fenômenos descritos, é convocado pela necessidade em orientar o desenvolvimento produtivo em direção de um modelo, inclusive no interesse das gerações futuras, que imponha uma gestão idônea dos recursos; e é também inegável¹⁹³ que a agricultura se mostra abundantemente poluída, isto é, vítima das poluições causadas por terceiros, também, por sua vez, poluente. Basta salientar que a agricultura moderna apresenta uma alta concentração de fertilizantes e pesticidas.¹⁹⁴

Todavia o objeto do Direito Agrário permanece específico, e continua a se circunscrever essencialmente à organização das relações jurídicas que concernem à exploração agrícola do solo. Não devemos exigir muito do Direito Agrário, mas ao invés devemos atribuir a ele aquilo que lhe pertence. Igualmente criticável querer apresentar o Direito Agrário como regulador do uso competitivo dos recursos territoriais entre a agricultura e a indústria.

Manifestar uma disciplina dotada de valência para todos os usos possíveis do território não pode ser o dever exclusivo e nem principal do Direito Agrário, porque uma disciplina assim orientada pertence à função mais elevada de governo do território, confiada ao aparato constitucional administrativo.¹⁹⁵

As normas que têm especificamente por objeto as relações agrárias deverão refletir o conteúdo das prescrições gerais e este assunto integra temática diversa daquela constituída pelas relações entre o Direito Agrário de um lado, e respectivamente Direito Ambiental e Direito de território de outro, que são relações

193. *Id., ibid.*, p. 94.

194. *Id., ibid.*, p. 95.

195. *Id., ibid.*, p. 95.

entre âmbitos jurídicos diferentes ainda que em alguma parte e em certa medida interferentes.¹⁹⁶

Mas há de se perguntar: no que consta esta interferência?

O objeto típico do Direito Agrário permanece aquele assim considerado sem que tenha sido desvirtuado pelo impacto do "ambientalismo".¹⁹⁷

A preocupação ecológica, se admitida a integração ao programa de Direito Agrário, adquirirá a forma de novas limitações à propriedade fundiária-agrária e principalmente de novos vínculos para a empresa agrícola. Todavia, estarão consubstanciados novos parâmetros (aqueles de caráter ecológico) para a avaliação de cláusulas gerais como a "boa técnica agrária" nas relações obrigatórias entre particulares e entre a administração pública e particulares.¹⁹⁸

Quanto às relações entre Direito Agrário e disciplina do território é oportuno recordar, a título exemplificativo, os ônus concernentes às transformações e às inovações de todo tipo, tendo por objeto as terras destinadas à agricultura. Também merecem atenção as transformações do solo relevantes para os fins da proteção ambiental ou usando a terminologia de uma Diretiva da CEE toda vez que comportem o perigo de um impacto ambiental importante. Deve ser considerado o escopo de prevenir toda forma grave de diminuição da integridade do território como suporte do ambiente.

Em conclusão, o que se concretiza é uma ampliação do objeto do Direito Agrário, onde o interesse na produção choca-se com o interesse de freiar a produtividade, quando esta se caracterizar através de formas exacerbadas e nocivas. Portanto, o que ocorre é mais do que transformação da orientação fundamental do Direito Agrário na tutela da atividade e da unidade produtiva.¹⁹⁹

Neste sentido, mas só neste sentido, a disciplina criada para a tutela do ambiente não é, certamente, estranha ao campo da análise e pesquisa dos jusagraristas. E isto na medida em que incide sobre a empresa agrícola e em particular sobre o modo como tal atividade deve se desenvolver e sobre as relações entre a atividade e o complexo tecido territorial onde opera.²⁰⁰

196. *Id.*, *ibid.*, p. 95

197. *Id.*, *ibid.*, p. 95.

198. *Id.*, *ibid.*, pp. 95 e 96.

199. *Id.*, *ibid.*, p. 96.

200. *Id.*, *ibid.*, p. 96.

É necessário ter presente a noção de espaço rural que se propõe como um continente de recursos naturais e mais genericamente como ambiente a ser protegido na substância e na forma (como paisagem), de modo que se instaure um comprometimento do objeto típico e exclusivo do Direito Agrário na preservação e reconstrução dos recursos naturais, na defesa do solo, etc.²⁰¹

O comprometimento acima apontado, nos métodos e fins, aparece em uma certa medida irrefreável e responde a uma lógica da publicização crescente do núcleo tradicional do Direito Agrário.

A recente explosão da sensibilidade pelos temas e problemas da ecologia e a consciência, o conhecimento difuso da deterioração do ambiente, em todos os seus valores, históricos, estéticos e culturais, inclusive e ainda em todos os seus componentes exigem o comprometimento do Direito Agrário até por causa de sua extrema vizinhança junto à natureza.²⁰²

Antonio Carrozza ressalta que não mais se mantém o alibi da "inocência" da atividade agrícola em confronto com a natureza: se a agricultura poluída por fluxos externos (e as indústrias ditas "sujas" são as maiores culpadas) é uma realidade, o é também a agricultura poluente.

Deste modo o Direito Agrário deve ser co-interessado na medida antipoluição no setor em que, por exemplo, as operações agrícolas são causa da deterioração das águas.²⁰³

Carrozza, preocupado com a visão ecológica do objeto do Direito Agrário, refere-se a uma documentação instrutiva, relativa às fontes do direito da reforma agrária nos países da América Latina, maior que a oferecida pelos ordenamentos da Europa Ocidental.²⁰⁴

Há normas que exprimem eficazmente o intento de disciplinar organicamente o emprego na agricultura dos recursos naturais, em nome da utilidade pública e do interesse social. Embora possa se apresentar prematuro falar de um capítulo do Direito Agrário, composto por disposições de princípio e de normas de atuação dirigidas a disciplinar organicamente este setor.

Trata-se de normas que imprimem uma conformação diversa ao

201. *Id.*, *ibid.*, p. 96.

202. *Id.*, *ibid.*, p. 321

203. *Id.*, *ibid.*, p. 321

204. *Id.*, *ibid.*, p. 321

Direito Agrário, ora agindo sobre a propriedade ora sobre a empresa e estes são os dois institutos fundamentais do Direito Agrário.²⁰⁵

É necessário evidenciar que não apenas a falta total ou parcial de exploração mas, também, uma exploração contrária à vocação natural do solo constitui - e isso em qualquer lugar - causa de expropriação da propriedade privada ou mesmo a cessação do uso pelos camponeses de terras, objeto de reforma agrária.

A Lei de reforma agrária do Equador é particularmente exemplar, quando sanciona com a expropriação dos terrenos em que a atividade produtiva se desenvolva mediante "*práticas contrárias à conservação dos recursos naturais renováveis*", como é o caso de "*terrenos expostos a erosão eólica, hídrica ou biológica, que não forem protegidos com plantações de bosques ou implantação de bosques ou com outros meios protetivos*" (art. 12).²⁰⁶

Prevalecem, contudo, disposições cujo objetivo principal é a tutela dos recursos naturais em função da atividade produtiva, normas que chegam a determinar a preferência por um tipo de empresa com base em uma inocuidade maior presumida no manejo dos fatores naturais.²⁰⁷

Exemplo encontramos nas empresas conduzidas no sistema *part-time*, especialmente nas economias agrícolas não-prósperas, que não apenas possuem características de funcionalidade, sob o ponto de vista da ocupação das forças de trabalho mas, também, pela contribuição que fornecem à produção, concorrendo, todavia, positivamente na conservação dos recursos naturais e na defesa dos equilíbrios ecológicos.²⁰⁸

Dignas de proteção, também, são as normas que impõem comportamentos de respeito à natureza, no exercício de uma atividade agrícola, a cargo dos produtores.

A evolução procede por etapas: cada uma das quais corresponde a um conteúdo diferente da obrigação do cultivador nas relações entre particulares ou com a administração pública. Ao lado da obrigação ou ônus de cultivar transformado em um elemento legal de grande relevo, da obrigação de cultivar bem, em modo determinado, como atualmente, até a obrigação de *não-cultivar* ou ainda de *não-*

205. *Id.*, *ibid.*, pp. 321 e 322

206. *Id.*, *ibid.*, p. 322.

207. *Id.*, *ibid.*, p. 322.

208. *Id.*, *ibid.*, p. 322.

cultivar além de uma certa quantidade, há de se acrescentar o dever de evitar estragos ou prejuízos à natureza seja no exercício ordinário da atividade de cultivo ou na execução de transformações no terreno, obras ou construções de certa natureza e além de um certo limite: este, quando superado, revela um impacto ambiental temível e por consequência sancionável.²⁰⁹

Após o que se expôs, impõe-se acrescentar seria mistificador atribuir ao Direito Agrário a vocação institucional para predispor sobre todas as medidas exigidas pela política ecológica, esquecendo-se que o Direito Agrário tem traços específicos, marcados pelo caráter de atividade produtiva, à qual essencialmente se dirige.²¹⁰

O comprometimento do Direito Agrário com a temática da natureza não pode estender-se ao ponto de comprometer a peculiaridade de seu objeto.

Conclui Antonio Carrozza que se deve atribuir aos cultores de outras áreas do ordenamento jurídico - principalmente do "Direito Ambiental" em sentido próprio - a tarefa de estudar tal comprometimento.²¹¹

Agustín Luna Serrano assevera que a correlação fundamental e imprescindível entre atividade agrícola e recursos naturais faz com que a norma que lhe diz respeito vá adquirindo relevo sempre mais significativo na legislação especial agrária, de maneira que na reflexão científica a respeito desta e em geral na constituição sistemática do Direito Agrário é objeto de um capítulo independente.²¹²

Disto foram pioneiros alguns juristas agrários latino-americanos, embora, às vezes, suas abordagens tenham o defeito de uma excessiva generalização que gera um desequilíbrio pelo menos para os juristas europeus - entre o desenvolvimento e o objeto próprio do Direito Agrário.

Trata-se, contudo, de empostação interessante principalmente em relação à doutrina do ciclo biológico e pois com relação aos problemas de qualificação da agrariedade (doutrina antecipada por Carrera) e recentemente reformada com grande eficácia por Carrozza, dada a estreita conexão existente entre

209 *Id., ibid.*, p. 323.

210 *Id., ibid.*, p. 323.

211 *Id., ibid.*, p. 323

212. Luna Serrano, Agustín. "Il Diritto Agrario e la Costituzione spagnola del 1978: fondamenti costituzionali della proprietà e dell'impresa agraria" em *Rivista di Diritto Agrario*, v. n. 64, 1ª parte. Milano, 1985, p. 67

ciclo de produção e fatores naturais que o provocam e condicionam.²¹³

Os jusagraristas devem se utilizar para refletir conjuntamente para esclarecer de modo definitivo quais as modalidades idôneas para inserir este argumento no sistema do Direito Agrário, face à necessidade de preservar o ambiente e os bens pertinentes.²¹⁴

O advento da denominada "economia contratual" é o efeito da evolução das relações entre produção agrícola e indústria de um lado e produção e mercado de venda do outro; relações que encontram cada vez mais freqüentemente o seu veículo jurídico em acordos interprofissionais a nível de entendimento entre associações contrapostas de agricultores e de industriais - e em contratos individuais do tipo agroindustrial ou agrocomercial.²¹⁵

Ocorre, portanto, que a produção agrícola está condicionada, em quantidade e em qualidade dos produtos agrícolas, objeto de contratação, pelas possibilidades de uma sua aplicação direta na indústria alimentar, conforme compromissos de concessão que concernem aos frutos ainda a serem produzidos ou no estado verde.

Fórmulas de "integração vertical" em grau mais avançado alternam-se, portanto, com as fórmulas, já prevaletentes, de agricultura contratual em sentido tradicional, com base nas quais a passagem da produção para a comercialização atuava, através das relações contratuais deixadas à iniciativa de cada um e relações intercorrentes, entre empresa agrícola e empresa comercial de intermediação no atacado ou²¹⁶ empresa de transformação industrial, cada um dos contraentes conservando, na estruturação restrita, um poder próprio de organização e de decisão: aquilo que até hoje permitiu à empresa agrícola manter intacta a sua identidade, talvez com dano à eficiência de coordenação.

A adequação das novas fórmulas negociais ainda na expectativa de uma regulamentação legal, por exemplo na Itália, no Brasil é devida ao alargar-se do campo operacional da indústria alimentar e à sua importância aumentada, o que induz o industrial (denominado integrador) a uma coordenação negocial, de pactos, quando não propriamente a uma integração com os fornecedores de matérias-primas,

213. *Id. ibid.*, p. 67

214. *Id. ibid.*, p. 68.

215 Carrozza, Antonio, *ibid.*, pp. 96 e 97

216. *Id. ibid.*, p. 97

enquanto o agricultor (denominado integrado), mesmo renunciando aos benefícios a um valor acrescido em que, pode-se esforçar através de atividades conexas, o integrado encontra, também, sua conveniência na possibilidade de programar as escolhas produtivas com maior segurança e em vender, praticamente, sob pedido, encomenda.²¹⁷

Nesta perspectiva de economia de troca programada, coordenada e controlada na cúpula, alguém preconiza a fusão da fase meramente produtiva com aquela da comercialização, de modo a obter como resultante empresas mistas: partindo dos contratos agroindustriais chegar-se-ia enfim às empresas agroindustriais, cada uma colocada em uma cadeia correspondente de fabricação de alimentos; e isto comportaria, em breve - sustenta-se - a absorção do Direito Agrário pelo direito agroalimentar,²¹⁸ em cuja construção os jusagraristas são convidados a se dedicar abandonando os velhos instrumentos conceituais, na reflexão de Antonio Ballarin Marcial, paladino desta corrente.²¹⁹

Antonio Carrozza conclui que o atual Direito Agrário chega a dissolver-se - pelas razões indicadas ou por outras ainda - é possível, mas apenas para se recompor depois em outras bases, ressalvada de qualquer modo a tipicidade do seu ciclo produtivo.

O expandir-se da indústria alimentar não consegue indiscutivelmente o fim do Direito Agrário.

Quanto aos contratos agroindustriais é de se supor que se tornem sempre mais difusos e tomem gradualmente o lugar dos contratos utilizados hoje pelo produtor agrícola para alienar o seu produto, sem, contudo, suplantá-lo de todo e permanecendo sua caracterização como contratos da empresa agrícola, sob o ponto de vista de sua causa genérica.

Carrozza lança dúvida quanto à sua causa específica: remanesce muito problemática, ao invés, a qualificação de sua causa específica: são contratos de venda de coisa futura, contratos de empreitada como sustenta Bivona, e qual outro?²²⁰

Critica de Antonio Carrozza: *"a construção criticada, e pois o plano*

217 *Id., ibid.*, p. 97.

218 *Id., ibid.*, p. 97

219 *Id., ibid.*, p. 98.

220 *Id., ibid.*, p. 98.

traçado, o prospecto de um direito agroalimentar, revela toda uma série de pontos frágeis, a começar por aquele de caráter terminológico, ou seja, de economia contratual"

Assim, sustentar que a integração vertical comporte uma fusão verdadeira e própria da empresa, enquanto normalmente se aperfeiçoa como coordenação para um fim comum de duas empresas de natureza diversa, sujeitas a estatutos ainda distintos (o agrário e o comercial); supor que todos os produtos agrícolas se destinem à transformação e manipulação pelas empresas industriais negligenciando a quantidade reservada ao autoconsumo do agricultor ou colocada diretamente por obra do agricultor nos mercados de consumo.²²¹

Para compreender o assunto: sigamos, por um instante com o pensamento , o produto que, depois de colhido, sai da disponibilidade do agricultor. Uma fração do produto, no entanto, não sai de modo algum e cumpre o breve trajeto que separa o campo (ou o armazém) da mesa do produtor. Outra fração, no mais das vezes constituída por bens perecíveis, dirige-se para os mercados de atacado ou de varejo, de pequena importância, através de uma cadeia de comerciantes intermediários.²²² A fração remanescente destina-se à indústria transformadora.

Acreditar, inexatamente, que a agricultura seja exclusivamente fornecedora de alimentos, enquanto dever-se-ia ter presente que a agricultura produz, também, e em medida relevante, bens não-comestíveis, exemplos, flores, e das plantas ornamentais às fibras têxteis de toda espécie, vegetais e animais (algodão, cânhamo, linho, lã, seda, etc.) do tabaco às ervas medicinais,²²³ ao etanol obtido dos cereais para uso de carburante, e assim por diante.

Há mais: últimas informações estatísticas sobre biotecnologias avançadas autorizam a previsão de um incremento das produções agrícolas que encontram saída nos mercados de bens não-alimentares.

Enfim, se é verdade que o direito alimentar em sentido próprio, assim como é concebido hodiernamente pelos alimentaristas, tem por escopo *"proteger a saúde do consumidor e manter a lealdade das transações alimentares"* conforme o entendimento de J. L. Gonzalez Baqué, não se depreende como se possa pensar em conjugá-lo com um Direito como o Agrário em que o interesse genuíno a ser

221. *Id. ibid.*, p. 98.

222. *Id. ibid.*, p. 98, nota 5.

223. *Id. ibid.*, p. 99

tutelado, dentro dos limites da conservação do ambiente e da preservação da saúde, sempre foi e é aquele concernente à atividade produtiva.²²⁴

É necessário distinguir Direito Agrário, Direito Agroalimentar e Direito da Alimentação. Direito Agroalimentar está mais próximo do conteúdo do Direito da Alimentação. Noções sobre o Direito da Alimentação foram estudadas por Alain Gerard.²²⁵

A legislação relativa às mercadorias alimentares rege atividades específicas: as que têm por objeto a produção, o tratamento ou o comércio das mercadorias. A legislação responde a objetivos específicos: a proteção da saúde, a honestidade do comércio destas mercadorias. Cria princípios e métodos de regulamentação que correspondem a aspectos particulares das matérias regulamentadas: normalização das mercadorias, emprego de aditivos, prevenção da contaminação alimentar, etiquetagem das mercadorias liberadas ao comércio, controle da contaminação alimentar. As disposições relativas a estes problemas em desenvolvimento contínuo, constituem "direito da alimentação" no sentido em que o concebe o jurista.²²⁶

O Direito da Alimentação concerne principalmente às relações entre os poderes públicos e os indivíduos (ou as empresas) e não-relações entre particulares vez que destina-se a assegurar a polícia do comércio das mercadorias e a proteção do consumidor.

O Direito da Alimentação apresenta contudo um caráter essencialmente misturado que permite até-lo a vários ramos do Direito Público. Por exemplo, na França, Itália e Canadá a disciplina está vinculada ao Direito Penal.²²⁷

Relaciona-se com o Direito Administrativo, Direito Social e Direito Econômico. Os efeitos do Direito da Alimentação sobre as atividades de produção e de comercialização das mercadorias alimentares e a influência direta destas ações exercidas sobre a vida econômica permitem considerá-lo em sentido amplo como Direito Econômico.²²⁸

224. *Id.*, *ibid.*, p. 99.

225. Gerard, Alain. "Elements du Droit de l'Alimentation", em *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, Editrice Giuffrè. v. 54, n. 114, 1975, pp. 289-313.

226. *Id.*, *ibid.*, p. 290.

227. *Id.*, *ibid.*, p. 290.

228. *Id.*, *ibid.*, p. 291.

O Direito da Alimentação tende a um nivelamento internacional como se comprova com o Codex Alimentarius ONU, onde se define o que é alimento, o Código Latino-americano de Alimentos, etc.

As regras do Direito da Alimentação têm como fim principal a proteção dos consumidores, tanto quanto aos atentados à sua saúde como à boa-fé.²²⁹

O caráter de relativa estabilidade que envolve toda regra de Direito parece incompatível com a necessidade de aptidão rápida e constante que caracteriza o Direito da Alimentação.²³⁰ Deve ser evitada a confusão entre a noção legal de alimento e o campo de aplicação do Direito de Alimentação.

Para excluir a mercadoria alimentar do campo do Direito Agrário basta ter presente a definição proposta pelo Codex Alimentarius da FAO/OMS: *"a expressão gênero alimentício é toda substância tratada, parcialmente tratada ou em estado bruto, destinada à alimentação humana e engloba bebidas, goma de mascar e todas as substâncias utilizadas na fabricação, preparação e tratamento dos alimentos, com exclusão de substâncias empregadas unicamente sob forma de medicamentos, de cosméticos ou de tabaco"*²³¹

Existem, também, os códigos nacionais da alimentação.

Sujeito ativo do Direito da Alimentação é toda pessoa participante da cadeia da produção desde a utilização de matérias-primas agrícolas ou de produtos de criação, da caça e da pesca, até a obtenção do produto definitivo.

São igualmente sujeitos ativos do Direito da Alimentação todos que participam da cadeia da comercialização ou de distribuição, ou seja, de colocar à disposição dos consumidores gêneros brutos ou produtos acabados.

Não-integram a categoria de sujeito ativo do Direito da Alimentação aqueles incumbidos de elaborar as regras, de controlar a sua aplicação ou da elaboração de disposições repressivas. Na prática os sujeitos ativos quer se trate de produtores ou distribuidores não são indivíduos, mas empresas.²³² Os sujeitos passivos do Direito da Alimentação são os consumidores. A função protetora do Direito da Alimentação se aprecia e se organiza em dois planos muito diferentes pela sua natureza e pelos problemas que suscita: o respeito à saúde e a garantia de

229. *Id.*, *ibid.*, p. 294

230. *Id.*, *ibid.*, p. 296.

231. *Id.*, *ibid.*, p. 299.

232. *Id.*, *ibid.*, p. 302.

honestidade do comércio de outro lado.²³³

5. A concepção agrobiológica como investida metodológica: discussão

A análise crítica há pouco efetuada das mais importantes concepções "alternativas" conduziu Antonio Carrozza, com sua autoridade, à concepção agrobiológica da atividade agrária: uma concepção que pode ser denominada "pura" porque, através de uma elaboração conveniente, permite ao Direito Agrário subtrair-se a qualquer contaminação por parte de normas diferentemente orientadas e de permanecer coerente com suas raízes históricas.

Iniciaremos a análise do tema com o estudo da teoria biológica da agrariedade quanto a seu fundamento e extensão como introdução a abordagem sob o aspecto da investida metodológica.²³⁴

Preliminarmente deve ser salientado devermos ter presente uma noção extrajurídica do fenômeno agrário. Só assim será possível individuar aquele caráter de "agrariedade" que forma o *proprium* da atividade do agricultor.

Antonio Carrozza esclarece que os primeiros acenos nesta direção se devem a estudiosos latino-americanos, com ênfase à escola argentina (Magaburu, Carrera), sendo certo que alguns cultores italianos de ciências agrárias, e em particular Faenza, chegaram a formular a proposição seguinte, que representa o ponto de partida para desenvolver também sob o plano técnico-jurídico a teoria agrobiológica da agrariedade.²³⁵

A atividade produtiva agrícola consiste no desenvolvimento de um ciclo biológico concernente à criação de seres animais e vegetais, que resulta ligado diretamente ou indiretamente à exploração das forças e recursos naturais, e que se reduz economicamente na obtenção de frutos (vegetais ou animais) destinados ao consumo, seja como tais, seja como mediante uma ou mais transformações.²³⁶

Ressalte-se, ainda, que todas as atividades dependentes de ciclos biológicos ligados à terra, ou mais genericamente à natureza, são submetidas ao

233. *Id.*, *ibid.*, p. 304.

234. Carrozza, Antonio, *op. cit.*, p. 10.

235. *Id.*, *ibid.*, p. 10.

236. *Id.*, *ibid.*, p. 10.

império de forças naturais; algumas dessas atividades são influenciáveis e dirigidas pela intervenção organizada do homem, outras não, enquanto nas atividades industriais em sentido estrito os processos produtivos, mesmo quando sejam de caráter biológico, são na totalidade domináveis pelo produtor, em ambientes perfeitamente controlados.²³⁷

Daí o corolário de que cada vez que se opera em direção a posições de desimpedimento do ciclo produtivo do domínio das forças ou dos recursos naturais, mesmo se não estreitamente ligados à terra, o caráter agrícola diminui.

Portanto, há uma série de atividades que se encontram nos limites que separam a indústria da agricultura, as quais mesmo talvez tendo se submetido a profundas modificações tecnológicas e organizativas, ainda possam ser chamadas agrícolas, ao contrário de outras atividades que, em certo ponto de sua evolução, passaram, assim, a incluíveis no setor secundário da economia.²³⁸

Entre as atividades que ainda denunciam os caracteres fundamentais da dependência a um ciclo biológico, mesmo se sob certos aspectos os elementos da natureza tenham sido submetidos a controle, forçados e acelerados, podem ser exemplificadas: culturas em estufa, culturas hidropônicas e similares (cultura fora da terra), ressalte-se que nestas últimas culturas, embora o fator originário "terra" resulte completamente superado e substituído, o êxito da iniciativa depende definitivamente do andamento do ciclo biológico.

Pela mesma razão ainda devem ser inseridas no setor agricultura, não-obstante a aplicação eventual de técnicas e estruturas produtivas análogas às encontráveis no setor industrial, certas formas de criação intensiva de animais estranhas à noção clássica de "animais", porém hoje de grande importância econômica, como avicultura, apicultura, etc.²³⁹

Em muitos destes casos trata-se de culturas que podemos chamar "artificiais" para distinguí-las daquelas tradicionais; mas o alcance, a importância da distinção é relativa porque, na lição de Francesco Galgano, também as culturas artificiais *"concernem à produção de bens que são em sua natureza intrínseca e para o seu processo genético, bens correspondentes àqueles tradicionalmente retirados do fundo"*

237. *Id., ibid.*, pp. 10 e 11

238. *Id., ibid.*, p. 11.

239. *Id., ibid.*, p. 11.

Após esta introdução examinaremos os corolários do princípio biológico.

Aceita a impositação da teoria biológica da agrariedade pode-se fixar alguns corolários que disto decorrem e contemporaneamente desacreditar certos lugares comuns da cultura jurídica.

a. Primeiramente, a fecundidade do critério proposto se mede frente a casuística de cada uma das produções abstratamente classificáveis dentro ou fora do setor "agricultura e florestas"²⁴⁰

Existe a classificação das culturas denominadas "artificiais" para distinguí-las das "naturais"

Outro setor onde reina uma grande incerteza de qualificação (como atividade agrícola ou, ao contrário, como atividade industrial - comercial) é o das empresas "vivaistiche", o qual poderia ser recuperado para a agricultura com base na simples verificação que mesmo a atividade do "vivaista" que cultiva flores ou plantas ou árvores apresenta os caracteres fundamentais da criação vegetal, com todos os riscos que isso comporta, não-obstante que, acessoriamente, negocie plantas produzidas em seu estabelecimento, permitindo aos adquirentes de obter delas os frutos ou de usá-los para embelezamento dos próprios jardins, etc.²⁴¹

Quanto à criação de "outros" animais que não-gado, por exemplo criação de cavalo de corrida, o argumento para a exclusão do âmbito do princípio agrobiológico fundamentou-se, essencialmente, na destinação do produto não ser aquele tradicional do serviço prestado ao fundo (o "gado" no sentido histórico do vocábulo) ou do emprego com escopos alimentares.

Mas sob este último ponto de vista é claro o equívoco porque os produtos agrícolas não são todos destinados à alimentação (e por isto, no plano sistemático, é necessário concluir que o Direito Agrário não cuida absolutamente do direito agroalimentar): pense-se, entre outras, nas flores e plantas ornamentais, nas fibras têxteis, no tabaco.²⁴²

Na mesma linha de raciocínios na abrangência da criação de animais: reflita-se, além da criação de cavalos de corrida, em cães de corrida, animais cujas peles são destinadas à confecção das peliças, nos pombos viajantes, lombrigas

240. *Id.*, *ibid.*, p. 11.

241. *Id.*, *ibid.*, p. 13.

242. *Id.*, *ibid.*, p. 13.

criadas para produzir húmus ou iscas para pescadores e os animais domésticos em geral.²⁴³

Ragusa-Maggiore enquadra como não-acolhível a afirmação que sejam suscetíveis de criação em sentido agrário apenas os animais que servem diretamente à satisfação de "*necessidades biológicas do homem*"

Em todos esses casos soluciona o impasse a averiguação da presença de uma criação, qualquer seja o tipo, prescindindo tratar-se de espécie zoológica ou botânica o objeto criado, o que é irrelevante para nosso estudo, quer quanto às modalidades e às finalidades da criação, ou mesmo quanto às dimensões (figura, dimensões, etc.) do próprio produto: por exemplo, tratando-se de avicultura, também os ovos devem ser considerados como frutos.²⁴⁴

Com o termo "criação" que representa a palavra-chave de todo o raciocínio, alude-se ao conjunto de cuidados necessários para: fazer nascer, abrigar, vigiar, alimentar, curar de doenças o animal e a planta e, eventualmente, obter que se reproduza.²⁴⁵

O criador segue, vigia, e podendo, guia o desenvolvimento do ciclo biológico do início ao fim, isto é, do nascimento ao estado adulto ou maduro, da seminação à colheita, conforme diga respeito a animal ou vegetal.

É inegável a utilidade de descompor a atividade de criação nas várias operações que a integram, porque de tal modo se pode verificar se se lança mão efetivamente de criação, comprovando-se que nenhuma das operações indicadas, presumidas, venha a faltar.²⁴⁶

Mas quais das várias operações podem, em verdade, considerar-se essenciais?

Uma resposta precisa, segura, não pode prescindir da ligação de cada operação com o ciclo biológico: só esta união restitui ao termo "criação" o seu significado autêntico.

Antonio Carrozza exemplifica:

1. *Fattispecie* que resultam no limite da agrariedade vez que nelas não-sucedem todas as operações ou fases do ciclo biológico, mas se verificam

243. *Id., ibid.*, p. 13.

244. *Id., ibid.*, p. 14.

245. *Id., ibid.*, pp. 14 e 15.

246. *Id., ibid.*, p. 15.

apenas duas, que, geralmente, são as fases inicial e final, exemplo: criação de peixes de rio, deixados depois livres de "pascor" e sucessiva captura a distância de tempo - dos exemplares tornados comerciáveis.

2. Pode se configurar, porém, uma única fase intermediária. Uma aplicação assaz interessante desta última situação se encontra na atividade de pré-germinação das batatas que servem de semente, daí aumentar o rendimento. Há exemplo ocorrido em França em que se discutiu a situação de empresa dedicada exclusivamente a esta operação qualificada como agrícola, com a observação que na pregerminação pode-se vislumbrar uma transformação da natureza biológica constituinte de uma fase da vegetação da planta.

3. Coloca-se, ao invés, como obstáculo insuperável à atribuição da natureza agrícola a ausência de todas as fases que precedem a colheita, sem que o produtor tenha estabelecido as premissas para o nascimento e para o desenvolvimento dos frutos: o que sucede com os cogumelos e trufas não-cultivados, para os frutos menores do bosque, para as flores do campo e as plantas selvagens e em geral para todos os produtos assim denominados "espontâneos" mesmo se possuem propriedades nutritivas ou terapêuticas que os tornem apetecíveis e mantenham a demanda de um mercado.²⁴⁷

Em segundo lugar, há um esclarecimento concernente à *vexata quaestio* de pertencerem à agricultura as atividades de caça e pesca. Estas atividades não integram absolutamente hipótese de obtenção de produtos agrícolas mediante criação, mas se reduzem em atividades de natureza verdadeiramente extrativa (de caça da selva, peixes de água do mar ou de rio).

A favor da inserção da caça e pesca na esfera da agricultura assentam-se unicamente motivos práticos e atitudes tradicionais e tanto uma quanto outra, desenvolve-se normalmente no mesmo ambiente em que atua o empresário agrícola.

Após apontar a pesca, devemos indicar como hipótese de criação no sentido autêntico e pois de atividade inserível na agricultura a produção artificial de peixes, enguias, mexilhões, ostras e semelhantes, objeto da moderna piscicultura ou iticultura em bacias de água doce ou salgada, internas ou externas.

Há criação de algas nas águas do mar, atividade significativa sob o ponto de vista econômico.

247. *Id.*, *ibid.*, p. 15.

É claro que a piscicultura nada tem a haver com a pesca.²⁴⁸

Para Dante Gaeta "*a distinção juridicamente relevante a ser efetuada é entre estabelecimentos destinados a captura de espécies migratórias e a exploração de bancos submarinos e estabelecimentos de criação (piscicultura, moluscocultura). Com efeito no primeiro caso os organismos aquáticos se encontram em estado livre e sua apreensão com o escopo de fazê-los próprios constitui aquele modo da aquisição da propriedade que é ocupação, enquanto no segundo caso os organismos aquáticos, enquanto frutos naturais pertencem desde o nascimento ao concessionário do estabelecimento ou a outro sujeito eventualmente legitimado e sua apreensão por parte de quem não tenha título constitui furto ou delito análogo*"²⁴⁹

Em terceiro lugar, verifica-se que a silvicultura embora indicada separadamente das duas outras formas da atividade agrícola primária (cultivo do solo, criação de animais), não é nada mais senão uma espécie do cultivo do solo ou melhor criação de vegetais. Há, contudo, a extensão do florestal ao agrário em sentido extenso, sob o perfil seja normativo quanto científico.²⁵⁰

A assimilação da silvicultura às outras espécies de atividade agrícola é oportuna principalmente para aquele setor do direito florestal que se apega à empresa de cultivo de bosque.

Em quarto lugar, o tema tão-discutido da relevância da "terra" e pois do fundo, recebe uma luz diferente, que é a projeção do terreno no plano jurídico-patrimonial ou jurídico-empresarial.

Para a exata compreensão da teoria agrobiológica é fundamental a verificação que o que se cultiva não é a terra porém a planta (esteja ou não inserida na terra), como Alfredo Massart notou com razão.²⁵¹

Com efeito, a verificação debilita a veracidade da ligação terra-produção agrícola.

A conclusão não muda se o fundo terrestre é substituído pelo fundo formado por água (por exemplo: um lago artificial alugado para criação de peixes); hipótese que serve para relativizar o conceito de fundo e que desnuda a

248. *Id.*, *ibid.*, p. 16.

249. *Id.*, *ibid.*, pp. 16 e 17.

250. *Id.*, *ibid.*, pp. 16 e 17

251. *Id.*, *ibid.*, p. 17.

imagem estereotipada que o agricultor à velha maneira nos transmitiu.²⁵²

Se é válido o argumento que a nota distintiva da agrariedade consista no desenvolvimento de um ciclo biológico que alarga o âmbito na aquisição de frutos animais ou vegetais sob a ameaça de um risco particular, ligado aos aspectos genéticos e biológicos - é necessário considerar infundada a opinião segundo a qual as atividades agrícolas se distanciaram das comerciais (ou das civis, para quem admite este terceiro gênero) sempre e de qualquer modo por causa da presença do bem terra.²⁵³

Não é sequer aceitável a tese debilitada pela qual as atividades de caráter agrícola se distinguiram pela natureza específica do meio produtivo empregado. É verdade que a agricultura tem até agora estado voltada para a terra, tem se desenvolvido com a terra e sobre a terra e requer, por isso, em regra, a presença do fundo.²⁵⁴

Pode-se afirmar respaldados em Cigarini, que ao lado desta agricultura tornada "territorial" ou, talvez mais adequadamente "fundiária" estatisticamente prevalecente exista uma outra, de importância econômica e social cada vez mais crescente, que denominaremos "não-territorial" ou "não-fundiária", a qual prescindia do emprego da terra no significado recebido há séculos, mesmo mantendo em comum com as culturas do tipo tradicional a exploração dos mesmos mecanismos genéticos e biológicos da produção.²⁵⁵

Com as indicações expressivas a respeito da fecundidade do critério agrobiológico da agrariedade pode-se considerar dispensada a tarefa de propor uma interpretação do vocábulo "agricultura" que consista, entretanto, remontar ao conceito de Direito Agrário, oferecendo, igualmente, os pressupostos de uma definição plausível.

O critério agrobiológico foi tratado em forma axiomática, isto é, como princípio a ser considerado verdadeiro por sua própria evidência, o que pode ser justificado por razões de oportunidade didática.²⁵⁶

252. *Id. ibid.*, p. 17.

253. *Id. ibid.*, p. 17.

254. *Id. ibid.*, p. 17.

255. *Id. ibid.*, p. 18.

256. *Id. ibid.*, p. 18.

Após esta exposição, devemos passar ao estudo de opiniões críticas expressas a respeito do critério biológico sob o perfil metodológico e conseqüentemente da determinação do objeto do Direito Agrário.²⁵⁷

Voltando com o pensamento à função fundamental que se deve reconhecer à concepção agrobiológica, qual seja a de representar a essência da agricultura com aderência ao real e, pois, em identificar as várias atividades propriamente e intrinsecamente agrícolas, distinguindo-se de outras que tais não são.

Sob este ângulo visual, a agrariedade resulta de um modo natural de ser de um determinado tipo de atividade, ou, se assim se desejar, de empresa, por efeito da ação de mecanismos genéticos e características vitais dos seres vegetais e animais.²⁵⁸

É a natureza que cria e faz desenvolver a sua criação, enquanto o homem *artifex* não faz senão predispor, auxiliar e controlar o desenvolvimento do ciclo biológico.²⁵⁹

A tese agrobiológica da agrariedade arrecadou adesões numerosas e autorizadas na Itália e no Exterior nos últimos quinze anos, mas permitindo também fossem registradas algumas objeções que abrangem, também, questões de método na investida geral do estudo do Direito Agrário, como também em tema de determinação de seu objeto.

Examinaremos, rapidamente, opiniões mais favoráveis e benévolas, como a de Giovanni Galloni, de avaliar a tese como "*felice*" e aquela de Dante Gaeta que, mesmo não escondendo motivos de divergência, fala em concepção "*sedutora*"²⁶⁰

Há, também, P.G. Jaeger que considerou fosse limitadora chamá-la simplesmente de tese, vez que "*ela tem todas as características de uma teoria, isto é, a sistematicidade, a amplitude da construção, além do rigor e a particular dignidade formal da exposição*"²⁶¹

Mas críticas foram articuladas contra a teoria e não-basta examiná-las

257. *Id.*, *ibid.*, p. 18, nota.

258. Carrozza, Antonio, *op. cit.*, p. 99.

259. *Id.*, *ibid.*, p. 99.

260. *Id.*, *ibid.*, p. 100.

261. *Id.*, *ibid.*, p. 100.

senão opor-lhes réplicas satisfatórias.

As críticas se concentram em admitir que a tese da agrariedade não é acolhível porque *"parte de uma noção extra-jurídica da agricultura, que não corresponde à concepção econômico-social e que não coincide ou até contrasta com o Direito Positivo"* na lição de Dante Gaeta, de 1984.²⁶²

Esta observação geral deve ser decomposta em uma série de objeções particulares que devem ser examinadas e rebatidas uma por uma:

a. Uma primeira objeção é de tipo radical e é própria de quantos excluem aprioristicamente a relevância da tese agrobiológica, dado que lhe contrapõem uma daquelas concepções que são chamadas alternativas e das quais demonstramos a inconsistência.

b. Um segundo tipo de objeção está implícito no pensamento de quem afirma que *"realmente, para um observador imparcial, resulta incompreensível seja a dificuldade de aceitar, por parte de uns, seja a insistência no sustentar, por parte de outros, a agrariedade de alguma atividade, para exemplificar, como o cultivo de cogumelos ou a avicultura"* (Gonzalez Baqué). Tal posição rejeita o valor aplicativo do princípio enunciado mesmo frente uma casuística jurídica (aquela italiana em particular) que suscita continuamente problemas de qualificação e provoca julgados contraditórios.²⁶³

c. Enquanto as objeções sub a e b tem obviamente peso escasso, há uma que, a primeira vista, aparece atraente, com fundamento no relevo metodológico preliminar que a concepção em exame parte de uma noção extra-jurídica de agricultura.²⁶⁴

A réplica é tanto quanto simples: uma noção jurídica, como tantas vezes se afirmou, não se a encontra, e se por exemplo viesse a existir verificar-se-ia a correlação com a natureza dos fatos e das coisas.

O essencial, contudo, não é que se parta de uma noção extra-jurídica ao invés de uma noção jurídica (obviamente baseada em uma expressão normativa em qualquer modo decifrável), mas que prescindindo do ponto inicial, se possa em um determinado momento verificar que as duas noções coincidam substancialmente

262. *Id., ibid.*, p. 100.

263. *Id., ibid.*, p. 100.

264. *Id., ibid.*, p. 100.

nos resultados.²⁶⁵

Ora, como Marco Goldoni: notou perspicazmente "*se é verdade que a teoria do ciclo biológico se iniciou a partir de insatisfação no confronto com norma julgada inidônea para fornecer os contornos atuais da agricultura*" nem por isto a teoria do ciclo biológico renuncia a procurar a concordância ou a não-contradição, entre noção extra-jurídica ou extra-legal e noção jurídica ou legal: coincidência que parece, enfim, prestes a se realizar completamente (ver letra g). E isto afasta a força da objeção da origem extra-jurídica ou extra-legal da própria teoria.²⁶⁶

d. Uma observação contrária, não-ligada às contingências do direito positivo, provém de Wolfgang Winkler, especialista alemão, e de quantos como ele admitem que a teoria agrobiológica tenha méritos elevados para a sistematização teórica do Direito Agrário, mas, contudo, consideram que a agricultura não seja somente um processo biológico. Mas precisamente a agricultura seria, também, um fenômeno social, pois, a noção que lhe é pertinente estaria sempre "*sujeita às opiniões correntes da sociedade*"²⁶⁷

Mas isto não-significa negar a importância, direta ou reflexa, do fenômeno de ordem sociológica. Sabemos que o fato ou fator político concorre para a ação das forças criadoras do Direito Agrário e este sofre, com certeza, do condicionamento da opinião pública.²⁶⁸

e. Outra imputação que é dirigida à tese agrobiológica concerne à desvalorização que implicitamente dela resulta para o fator "terra". Recrimina a teoria porque descuida do fato de que, na grande maioria dos casos, o exercício da agricultura continua a comprometer o elemento fundiário; nem se pode manter fora da agricultura acrescenta-se a título de reprovação tudo aquilo que a ela se prende, como a reforma agrária e a reordenação do território agrícola.

É possível responder, a respeito do primeiro aspecto, que está errado acreditar que a teoria em exame postule unicamente a condução e gerência de uma agricultura sem-terra.²⁶⁹

265. *Id., ibid.*, p. 101.

266. *Id., ibid.*, p. 101.

267. *Id., ibid.*, p. 101.

268. *Id., ibid.*, p. 102.

269. *Id., ibid.*, p. 102.

Deve-se apontar, ao contrário, que a teoria agrobiológica não olvida de maneira alguma a agricultura fundiária feita com terra e na terra, ao mesmo tempo em que permite qualificar como agrícolas atividades da agricultura sem-terra as quais de outro modo permaneceriam vinculadas à área da comercialidade se fossem seguidos outros critérios de qualificação.²⁷⁰

Ademais, a propósito da importância conclamada da terra e a ligação da atividade agrícola com a terra e com o fundo, deve ser novamente repetido que não é a terra que se cultiva mas a planta, como o afirmou, com precisão, Alfredo Massart.²⁷¹

A respeito do segundo aspecto, pode-se afirmar que tudo aquilo que concerne à disciplina do território com o fim de aumentar a fertilidade, introduzir benfeitorias, melhorá-lo, colonizá-lo, planejá-lo, ocupa posição periférica a respeito do núcleo central e ao momento fundamental da atividade agrícola, que é essencialmente dirigida à produção (isto é, na gíria típica da teoria que se examina, dirigida à criação com fins produtivos).²⁷²

f. Crítica muito interessante para a sistemática do Direito Agrário, mesmo se geralmente permaneça não-manifestada ou expressa muito timidamente,²⁷³ fundamenta-se, porém, em um equívoco.

Diz-se que a teoria agrobiológica obtém as peculiaridades do agrário nas atividades agrícolas (agrícolas *ex se*) como definidas no Código Civil italiano: cultivo do fundo, silvicultura, criação de animais, todas elas que se podem adaptar à tese da agricultura como criação governada por um ciclo biológico.

Procura-se fazer notar, que a teoria agrobiológica descuidada das atividades remanescentes que se podem dizer agrícolas por conexão ou acessoriedade e principalmente das atividades de transformação e de alienação de produtos agrícolas por parte do produtor. Então, conclui-se que a teoria em exame pode ser tachada de incompleta.

Aqui podemos nos limitar a ressaltar que as atividades de transformação e de alienação são unicamente consideradas (pelo menos na doutrina italiana) como atividades cuja natureza é na origem não-agrícola mas,

270. *Id.*, *ibid.*, p. 102.

271. *Id.*, *ibid.*, p. 102.

272. *Id.*, *ibid.*, p. 102.

273. *Id.*, *ibid.*, p. 103.

respectivamente, industrial ou comercial, salvo seja qualificada como civil por alguém.²⁷⁴

É claro, então, que um critério pensado para provar a agrariedade intrínseca de dadas atividades não-coincida com atividades que agrícolas não sejam e que agrícolas podem se tornar apenas se e porque se demonstram conexas às atividades propriamente agrárias (o critério de conexão é no Direito italiano um critério legal).

É pois inútil levantar o problema se e como nestes casos o critério da agrariedade seja aplicável; nestes casos o critério da agrariedade não tem nenhum significado. Ai está o equívoco.²⁷⁵

Estas atividades, e toda uma série de situações e de relações que pertencem ao Direito Agrário, enquanto se manifestam teleologicamente coligadas a ele, estão fora do âmbito do critério agrobiológico.²⁷⁶

Há enfim, uma parte do objeto complexo do Direito Agrário para o qual é necessário abstrair metodologicamente falando - do critério biológico da agrariedade: aplicar este a todo custo não teria sentido.²⁷⁷

g. A objeção que suscita maior reflexão poderia estar ligada ao nome ilustre de Ettore Casadei, o qual encontrou para exprimi-la uma fórmula muito eficaz na sua brevidade.

Fazendo-se porta-voz daqueles colegas que mesmo demonstrando compartilhar da tese agrobiológica têm, porém, reserva mental, Casadei lamenta que o critério da agrariedade, conforme a fórmula aqui discutida, não seja utilizável sempre:²⁷⁸ não é utilizável, precisamente, no plano exegético, enquanto a norma de Direito Positivo não o autorize.

Efetivamente, o operador jurídico conta com um certo n. de disposições legais que consentem uma leitura esclarecida do critério biológico.

Além disso a perspectiva em que se colocam aqueles que requerem uma verificação da compatibilidade do critério agrobiológico com o Direito Positivo

274. *Id.*, *ibid.*, p. 103.

275. *Id.*, *ibid.*, p. 103.

276. *Id.*, *ibid.*, p. 103.

277. *Id.*, *ibid.*, p. 103.

278. *Id.*, *ibid.*, p. 103.

interno e comunitário - exigência em si perfeitamente legítima e por outro lado ritual para o jurista poderia ser derrubada, transformando tal pedido na exortação para submeter o direito vigente ao controle de um juízo de valor frente os dados extrínsecos como aqueles fornecidos pelo critério agrobiológico.²⁷⁹

Postulada a prejudicialidade da noção de agricultura e a sua derivação das ciências biológicas e agrônômicas, então as regras reguladoras da agricultura deverão se conformar à essência da agricultura, e não vice-versa.

Com o passar do tempo verifica-se que tanto no plano do direito interno quanto no comunitário as supostas discrepâncias não eram muito numerosas nem conspícuas.²⁸⁰

A adequação às indicações do critério agrobiológico vai se consolidando, ainda que lentamente e com incertezas, tanto que já é possível contar com dois textos eloqüentes: a Lei n. 120 de 5 de abril de 1985, da Itália, pela qual a atividade de cultivo de cogumelos deve ser considerada, para todos os efeitos, atividade agrícola; e a Lei n. 778 de 26 de novembro de 1986, por efeito da qual o reconhecimento legal da agrariedade é estendido, para fins previdenciários, às "*atividades de criação das espécies suínas, avícolas, cuniculas, itícolas, de animais selvagens com escopo alimentar, além das atividades atinentes à agricultura, criação do bicho da seda e semelhantes*"²⁸¹

A atividade legislativa na Itália tem se orientado nesta direção.

Estas e semelhantes presunções absolutas de agrariedade têm o defeito de se aplicar a várias espécies de criação ao invés de gerar uma declaração de princípio com caráter de generalidade, mas é verdadeiro que, aos poucos, enunciados semelhantes, através da multiplicação dos objetos (de criação) regulados, permitem alcançar resultado equivalente.²⁸²

E, também, no campo do Direito europeu comunitário, onde pareciam concentrar-se as maiores discordâncias, assiste-se a uma mudança significativa, que induz a reconsiderar as idéias a respeito das noções comunitárias de agricultura e de produto agrícola.²⁸³

279. *Id., ibid.*, p. 104

280. *Id., ibid.*, p. 104.

281. *Id., ibid.*, p. 106, nota 6.

282. *Id., ibid.*, p. 106.

283. *Id., ibid.*, p. 106.

Luigi Costato citado por Antonio Carrozza assinala, ao comentar o regulamento n. 797, de 1985, que contém inovações quanto aos instrumentos jurídicos para a atuação da política das estruturas produtivas, que o desenvolvimento da intervenção comunitária "*consentiu a formulação de uma noção de agricultura que ultrapassa os produtos elencados no Anexo II do Tratado de Roma, e tende, sempre mais, a identificar-se com a atividade de criação de vegetais e de animais*".²⁸⁴

h. A teoria agrobiológica da agrariedade, desenvolvida em toda a sua extensão lógica, pode conduzir a considerar como agrícolas criações de animais produtores de peles apreciadas, cães-de-corrída, cavalos-de-montaria e semelhantes.

Mas há quem, mesmo declarando aceitar os postulados gerais, afasta esses resultados definindo-os "distorcidos"²⁸⁵

Naturalmente, negar a qualidade agrícola para atividades do gênero simplesmente em base ao entendimento comum ou por efeito de adesão acrítica à tradição, este sim, seria um resultado "distorcido" no plano da lógica, seria uma oposição irracional admitir a conseqüencialidade de um raciocínio que deveria resultar válido para todas as criações de animais e vegetais.

Para aproveitar esta fácil réplica Alberto Germanó citado por Antonio Carrozza excogitou um diagnóstico diferente para a pesquisa da agrariedade nos casos dúbios, consistente no recorrer, caso a caso, à análise das características do mercado do produto em questão: este seria relativo à área da agrariedade sob condição que o mercado pertinente resulte submetido às "leis" econômicas não coincidentes com aquelas típicas de um mercado de produtos industriais.²⁸⁶

O critério proposto se refaz, se reconstrói junto à opinião comum a cerca daquelas características diferenciadas do mercado agrícola que constituem matéria da exercitação clássica para os peritos de economia agrária: a rigidez (no breve período) da oferta, a falta de elasticidade da demanda no variar dos preços dos bens agrícolas e da renda de seus consumidores.

A literatura agrária a seu tempo dela se apossou, mas unicamente com o escopo de individualizar as causas da fraqueza do produtor agrícola.

Giovanni Galloni, em suas "*Lezioni*", escreve a propósito deste

284. *Id., ibid.*, p. 106.

285. *Id., ibid.*, pp. 106 e 107

286. *Id., ibid.*, p. 107.

particular posicionamento da relação entre produção e mercado: "*na indústria a produção domina normalmente o mercado e impõe aos consumidores as suas escolhas; na agricultura ao invés é o mercado a dominar a produção e quem organiza a indústria de transformação dos produtos agrícolas ou quem tem a gestão dos mercados de consumo nas áreas metropolitanas impõe o preço, o tipo e a qualidade dos produtos aos agricultores*"²⁸⁷

Isto explica as razões de uma intervenção legislativa diversa que, no setor da indústria e das atividades terciárias, dirige-se a limitar as grandes concentrações monopolísticas ou as assim chamadas posições dominantes do mercado; enquanto no setor agrícola encoraja a concentração dos produtores em formas cooperativas ou associativas e intervêm na sustentação dos preços para a produção. Torna-se porém oportuno sublinhar - entretanto - em relação ao mercado a posição de cada agricultor não é igual para todos.²⁸⁸

"O pequeno cultivador direto, em poucos hectares de terra, encontra-se certamente em uma situação diferente do grande proprietário de um estabelecimento modernamente com fins comerciais" (Coda Nunziante, Di Sandro).²⁸⁹

Além das anomalias que diferenciam o mercado agrícola no seu conjunto variam de intensidade de um tipo de produto a outro; em substância pode-se dizer que na economia contemporânea existem tantos mercados quantos são os produtos.²⁹⁰

Deve ser observado ainda, que as anomalias em foco são geralmente notadas com referência (subentendida) aos bens destinados a satisfazer necessidades alimentares, enquanto é conhecido que aumentaram no tempo as produções de carácter não-alimentar: disto resulta que aquilo que valia para os observadores do século XVII em relação ao pão e outros gêneros de primeira necessidade alimentar não se pode afirmar valha hoje para outros produtos cuja agrariedade é de outros modos garantida.²⁹¹

287. *Id., ibid.*, p. 107.

288. *Id., ibid.*, p. 107.

289. *Id., ibid.*, pp. 107 e 108.

290. *Id., ibid.*, p. 108.

291. *Id., ibid.*, p. 108.

Remonta ao século XVII a formulação da assim denominada "lei" de King, conforme a qual o resultado monetário geral da colheita de trigo diminui quando aumenta a produção. Gregory King, Duque de Lancaster, escreveu em 1696 uma obra intitulada "*Osservazioni e conclusioni naturali e politiche nello stato e sulle condizioni dell'Inghilterra*"

A validade deste axioma elementar está ligada a condições particulares e é obviamente limitada a um mercado fechado (O. Ferro) não é afirmado que valha hoje para outros produtos cuja agrariedade está assegurada.²⁹²

Não há pois admirar que isto não valha para os animais de pele ou para cães-de-corrída ou para cavalos-de-montaria: para permanecer nos exemplos de produtos para os quais a qualificação de bens agrícolas não parece sobremaneira pacífica.²⁹³

É importante ressaltar que não é pacífica, porque quem se declara céptico sobre sua agrariedade não tem presente que a agrariedade pode apresentar diversas graduações e nuances, com isto oferecendo ao legislador a oportunidade de estabelecer diversas formas de organização de mercado e estatutos jurídicos oportunamente diferenciados para as várias empresas agrícolas produtoras.²⁹⁴

Enfim não é possível esquecer que "leis" econômicas de um mercado agrícola acima indicadas são válidas para um mercado abandonado às forças espontâneas da demanda e da oferta, mas não quanto a este é aplicado um regime especial de regulamentação "autoritativa" do tipo daquela que os autores do Tratado de Roma conceberam para remediar o desequilíbrio crônico e estrutural que o mercado dos bens agrícolas denuncia em condições de liberdade.²⁹⁵

Para citar um caso sintomático, a partir do momento que o CEE decidiu favorecer e sustentar o cultivo da soja nos Estados-membros assistimos na Itália a uma explosão verdadeira e própria deste cereal, e no giro de cinco anos tornou-se o primeiro produtor europeu.²⁹⁶

Guiada pelo mesmo objetivo da sugestão de Alberto Germanó é a

292. *Id., ibid.*, p. 108.

293. *Id., ibid.*, p. 108.

294. *Id., ibid.*, p. 108.

295. *Id., ibid.*, p. 108.

296. *Id., ibid.*, p. 109.

idéia de Luigi Costato que considera, também, possível individualizar um critério seletivo dos objetos da criação que consinta expungir do número destes os produtos julgados de discutível agrariedade, tal como certos animais utilizados para satisfazer necessidades diferentes daquelas nutritivas.²⁹⁷

Tratar-se-ia, pois, de considerar como agrícolas apenas aqueles produtos que correspondam aos que possam ser obtidos, e até agora obtidos, com os métodos naturais com o emprego da terra, prescindindo das modalidades atípicas seguidas hoje para alcançar o cultivo sem-terra.

Antonio Carozza conclui que sequer tal critério seja capaz de resolver todos os problemas de qualificação que a prática suscita: serviria para excluir a agrariedade da produção de bactérias, bioproteínas ou de mofos sem dever recorrer ao argumento de que em todas estas produções o ciclo biológico haveria de ser incluído, atribuindo ao setor secundário porque perfeitamente controlado; não seria, ao invés, tanto quanto eficaz para excluir da área da agrariedade atividades produtivas de animais como cavalos-de-corrída ou para montar, cuja "criação" em si e por si considerado, e para prescindir do uso que após o adquirente, não difere daquele dos cavalos de carne ou de tiro crescidos na herdade.²⁹⁸

Ademais é possível observar que, em substância, com aquele critério o processo de qualificação partiria do tipo de produto antes do que do tipo, de atividade, incorrendo assim, de novo na crítica em seu lugar formulada por tal método.²⁹⁹

Portanto, nem um nem outro dos conetivos propostos resulta acolhível.³⁰⁰

O Objeto ou Conteúdo

1. As teorias pessimistas sobre o objeto

Como se viu, a própria existência de uma ciência do Direito Agrário foi colocada em dúvida; e é mesmo a impossibilidade presumida em determinar um

297. *Id.*, *ibid.*, p. 109.

298. *Id.*, *ibid.*, p. 109.

299. *Id.*, *ibid.*, p. 109.

300. *Id.*, *ibid.*, p. 109.

objeto típico para tal ciência, e em determiná-lo em modo unitário, que encorajou hoje como ontem, aqueles que rechaçam a idéia de um Direito Agrário que exista por si mesmo.³⁰¹

As críticas na realidade centravam como alavanca a falta de um objeto definido e definível, mesmo quando na aparência o alvo das críticas era representado pela afirmação da autonomia.³⁰²

Examinemos estas teorias pessimistas.

Chamá-las teorias é talvez inexato, porque em geral elas se fundamentam em breves afirmações apodíticas, mas é culpa dos fautores do Direito Agrário não tê-las suficientemente impugnado, opondo válida demonstração em contrário.³⁰³

A negação de um objeto particular resulta mais ou menos convencida, mais ou menos radical. Fora da Itália, foi afirmado que o Direito Agrário forma "*um sistema aberto*" (Manfred Welan, com relação à realidade legislativa da Áustria), que a visão da matéria aparece ou aparenta ser "*desfocada*" (assim ressalta o suíço H. P. Friedrich).³⁰⁴

A verificação de uma multiplicidade (aparente) de objetos induziu um especialista francês, Hudault, a apresentar o Direito Agrário como um Direito "*misto*" também e sobretudo por causa da interferência de elementos de Direito Privado e de elementos de Direito Público.³⁰⁵

Também na doutrina soviética e aqui com mais razão do que em qualquer outro lugar, por causa da pluralidade de normas dirigidas para a agricultura - aflorou dúvidas sobre a homogeneidade das relações que freqüentam o Direito Agrário, e sobre a conveniência, ou mesmo a possibilidade de desarraigar normas e institutos especiais dos ramos consolidados do Direito, para incluí-los no objeto próprio do Direito Agrário.³⁰⁶

Na Itália a negação de um objeto particular tornou-se atual pela

301. *Id., ibid.*, p. 110.

302. *Id., ibid.*, p. 110.

303. *Id., ibid.*, p. 110.

304. *Id., ibid.*, p. 110.

305. *Id., ibid.*, p. 110.

306. *Id., ibid.*, p. 110.

descentralização das funções legislativas e administrativas do Estado para as várias "Regiões"

O modo mais insidioso de colocar em dúvida a identificabilidade de um objeto típico do Direito Agrário, é, igualmente, sempre aquele de apontar a presença de tantos e tão-despropositados componentes de modo a tornar vã, aparentemente, a fadiga de uma "*recomposição do saber jurídico*" e ilusório todo escopo científico de agregação e de síntese, na lição de Carlo Alberto Graziani.³⁰⁷

Graziani considera probante neste sentido um elenco de partes de objeto assim concebido: "*águas, agriturismo, cada uma das culturas, cada produto ou cada um dos produtos, intervenções no mercado, associação dos produtores, melhoria das terras, caça, pesca, fauna, construções rurais, formação profissional, trabalho e previdência, impostos e taxas, ambiente, solo, cada espécie de animais, florestas, calamidades naturais, cadastro. Comunidade Econômica Européia, comunidades montanhosas, consórcios, crédito agrário, cooperação, obras públicas, urbanística, poluição, irrigação, Ministério da Agricultura, peritos agrários, programação, propriedade cultivadora, parques, reservas, serviço sanitário, taxa de câmbio, terras incultas, tratados e conservações internacionais, usi civici, etc*"³⁰⁸

Todas estas teses que Antonio Carrozza denomina pessimistas - desde aquelas debatidas que há meio século acompanharam o nascimento do Direito Agrário até aquelas atuais que retomam as primeiras freqüentemente acriticamente, sem avaliar aquele tanto ou aquele pouco que os sustentadores das teorias otimistas *medio tempore* conseguiram demonstrar operam o inevitável comprometimento de questões de objeto e de questões de método, ou seja de critérios a serem empregados para a análise do objeto.³⁰⁹

Mas nenhuma destas parece irrefutável.

Para quem, como Casetta, denuncia a desorganização, a falta de organicidade da matéria se pode, no entanto, recriminar uma certa confusão de planos: uma coisa é averiguar a falta de organicidade da matéria (e com efeito na tese partia da verificação dos caracteres de complexidade e desorganização da matéria). Coisa bem diferente é atribuir a desorganicidade, etc., à disciplina jurídica

307. *Id.*, *ibid.*, p. 110.

308. *Id.*, *ibid.*, p. 110.

309. *Id.*, *ibid.*, p. 110.

daquela matéria.³¹⁰

A doutrina agrarista, pouco convencida de seus meios, não conseguiu evidentemente fornecer uma demonstração exaustiva de uma possível solução e o problema do objeto permanecia não-resolvido, quando não era propositalmente evitado.³¹¹

Fala-se, também, na tese não-nova do Direito "*misto*" (ou também sedimentário), na expressão de Hudault, com a presença simultânea de aspectos de direito público e de direito privado.

Sem contar que um autêntico direito privado pertença ao passado remoto e que a contraposição inicial entre público e privado dilui-se em uma contaminação recíproca e não serve de argumento.³¹²

Os autores soviéticos anteriores à radical modificação ocorrida na Europa Oriental, que qualificaram o Direito Agrário de ramo "complexo" aproximaram-se da noção de "*Direito misto*" a que alude a definição francesa, mas a reflexão científica sobre o objeto do Direito Agrário foi considerada por Antonio Carrozza mais avançada na União Soviética que em outros países, o que impõe, sempre, a conveniência da comparação com os desenvolvimentos obtidos por estes últimos.³¹³

A posição sustentada por Graziani coincide com a posição dos jusagraristas soviéticos mais convictos ao patrocinar a noção de agrariedade, como o fez Kozyr. Estes sustentaram um desafio às idéias desagregadoras do Direito Agrário, sejam as velhas como as novas, mas sustentaram inexistir uma disciplina unitária de nossa disciplina, incluindo, ainda, tantos ramos das várias disciplinas que cuidam da agricultura.³¹⁴

Várias objeções podem ser dirigidas à tese sustentada por Graziani, tese que poderia passar a história de nossa disciplina como a mais brilhante expressão da concepção "atomística" do Direito Agrário.³¹⁵

310. *Id.*, *ibid.*, p. 111.

311. *Id.*, *ibid.*, p. 111.

312. *Id.*, *ibid.*, p. 112.

313. *Id.*, *ibid.*, p. 112.

314. *Id.*, *ibid.*, pp. 112 e 113.

315. *Id.*, *ibid.*, p. 113.

Com efeito o elenco de partes do objeto do Direito Agrário adotado na sustentação da tese "atomística" é feita confusamente, desordenadamente, pois abrange pessoas, bens, entes e institutos jurídicos.³¹⁶

Mais importante é salientar que normas desorgânicas, isto é, em contraste aparente entre elas, encontram-se em toda parte: basta recordar como os civilistas modernos assinalam contínuas contradições entre os aspectos patrimoniais do Direito Civil vigente e os aspectos não-patrimoniais.³¹⁷

Mas, a confutação decisiva para uma elencação como a que engloba objetos plúrimos é outra. Esta, com efeito, contém dados não-trabalhados, primitivos, que aguardam serem classificados, ordenados, elaborados e enfim reduzidos a homogeneidade com base em um denominador comum mínimo. E este, como se sabe, é tarefa da doutrina auxiliada pela jurisprudência: cabe a esta, com efeito, encontrar e anunciar o método justo para todas as ligações justas.³¹⁸

2. Sobre a formulação do objeto em termos subjetivos ou em objetivos

Um paralelo com a história do Direito Comercial pode ser instrutivo ao se impostar o estudo do objeto do Direito Agrário com o escopo de alcançar e identificar os seus limites.

É conhecido como o Direito Comercial apareceu como *jus mercatorum*, ou seja como o direito que se distinguiu do direito comum, porque os mercadores dele foram os protagonistas, seja no sentido que as suas normas se dirigiam aos mercadores (e por reflexo a quem mantinha contatos com eles) seja no sentido de que era um direito elaborado pelos próprios mercadores reunidos em corporação e se tratava de uma ordem jurídica concebida para tutelar os interesses particulares da restrita classe mercantil.³¹⁹

Sucessivamente, nas codificações burguesas do século XIX, o Direito Comercial transformou-se em um sistema concentrado, movido para a identificação dos atos de comércio, seja com o escopo de atribuir a quem os praticava por

316. *Id., ibid.*, p. 113.

317. *Id., ibid.*, p. 113.

318. *Id., ibid.*, p. 113.

319. *Id., ibid.*, p. 113.

profissão habitual a qualidade de comerciante e submetê-los a uma jurisdição especial, como em um segundo momento, tornou-se pressuposto direto para a aplicação de um conjunto de normas reservado ao comércio: como no Código Comercial italiano de 1882, que intervém para sancionar o abandono do sistema subjetivo a favor do sistema objetivo.³²⁰

O processo de unificação dos direitos privados que o Código Civil italiano, de 1942, consegue impor, apenas aparentemente assinala o retorno a um sistema subjetivo do Direito Comercial, fundamentado, na realidade ao invés em "atos de comércio" do produtor - especulador, na figura da atividade de empresa e do sujeito que personifica a empresa-atividade (o empresário, individual ou coletivo).

Antonio Carrozza assevera parecer-lhe que Francesco Galgano, refutando a opinião da maioria dos intérpretes do Código Civil italiano de 1942, conseguiu, recentemente, demonstrar na realidade o processo de objetivação do Direito Comercial, basta atentar para a parte essencial dos contratos e das obrigações, alcança com o Código de 1942 o seu cume.³²¹

Carrozza conclui que se experimentarmos transferir esta interpretação no pressuposto de que seja correta, ainda que até agora minoritária - para o campo do Direito Agrário, verificamos um êxito análogo.

Continua sua construção apontando que, também, para o Direito Agrário é opinião comum que na passagem do Código Civil de 1865 para o Código Civil de 1942 o centro de gravidade se deslocou do exercício da propriedade para a titularidade e ao exercício da empresa: mas esta titularidade é apenas a forma jurídica de uma atividade que se caracteriza³²² pela sua substância, o que depõe, conclui Antonio Carrozza, a favor da objetividade do sistema.

Qualidade e posição dos sujeitos (enquanto portadores do fator trabalho na relação contratual, empresários variadamente titulados, participantes de empresas familiares etc.) são relevantes apenas no interno do Direito Agrário.³²³

Quanto ao externo do Direito Agrário: no externo, ao invés, a agricultura se manifesta como criação de animais ou vegetais governada por "leis"

320. *Id.*, *ibid.*, pp. 113 e 114.

321. *Id.*, *ibid.*, p. 114.

322. *Id.*, *ibid.*, p. 114.

323. *Id.*, *ibid.*, p. 114.

biológicas, e isto independentemente da qualidade e da posição dos sujeitos que funcionam como criadores.³²⁴

Em um certo sentido é mais fácil caracterizar o Direito Agrário sob o perfil objetivo enquanto não seja para o Direito Comercial, cujo objeto é definido tradicionalmente (e discutivelmente) pelos seus cultores de maneira negativa e residual. Ora isto ocorre diferentemente na agricultura.³²⁵

O Direito Agrário nunca foi o direito dos agricultores, não o foi no sentido de um direito posto pelo Estado para a tutela exclusiva dos interesses das categorias agrícolas,³²⁶ e também não o foi no sentido de um direito criado e elaborado corporativamente no interior destas classes (executa-se aquele tipo de produção espontânea de normas que se procedia, numa margem mais ou menos larga concedida à autonomia da vontade dos particulares por meio dos costumes locais).³²⁷

Portanto, diferentemente, do Direito Comercial.

Não se pode afirmar que o Direito Agrário tenha sido ou seja o direito dos agricultores, porque foi e continua sendo o resultado da composição do conflito de interesses de pelo menos duas classes sociais contrapostas: aquela dos proprietários de terras não-cultivadores e aquela dos cultivadores não-proprietários.

A lógica da contraposição viveu momentos alternados mas sempre existiu, ainda que em certos períodos permaneceu latente e em outros (como acontece hoje por efeito da sindicalização da tutela) se manifestou em formas também visíveis.³²⁸

Se assim for é de se notar que existiram momentos de prevalência dos proprietários fundiários, quando estes tinham acesso mais fácil aos centros do poder econômico e político, enquanto nos últimos decênios a classe emergente é aquela dos cultivadores diretos e pessoais, seja que cultivem terrenos próprios seja que arrendam terrenos alheios, seja que ajam individualmente, seja que adotem as formas da agricultura de grupo.³²⁹

324. *Id., ibid.*, p. 114.

325. *Id., ibid.*, p. 114.

326. *Id., ibid.*, p. 114.

327. *Id., ibid.*, p. 114.

328. *Id., ibid.*, p. 115.

329. *Id., ibid.*, p. 115.

Enfim a história ensina que os sentidos das relações jurídicas em agricultura precedem de categorias diversas e diversamente importantes, conforme as épocas: por isso o Direito Agrário não pode ser considerado um direito de classe.

Certamente não faltam sugestões nesta direção e ao invés qualquer jurista tenderia a reduzir todos os cultivadores, mesmo se empresários, ao estado de trabalhador subordinado ou parasubordinado, assim a podê-los submeter ao mesmo tipo de tutela determinada em geral pelas posições de trabalho e considerada aplicável também nesta hipótese, por via direta ou analógica.

Se o jurista teórico circunscrevesse suas indagações exclusivamente às exigências de tutela do contraente mais fraco ou "mais trabalhador" caracterizando uma disciplina agrária funcional a tais exigências, concederia contribuição eminente e talvez decisiva para a afirmação de um sistema assegurador em sentido único, que se afastaria talvez para sempre da imagem que nós fizemos do Direito Agrário com fundamento em dados objetivos irrefutáveis e se avizinharia do Direito do Trabalho até se confundir.³³⁰

Se acreditarmos dever considerar este êxito infeliz, será oportuno insistir na revelação dos dados objetivos.

Pode-se acrescentar que enquanto a formulação do problema do objeto em termos subjetivos levaria, inevitavelmente, à identificação de um objeto mínimo, tendencialmente sempre mais restrito, vice-versa a formulação do mesmo problema em termos objetivos, consente ressaltar todos os acréscimos do objeto que se apresentam sempre mais numerosos à atenção da doutrina, esta última a formulação em termos objetivos está conforme a uma tendência universalmente difundida e explora o caráter "aberto" do sistema de Direito Agrário.³³¹

3. Determinação positiva do objeto

Afastadas as teorias pessimistas a respeito da determinabilidade do objeto do Direito Agrário e precedida a conveniência de exprimir tal objeto em termos objetivos antes que subjetivos, é o momento de proceder em concreto à sua determinação ou pelos menos enunciar um procedimento útil para determinar o objeto, solucionando assim "*in positivo*" aquele que foi a seu tempo definido como o

330. *Id.*, *ibid.*, p. 115.

331. *Id.*, *ibid.*, pp. 115 e 116.

problema mais atormentador da ciência do Direito Agrário.

Conhecido o critério agrobiológico, seu significado e função como "revelador da agrariedade" resta aplicá-lo às atividades que devem ser reconhecidas como agrárias: atividades de cultivo do solo, com referência à silvicultura, à criação de animais: desejando seguir a nomenclatura tripartida adotada pelo art. 2.135 do Código Civil italiano, o qual, além disso, refere-se não a três atividades singulares, mas, a três grupos de atividades todas mantendo natureza intrinsecamente agrícola.³³²

As atividades agora lembradas são aquelas agrícolas por natureza.

Mas, além destas existem outras que o critério agrobiológico não está em condições de individualizar vez que se trata de atividades que se podem afirmar agrícolas somente por efeito da conexão e as mais importantes são intrinsecamente de natureza industrial ou comercial, se tornam agrícolas por atração.

Uma terceira categoria possível é representada pelas atividades auxiliares das atividades propriamente agrícolas.³³³

Antonio Carrozza assinala que em seu entendimento uma contribuição fundamental para a identificação do objeto do Direito Agrário pode decorrer da noção de atividade agrícola (por natureza, por conexão, etc.); abandonar a estática da *fattispecie*, que os civilistas preferem, para seguir a dinâmica da atividade, e conclui o insigne especialista parecer a direção mais profícua.³³⁴

Antonio Carrozza ressalta que é necessário, porém, apressar-se para acentuar que a atividade agrícola é considerada por si mesma ainda quando se tratando de um dos elementos constitutivos, melhor dizendo o principal elemento, da noção de empresa agrícola no seu perfil subjetivo.³³⁵

A escolha da atividade como termo de referência para a exploração do objeto do Direito Agrário, no lugar da referência à empresa na sua totalidade, não é motivada por um escopo desvalorizador, depreciativo da construção da empresa, mas se justifica sobretudo pelas seguintes considerações:

a. a primeira consideração de caráter sistemático, é de aludir à dúvida de que os destinatários das normas do Direito Agrário não são sempre e

332. *Id., ibid.*, p. 116.

333. *Id., ibid.*, p. 116.

334. *Id., ibid.*, p. 117.

335. *Id., ibid.*, p. 117.

exclusivamente os empresários agrícolas verdadeiros e próprios; também podem sê-los os produtores não-empresários.

b. a segunda, que é consideração de oportunidade, inspira-se pelo temor que uma representação do objeto do Direito Agrário, em termos de empresa, se pode ser oportuno para o Direito italiano, onde o conceito de empresa, embora discutido, é familiar e encontra correspondência na norma, possa resultar inconveniente aos cultores de certos direitos agrários nacionais que se encontram em diferentes condições em sua investida ao direito da empresa.³³⁶

Visão dos vários aspectos do Direito Agrário nacional³³⁷ encontramos em: para o Direito norte-americano, Donald L. Uchtmann,³³⁸ para o Direito Agrário alemão, Karl Kroeschell,³³⁹ para o Direito Agrário austríaco, Manfred Welan,³⁴⁰ para o Direito suíço H. P. Friedrich.³⁴¹

Deste autor há, também o trabalho "*Rapporto sullo stato del Diritto Agrario in Europa*", publicado na *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, v. 62, n. 1, 1983, pp. 184-200.

Há, também, o estudo de Rosario Nicoló e Paolo Vitucci, "*Riflessioni su Didattica e Sistemática del Diritto Agrario*"³⁴²

Relevantíssimo o trabalho de Luna Serrano, "*Aspetti Metodologici dello sviluppo dottrinale del Diritto Agrario negli anni 1960-1985*" Já-citado no decorrer deste trabalho.

336. *Id.*, *ibid.*, p. 117.

337. O estudo foi publicado em "*Rivista di Diritto Agrario*", Milano, v. n. 65, n. 1, janeiro-março de 1986, pp. 25-64, obra já largamente referida no texto.

338. Uchtmann, Donald L., *op. cit.*, pp. 334 a 340.

339. Kroeschell, Karl. "Il Diritto Agrario sull'ordinamento della Republica Federale Tedesca". em *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, v. 62, 1ª parte, 1983, pp. 324 a 331. Também, o trabalho "Rapporto sullo stato del Diritto Agrario in Europa", publicado na *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, v. 62, n. 1, 1983, pp. 184-200.

340. Wellan, Manfred. "Il Diritto Agrario in Austria" em *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, v. 63, n. 114, 1ª parte, 1984, pp. 329-333.

341. Friedrich, H. P. "Stato del Diritto Agrario in Svizzera", em *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, v. 63, n. 114, 1ª parte, 1984, pp. 470-475.

342. O estudo de Nicoló-Vitucci foi publicado na *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, v. 52, 1ª parte, 1973, pp. 66-72, objeto de comunicação apresentada nas "Jornadas italo-espanholas de Derecho Agrario", Salamanca Valladolid, 5-9 de novembro de 1972.

Conclusões

Antonio Carrozza, ao abordar o que seria um programa científico do Direito Agrário a quinze anos de 2000, aponta a dificuldade em conhecê-lo, porque o Direito Agrário é uma matéria ainda fluida que, no concernente a sua unidade, especialidade e organicidade, ainda não-obteve reconhecimento unânime e que ainda encontra suspensa a solução dos problemas de individuação dos conteúdos e limites.

Apesar da dificuldade em conhecer um programa científico acredita ser possível mesmo, porque a enunciação de um programa científico tem sentido quando há tarefa a cumprir e se tenha noção de dever iniciar.³⁴³

Quanto a um primeiro aspecto a base de reflexão se encontra no material adequado e este se compõe com os institutos que são reconduzíveis ao núcleo do Direito Agrário.³⁴⁴

Convém recordar, uma vez mais, que estudar o Direito Agrário "através de institutos" é uma metodologia que pertence aos instrumentos conceituais do labor científico, e se considera provada a utilidade do recurso a esta metodologia e a sua plausibilidade com relação às aplicações possíveis na teoria geral do moderno Direito Agrário.³⁴⁵

O número de institutos não importa, sendo certo que os institutos vão aumentando em número numa medida proporcional ao desenvolvimento e à difusão da legislação especial: esta se comporta obviamente como um multiplicador de institutos típicos.³⁴⁶

Antonio Carrozza ensina que há uma singularíssima correspondência de institutos entre os principais ordenamentos que costumam ser estudados, referindo-se aos países latino-americanos que contribuíram e contribuem para a formação dos institutos de Direito Agrário, através de fórmulas jurídicas originais.³⁴⁷

Lembra que o conteúdo do Direito Agrário e, portanto, o conteúdo de cada instituto está longe de ser estático e imutável.

343. Carrozza, Antonio. "Il programma scientifico del Diritto Agrario a quindici anni dal duemila", em *Rivista di Diritto Agrario*, n. 65, n. 1, Milano, 1986, p. 65.

344. *Id.*, *ibid.*, p. 66.

345. *Id.*, *ibid.*, p. 67.

346. *Id.*, *ibid.*, p. 67.

347. *Id.*, *ibid.*, p. 69.

Ao contrário, os fatores político-social e o econômico-técnico continuam, sem parada, a produzir os efeitos de sua ação combinada sobre o modo de ser e sobre a própria existência dos institutos descritos.³⁴⁸

O Direito Agrário atual manifesta um dinamismo excepcional mesmo em relação a outros direitos especiais.

Exemplo encontramos na empresa de criação de animais ou empresa zootécnica, até agora confusa se comparada com aquela destinada ao cultivo do solo.

Os institutos estão se consolidando quer como expressão da autonomia individual (os contratos agroindustriais) ou como expressão da autonomia coletiva (como os acordos interprofissionais).³⁴⁹

Antonio Carozza prevê o Direito Agrário, como o visualizamos hoje, com tendências a se dissolver, mas-somente para se recompor em outra base, mantida a possibilidade de controle do fenômeno produtivo.³⁵⁰

As biotecnologias avançadas legitimam previsões de um incremento daquelas produções agrícolas que escoam para mercados não-alimentares.³⁵¹

O construído chamado "*direito da natureza e dos recursos naturais*" poderá integrar o programa científico do Direito Agrário, poderá, também, obrigar a introdução de novos parâmetros, os de caráter ecológico, a integrar o Direito Agrário para a avaliação de cláusulas gerais como a de "*boa técnica agrária*" nas relações obrigatórias entre particulares e a administração pública. A contribuição de matéria para algum instituto novo será sempre um aspecto marginal da afirmação do interesse dominante no Direito Agrário, que é o interesse da produção, que não se deve confundir com o interesse, ainda que legítimo, sob um ponto de vista bem mais geral, a impor um limite à produtividade enquadrada nas exigências ecológicas.³⁵²

Há o exemplo de culturas emergentes.

Apresentar os cogumelos, por exemplo, como produtos espontâneos não é mais exato, visto que as últimas estatísticas no setor da cogumelocultura documentam que na Itália a atividade de distribuição e venda de cogumelos nascidos

348. *Id.*, *ibid.*, p. 69.

349. *Id.*, *ibid.*, pp. 69 e 70.

350. *Id.*, *ibid.*, p. 70.

351. *Id.*, *ibid.*, pp. 70 e 71.

352. *Id.*, *ibid.*, p. 71.

espontaneamente resulta decisivamente inferior seja em termos de peso seja em termos de valor com respeito a que tem por objeto cogumelos cultivados (ou criados, se assim se quer dizer).³⁵³

Eventos semelhantes não-tardarão a se verificar para os produtos éticos, vez que a criação de peixes e de crustáceos vai substituindo a passos largos as atividades de pesca, a ponto de se reclamar um estatuto jurídico próprio para a iticultura.

A idéia de Código (ou pelo menos de uma série de textos únicos) postula a prévia identificação de um princípio apegante de caráter e tamanho geral, senão de princípios secundários, aptos a selecionar os institutos, distribuindo-os em tantos reagrupamentos ou ramos, possível de traduzir depois, eventualmente, em outros livros do Código a ser emanado.³⁵⁴

Há ligações entre institutos que se determinam espontaneamente, talvez com base em uma relação genética.

Assim do crédito se gera o crédito especial agrário e deste o crédito agrário "agevolativo" o qual vem assumindo conotações sempre mais definidas.

Freqüentemente o instituto que leva consigo o atributo de "agrário" deriva do instituto correspondente de direito comum, do qual reproduz a estrutura fundamental com o acréscimo de um número mais ou menos grande de elementos diferenciais: é aqui que se revela com clareza a existência daquela espécie de cordão umbilical que liga o objeto de nosso estudo ora ao Direito Civil, ora ao Direito Comercial, ora ao Direito do Trabalho, etc.³⁵⁵

O Direito Agrário pode ser estruturado num esquema binário propriedade-empresa, que poderia também se interpretar como terciário: propriedade-contrato agrário-empresa.

Com efeito é fácil verificar uma concentração de institutos em volta destes institutos-base, com o escopo de formar três conjuntos de satélites, respectivamente, da propriedade fundiária, do contrato agrário e o da empresa agrícola.³⁵⁶

Propriedade e empresa são geralmente consideradas, de acordo com

353. *Id., ibid.*, p. 71.

354. *Id., ibid.*, p. 75.

355. *Id., ibid.*, p. 75.

356. *Id., ibid.*, p. 75.

uma prioridade que varia de ordenamento a ordenamento, as pedras de conta que o construtor adota para reger e delimitar as remanescentes.³⁵⁷

A relação inicial de dependência da empresa à propriedade se inverte, pois a propriedade sempre mais claramente na consciência jurídica se reconhece como instrumental em relação à empresa.³⁵⁸

Outra perspectiva será dividir o Direito Agrário em sub-setores: Direito Agrário administrativo, Direito Agrário tributário, Direito Agrário previdenciário, Direito Agrário penal e Direito Agrário processual.

Teríamos ainda o Direito Agrário hereditário, o Direito Agrário securitário (dominado pela presença de risco biológico), um Direito "industrial" (patentes vegetais, marcas coletivas e semelhantes...) e o Direito Agrário falimentar.³⁵⁹

São Paulo, abril de 1997

BIBLIOGRAFIA

BASILE, Eva Rook e GERMANÓ, Alberto. "*Lineamenti di Diritto Agrario Francese*", 1ª edição, Milano, Dott. A. Giuffrè.

BELYAEVA, Z. C. "Problemi teorici relativi alle fonti del Diritto Agrario" em "*Fonti ed oggetto del Diritto Agrario*", 3ª mesa-redonda Ítalo-Soviética, Firenze, Brescia, Sermione, 9-16 de novembro de 1982, 1ª edição, Milano, Editrice Giuffrè, 1986.

CARROZZA, Antonio. "*Lezioni di Diritto Agrario, I Elementi di Teoria Generale*" Milano, Editrice Giuffrè, 1988.

_____ "Il programa scientifico del Diritto Agrario a quindici anni del duemila" em *Rivista di Diritto Agrario*, n. 65, Milano, Editrice Giuffrè, 1986.

ZELEDÓN, Ricardo Zeledón. "*Teoria General e institutos de Derecho Agrario*" Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990.

357. *Id.*, *ibid.*, pp. 77 e 78.

358. *Id.*, *ibid.*, p. 78.

359. *Id.*, *ibid.*, p. 80.

- CASELLA, Aldo Pedro. "La proprietà e l'impresa agraria nel sistema costituzionale argentino" em *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, Editrice Giuffrè, v. n. 64, 1ª parte, 1985.
- COSTATO, Luigi. "Le basi costituzionali per una soluzione legislativa del problema dell' agricoltura", em *Rivista di Diritto Agrario*, v. n. 52, 1ª parte, Milano, Editrice Giuffrè, 1973.
- FRIEDRICH, H. P. "Stato del Diritto Agrario in Svizzera" em *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, Editrice Giuffrè, v. 63, n. 114, 1ª parte, 1984.
- GERARD, Alain. "Elements du Droit de l' Alimentation" em *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, Editrice Giuffrè, v. n. 114, 1975.
- KOSYR, M. I. "L'Oggetto e gli istituti del Diritto Agrario Sovietico nel pensiero dei giuristi dell' URSS", em "*Fonti ed Oggetto del Diritto Agrario*" 5ª mesa-redonda Ítalo-Soviética" Firenze, Brescia, Sirmione, 9-16 de novembro de 1982, 1ª edição, Milano, Editrice Giuffrè, 1986.
- KREUZER, Karl. "Fondamenti costituzionali della proprietà e dell' impresa agraria nella Republica Federale Tedesca", in *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, Editrice Giuffrè, v. n. 64, 1ª parte, 1984.
- LONGO, Mario. "*Profili di Diritto Agrario Italiano*" 1ª edição, Torino, Editore G. Giappichelli, 1951.
- LORVELLEC, Louis. "*Droit Rural*" 1ª edição, Paris, Masson, 1988.
- LUNA SERRANO, Agustín. "Aspetti metodologici dello sviluppo dottrinale del Diritto Agrario negli anni 1960-1985" em *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, Editrice Giuffrè, v. n. 65, 1986.
- _____ "Il Diritto Agrario e la costituzione spagnola del 1978: fondamenti costituzionali della proprietà e dell'impresa agraria" em *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, Editrice Giuffrè, v. n. 64, 1ª parte, 1985.
- KROESCHELL, Karl. "Il Diritto Agrario sull'ordinamento della Republica Federale Tedesca" em *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, Editrice Giuffrè, v. 62, 1ª parte, 1983.
- _____ "Rapporto sullo stato del Diritto Agrario in Europa" publicado na *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, Editrice Giuffrè, v. 63, 1ª parte, 1984.
- ROSARIO, Nicoló e VITUCCI, Paolo. "Riflessioni su 'Didattica e Sistematica del Diritto Agrario'" em *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, Editrice Giuffrè, v. n. 52, 1ª parte, 1973.
- WELLAN, Manfred. "Il Diritto Agrario in Austria" em *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, Editrice Giuffrè, v. 63, 1ª parte, 1984.

DIREITO DO ESTADO

COLAPSO DO POPULISMO E REGIME MILITAR NO BRASIL

Enrique Ricardo Lewandowski

Professor Associado do Departamento de Direito do Estado da FDUSP
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Resumo:

O artigo trata da crise social e política que levou à deposição do presidente João Goulart pelas Forças Armadas, dando início a um longo ciclo de governos militares. Analisa também os principais instrumentos jurídicos que deram sustentação ao regime militar instalado no País depois de 1964.

Abstract:

The article deals with the social and political crisis that caused the deposition of president João Goulart by the Armed Forces, initiating a long cycle of military governments. It also analyses the main legal instruments that gave support to the military regime installed in the country after 1964.

Unitermos: populismo; regime militar; ato institucional.

Sumário:

1. Antecedentes do movimento
2. O colapso do populismo
3. As *Reformas de Base*
4. O estopim do golpe
5. A deposição de Goulart
6. O primeiro Ato Institucional
7. A consolidação do regime
8. O golpe dentro do golpe

1. Antecedentes do movimento

O movimento político-militar de 31 de março de 1964, que derrubou o presidente João Goulart, iniciando um longo ciclo de governos castrenses, embora tenha como causa imediata a agitação social desencadeada pela tentativa de implantar no País as chamadas *Reformas de Base*, deita raízes no colapso do populismo.

O populismo constitui um fenômeno social e político que ocorre, de forma típica, na passagem de uma sociedade tradicional, arcaica ou rural, para uma sociedade moderna, urbana ou industrial. Consiste, basicamente, numa aliança política entre setores sociais urbanos. Trata-se, antes de mais nada, de um modo característico de organização da sociedade e de estruturação do poder.¹

Tal fenômeno manifestou-se, de modo semelhante e praticamente simultâneo, por volta da terceira década do século XX, em quase toda a América Latina, coincidindo sempre com o fortalecimento do empresariado nacional e dos trabalhadores urbanos gerado pelo processo de industrialização. Para designar esse movimento que, como regra, vinha associado ao surgimento de lideranças carismáticas, que o dirigiam, manipulando as massas populares em proveito de seus projetos políticos pessoais, os analistas têm empregado as seguintes expressões: *battlismo* no Uruguai; *yrigoyenismo* e *peronismo* na Argentina; *varguismo* e *trabalhismo* no Brasil; *velasquismo* no Equador; *odrirismo* e *aprismo* no Peru; *gaitanismo* na Colômbia; *perezgimenismo* na Venezuela; *marinismo* em Porto Rico; *callismo* e *cardenismo* no México.²

No Brasil, o populismo iniciou-se com a ascensão de Getúlio Vargas ao governo e perdurou até a derrubada de João Goulart. Surgiu como resultante da decadência social e econômica da oligarquia agrário-mercantil que, de forma hegemônica, detinha o poder político até o início do processo de industrialização do

1. Dos estudos feitos sobre o assunto, no Brasil, destacam-se, por sua especificidade, os trabalhos de Octavio Ianni, *O Colapso do Populismo no Brasil*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 3ª ed., 1975; *A Formação do Estado Populista na América Latina*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1975; e, ainda, de Francisco Correa Weffort, *O Populismo na Política Brasileira*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978.

2. Cf. Octavio Ianni, *A Formação do Estado Populista na América Latina*, cit., p. 7.

País, desencadeado nos anos 30, em consequência do mecanismo de *substituição de importações*.³

A continuidade do populismo somente foi possível na medida em que, até o final da década de 50, a substituição de importações manteve o seu potencial de expansão, garantindo uma performance positiva ao sistema econômico. De fato, durante o período populista, houve um incremento do salário real dos trabalhadores, um aumento da participação dos assalariados no processo produtivo, uma multiplicação das oportunidades de emprego e uma ampliação do nível geral de renda.⁴

2. O colapso do populismo

Hélio Jaguaribe e Octavio Ianni indicam, de forma coincidente, o final do governo de Juscelino Kubitschek como o início do colapso do populismo. Para o primeiro, a partir desse momento, "*esgotou-se a capacidade, por parte do modelo econômico que presidiu ao populismo e à democracia populista, de assegurar a continuidade do crescimento econômico e de prosseguir nas etapas subsequentes do aprofundamento da revolução industrial brasileira*", acrescentando que "*os ganhos de produtividade, que eram redistribuídos, embora desigualmente, pelos vários setores que compunham a aliança populista, deixaram de ser redistribuídos, porque deixaram de existir*".⁵ O segundo explica que, por volta de 1962, esgotou-se um longo processo de expansão econômica, registrando-se, depois dessa data, uma queda na taxa de desenvolvimento e, após 1963, uma espiral inflacionária de conotações patológicas para o sistema.⁶

3. O processo de substituição de importações desenvolveu-se a partir do colapso do sistema financeiro internacional, que se seguiu ao famoso *crack* da Bolsa de Nova York, em 1929. Consistiu, basicamente, como defluiu da própria expressão, no processo de substituição de mercadorias industrializadas, importadas com divisas provenientes da exportação de produtos agrícolas, por manufaturas nacionais. Esse processo, desencadeado a partir da transferência de capitais da lavoura para a indústria, acarretou, paradoxalmente, o desenvolvimento de uma burguesia industrial e de um proletariado urbano, que representavam, em grande medida, a antítese política das classes tradicionalmente ligadas à terra.

4. Cf. Hélio Jaguaribe, "O Modelo Político e a Estrutura Econômica-Social Brasileira", in *Encontros com a Civilização Brasileira*, Rio de Janeiro, n. 4, outubro de 1978, p. 131.

5. *Idem*, pp. 132-133.

6. Cf. Octavio Ianni, *O Colapso do Populismo no Brasil*, cit., p. 208.

Nesse contexto, as massas trabalhadoras passaram a exigir aumentos salariais cada vez mais freqüentes, entrando numa luta reivindicatória praticamente ininterrupta, visando a evitar o rebaixamento dos padrões salariais.⁷ Esse embate, que se politizou e ganhou as ruas, levou ao fortalecimento das organizações sindicais e à intensificação do relacionamento do operariado com os partidos populistas e de esquerda.⁸

Para os estudiosos dessa fase, as causas da crise devem ser procuradas no esgotamento do processo de substituição de importações, responsável pela industrialização do País. Hélio Jaguaribe, Bresser Pereira e outros assinalam que as reduzidas dimensões do mercado consumidor nacional da época não permitiram que esse processo se mantivesse indefinidamente. Assim, a partir de determinado momento, mais precisamente, depois do *Programa de Metas* de Juscelino Kubitschek, o crescimento econômico viu-se bloqueado pela inexistência de capitais necessários à expansão do setor industrial.⁹

Sobreveio, então, uma estagnação econômica que, no dizer de Jaguaribe, provocou um agudizamento das tensões sociais e "um realinhamento de solidariedades".¹⁰ Isso porque o êxito do pacto populista repousava, fundamentalmente, na participação, ainda que desigual, das diferentes classes sociais nas vantagens materiais do sistema, mas que, com a crise econômica, deixou de ocorrer.

Para superar o impasse, cujos reflexos colocavam em xeque as bases de sustentação do regime, o Governo Goulart enveredou, com o insucesso conhecido, pelo caminho das reformas estruturais. A tentativa de promover as denominadas *Reformas de Base*, todavia, ao invés de apaziguar os ânimos, acirrou o conflito social latente, precipitando a eclosão do golpe militar de 1964.

7. *Idem*, p. 209

8. *Ibidem*, *loc. cit.*

9. Cf. Hélio Jaguaribe, "O Modelo Político e a Estrutura Econômica-Social Brasileira", *cit.*, pp. 132 e ss., e *Brasil: Crise e Alternativas*, Rio de Janeiro, Zahar, 1974, pp. 30 e ss.; Bresser Pereira, *O Estado e o Subdesenvolvimento Industrializado: Esboço de uma Economia Política Periférica*, São Paulo, Brasiliense, 1977, pp. 126 e ss.; e Celso Furtado, *Dialética do Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 2ª ed., 1964, pp. 113 e ss.

10. "O Modelo Político e a Estrutura Econômica-Social Brasileira", *cit.*, p. 135.

3. As Reformas de Base

O primeiro passo das *Reformas de Base* foi anunciado no famoso comício do dia 13 de março de 1964, no Rio de Janeiro, perante uma multidão de aproximadamente 200 mil pessoas, arregimentadas por sindicatos aliados ao governo e outras organizações ligadas à cúpula dirigente. Nessa ocasião, Goulart, num discurso inflamado, afirmou que "*governo nenhum, por maior que seja o seu esforço e até seu sacrifício, poderá enfrentar o monstro inflacionário que devora salários e que inquieta o povo se não forem realizadas reformas de estrutura exigidas pelo povo e reclamadas pela nação*" anunciando, em seguida, a execução de medidas de impacto, por meio de decretos, tais como a encampação de refinarias particulares, o tabelamento de aluguéis de imóveis desocupados e a expropriação de terras valorizadas por investimentos públicos, quais sejam, aquelas localizadas às margens dos eixos rodoviários e ferroviários e dos açudes, bem como de áreas inexploradas que pudessem tornar-se produtivas.¹¹

Além disso, pediu publicamente o apoio popular à mensagem que remeteria ao Congresso Nacional contendo, em suma, as seguintes proposições: reforma agrária, com a alteração do artigo da Constituição que previa a indenização prévia em dinheiro das terras expropriadas; reforma política, com a extensão do direito de voto aos analfabetos e praças de pré, introduzindo o princípio segundo o qual "*os alistáveis devem ser elegíveis*"; reforma universitária, garantindo plena liberdade de ensino e abolindo a vitaliciedade de cátedra; reforma constitucional para outorgar maiores poderes ao presidente da República; e, por fim, a convocação de uma consulta ao povo objetivando referendar as *Reformas de Base*.¹²

Dentro do contexto político de então, a tentativa de apaziguar as massas populares, através dessas medidas, representou uma guinada ideológica à esquerda, aos olhos das camadas sociais dominantes. É difícil, contudo, ainda hoje, avaliar se as medidas anunciadas por Goulart constituíam simples reformas ou se objetivavam a alteração revolucionária das instituições. A verdade é que o grande

11. V discurso de Goulart publicado na íntegra por Carlos Castello Branco, em *Introdução à Revolução de 1964: A Queda de João Goulart*, 2º tomo, Rio de Janeiro, Artenova, 1965, p. 264.

12. *Idem, ibidem*; v. também Moniz Bandeira, *O Governo João Goulart: As lutas sociais no Brasil*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2ª ed., 1977, pp. 163-164; v., ainda, sobre a amplitude das medidas Cibilis da Rocha Viana, *Reformas de Base e a Política Nacionalista de Desenvolvimento: De Getúlio a Jango*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1980.

compromisso social em que se apoiava o regime, em face da crise econômica, de um lado, e da tentativa de implantação das *Reformas de Base*, de outro, viu-se, de repente, condenado por todas as forças que o compunham.¹³

4. O estopim do golpe

O comício do dia 13 de março marcou o começo do fim do Governo Goulart e, com ele, o do regime populista. O presidente, empolgado com as manifestações de apoio das massas, em grande medida artificialmente orquestradas pelos sindicatos, partidos políticos e, até, órgãos governamentais, passou a distanciar-se, cada vez mais, de seus colaboradores moderados, aproximando-se de forma progressiva da esquerda radical.¹⁴

Essa atitude de Goulart foi responsável pela colocação do estamento militar em franca oposição ao governo. Depois de uma série de provocações, dois fatos, além do politicamente desastrado comício em que foram anunciadas as *Reformas de Base*, precipitaram o golpe institucional deflagrado no dia 31 de março, unindo os militares e as classes alta e média contra o regime: o motim dos marinheiros, ocorrido entre 25 e 29 de março, e a reunião dos sargentos, realizada no Automóvel Clube, no dia 30 subsequente.

Na verdade, a situação política, a partir do dia 13, começou a deteriorar-se rapidamente. Em São Paulo, no dia 19, organizou-se, como resposta ao comício do Rio de Janeiro, sob os auspícios de várias entidades femininas de classe média, inclusive religiosas, a *Marcha da Família com Deus pela Liberdade*, que reuniu cerca de 500 mil pessoas numa passeata da Praça da República à Praça da Sé. Apesar do sucesso da *Marcha* e do impacto político que causou, os militares ainda relutavam em participar abertamente de um movimento armado contra o presidente.¹⁵

Logo em seguida, porém, eclodiu o motim dos marinheiros, que engajou definitivamente os militares nas articulações para a deposição de Goulart. A rebelião teve origem na prisão e no desligamento, por determinação do ministro da

13. Cf. Weffort, *op. cit.*, p. 78.

14. Cf. Thomas Skidmore, *Brasil: De Getúlio Vargas a Castello Branco (1930-1964)*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, pp. 344 e ss.

15. *Idem, ibidem.*

Marinha, de alguns marujos envolvidos em manifestações políticas e atos de indisciplina. Poucos dias depois das punições, ou seja, no dia 25 de março, aproximadamente 2 mil marinheiros reuniram-se na sede do Sindicato dos Trabalhadores Metalúrgicos, no Rio de Janeiro, exigindo a revogação das sanções e o afastamento do ministro.¹⁶

As autoridades da Marinha, surpresas com a audácia e a politização do movimento, não toleraram a provocação e enviaram, contra os marinheiros sublevados, tropas do Corpo de Fuzileiros Navais que, comandadas por um almirante comprometido com as posições radicais do governo, voltaram ao quartel sem cumprir a missão. Alguns fuzileiros, inclusive, depuseram suas armas, juntando-se aos insurretos.¹⁷

Diante dessa crise sem precedentes, que começou a ampliar-se, alastrando-se para outras unidades da Armada, o presidente, ao invés de prestigiar o seu ministro da Marinha, preferiu demití-lo, substituindo-o por um almirante da Reserva, indicado por sindicatos e pelos marinheiros sublevados.¹⁸

A reação das Forças Armadas ao gesto presidencial, recebido como uma afronta pelas lideranças militares, não se fez esperar. Temendo a dissolução de suas corporações, tradicionalmente fundadas na hierarquia e na disciplina, especialmente na estrita profissionalização de seus membros, ou seja, no seu distanciamento das disputas político-partidárias, ao menos no que tange aos escalões inferiores, os principais chefes das três Armas emitiram uma série de manifestos. Nesses pronunciamentos, assumiram posições francamente hostis à atuação do governo, indicando a disposição de se lançarem à ação.

A tônica desses manifestos deixava entrever que a adesão das Forças Armadas ao movimento oposicionista, condição essencial para o desencadeamento de um golpe bem-sucedido contra o governo, já estava garantida àquela altura dos acontecimentos. Faltava, contudo, um estopim, uma pequena fagulha, para que o movimento fosse deflagrado. Esse estopim consistiu na reunião de quase mil

16. Discurso publicado na íntegra por Glauco Carneiro, *História das Revoluções Brasileiras*, 2º v., Rio de Janeiro, O Cruzeiro, 1965, pp. 600-602.

17. V. Skidmore, *op. cit.*, pp. 344 e ss.; v. também Alfred Stepan, *Os Militares na Política: Mudanças de Padrões na Vida Brasileira*, Rio de Janeiro, Arte Nova, 1975, pp. 138 e ss.; Peter Flynn, *Brazil: A Political Analysis*, London, Ernest Ben Boulder-Westview Press, 1978, pp. 280 e ss.; Glauco Carneiro, *op. cit.*, pp. 552 e ss.

18. *Idem, ibidem.*

sargentos, sediados em unidades do Rio de Janeiro, no dia 30 de março, no auditório do Automóvel Clube, em comemoração ao aniversário da Associação dos Suboficiais e Sargentos da Polícia Militar.

Compareceram ao evento, transmitido em cadeia de rádio e televisão para todo o País, além do presidente da República, várias autoridades governamentais, inclusive militares ligados a Goulart. Diversos oradores sucederam-se na tribuna, proferindo discursos veementes, vazados numa forma polêmica e com um forte conteúdo ideológico, manifestando apoio às *Reformas de Base* e aos revoltosos da Marinha, cujo movimento já se alastrava para os quartéis das outras Armas.

Após a reunião no Automóvel Clube, muitos militares que, até aquele momento, não estavam ainda plenamente convencidos de tomar parte na conspiração contra o governo, mudaram de idéia, especialmente depois de ouvir a inflamada fala do presidente. Um importante chefe castrense que relutou até a última hora foi, por exemplo, o general Amaury Krueel, comandante do II Exército, sediado em São Paulo.¹⁹ No final, porém, para todos os militares, o *esprit de corps* e o instinto de sobrevivência corporativo falou mais alto do que a fidelidade formal que dedicavam às autoridades constituídas.

5. A deposição de Goulart

A seqüência dos acontecimentos é hoje sobejamente conhecida, fazendo parte da História. Recorda-se, todavia, que as tropas insurretas que marcharam de Minas Gerais e de São Paulo sobre o Rio de Janeiro não encontraram qualquer resistência por parte das forças leais ao governo. Na realidade, ao invés de choques entre exércitos antagônicos, registraram-se adesões e confraternizações. O mesmo ocorreu por todo o País, onde as principais guarnições militares foram dominadas sem embaraços. Por toda parte, políticos opositores, lideranças civis e empresários colaboraram para o sucesso do *putsch*.²⁰

Segundo Skidmore, "*o Governo Goulart caiu tão rapidamente que até os 'revolucionários' ficaram surpresos*", lembrando que, ao invés de "*armar uma*

19. *Idem, ibidem*

20. V. "Quatro dias que abalaram o País", *Isto É*, 03.04.96, n. 1.383, pp. 22-26.

*resistência no Rio de Janeiro, ou em Brasília, ou no Rio Grande do Sul, Goulart fugiu do Brasil, deixando seus perplexos partidários isolados ..."*²¹

A bem da verdade, contudo, antes de deixar o País, rumo ao Uruguai, o presidente deposto reuniu-se em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, com alguns oficiais para examinar a situação militar. Nessa ocasião, o general Floriano Machado, da 3ª Região Militar, convenceu o presidente a desistir da luta, asseverando o seguinte: "*Sinto ter de dizer-lhe estas palavras, que são, entretanto, uma impressão sincera, fundada em razões muito fortes. V Exa. não deve pensar em resistência, nas condições atuais. Qualquer outro tipo de luta (já não há condições para a de tropas regulares), será guerra civil, será investir contra o Exército, que está unido e disciplinado*"²²

A sucessão de Goulart, surpreendentemente, correu de forma suave, visto que os vencedores optaram por um candidato de compromisso, o general Humberto de Alencar Castello Branco, militar de prestígio entre os colegas de farda e também bem-aceito pelas lideranças civis do movimento, quer por sua neutralidade político-partidária, quer por sua postura liberal. Além disso, ninguém colocava em dúvida a sua efetiva participação no movimento, do qual foi um dos primeiros e principais articuladores.

Recorda-se que o presidente do Senado Federal, ao tomar conhecimento da fuga de Goulart, declarou vaga a Presidência da República, tomando posse do cargo, interinamente, de acordo com a Constituição, o presidente da Câmara dos Deputados, que logo em seguida entregou o poder aos chefes militares das três Armas, os quais, em nome do denominado *Alto Comando da Revolução*, assumiram o controle do País, por quinze dias, período no qual baixaram um *Ato Institucional* que definia, entre outras coisas, as regras para as eleições presidenciais.

De conformidade com o art. 2º daquele instrumento, a eleição para presidente e vice-presidente da República seria realizada dois dias após a publicação do Ato, ou seja, no dia 11 de abril de 1964, considerando-se vencedores aqueles escolhidos pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão pública e votação nominal. O presidente e o vice, assim eleitos, exerceriam um *mandato-tampão* até 31 de janeiro de 1966.

21. *Op. cit.*, p. 368.

22. *Apud* Glauco Carneiro, *op. cit.*, p. 520.

O Congresso Nacional, depois de expurgado da maior parte dos parlamentares oposicionistas, através de dispositivo do Ato que permitia cassar mandatos legislativos e suspender direitos políticos pelo prazo de dez anos, foi *convidado* a referendar o nome de Castello Branco para presidente da República, que, antes de assumir o cargo, passou para a Reserva com o posto de marechal.²³

6. O primeiro Ato Institucional

Com a ascensão de Castello Branco ao poder inaugurou-se uma nova modalidade de intervenção militar na política. De fato, as Forças Armadas, no Brasil, segundo Alfred Stepan, tradicionalmente exerceram o papel de um *poder moderador*, isto é, as intervenções sempre se caracterizaram por seu caráter transitório, "*controlando ou depondo o Executivo, ou até mesmo evitando a ruptura do próprio sistema, especialmente quando isto envolve uma mobilização de novos grupos anteriormente excluídos da participação no processo político*"²⁴

De fato, até 1964, os militares jamais assumiram o poder de forma direta, como representantes do estamento armado. A partir dessa data, porém, verificou-se uma mudança qualitativa no papel das Forças Armadas na política. Com efeito, a partir da derrubada de Goulart, elas não se contentaram mais em exercer a função de simples árbitros nas disputas políticas entre os civis, passando a controlar a máquina estatal diretamente, sem intermediários.

É bem verdade que os militares, a princípio, seguindo o padrão tradicional de intervenção, pretendiam devolver o poder aos civis, assim que fossem atingidos os objetivos básicos do movimento insurrecional, quais sejam, a contenção dos *comunistas*, o controle da inflação e a execução de reformas políticas e econômicas que permitissem entregar o País *saneado* aos seus sucessores. Essa intenção veio patenteadada no próprio Ato Institucional que, de acordo com o seu art.

23. O art. 10 do Ato dispunha o seguinte: "*No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes em Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos.*"

24. *Op. cit.*, p. 51. O autor observa, na p. 52, que o termo *poder moderador* foi por ele extraído, de forma analógica, da faculdade atribuída ao Imperador pela Constituição Monárquica, no Brasil, de intervir nas disputas políticas em momentos de impasse institucional.

11, deveria vigorar até 31 de janeiro de 1966, data em que se elegeria o novo presidente e vice-presidente da República.

Os militares de *linha dura*, contudo, que Stepan classifica de *nacionalistas autoritários*, opuseram-se tenazmente aos desígnios dos *moderados*, denominados de *internacionalistas liberais* pelo autor, que pretendiam devolver, o quanto antes, o poder aos civis.²⁵

Não resta dúvida hoje que o Ato Institucional baixado pelo *Alto Comando da Revolução* apresentava um caráter meramente instrumental e temporário, mesmo porque os políticos e civis que apoiaram o golpe não tinham o menor interesse em manter os militares indefinidamente no poder. Pretendiam os golpistas, valendo-se do Ato, apenas, afastar os esquerdistas do governo e impedir a realização das mudanças estruturais propostas por Goulart e seus aliados, promovendo, em lugar destas, algumas reformas no campo político e no plano econômico, que permitissem a retomada do processo de desenvolvimento.

Para atingir tais objetivos colocou-se nas mãos do presidente da República uma enorme gama de poderes: a competência de enviar emendas constitucionais e projetos de lei ao Congresso Nacional, para apreciação compulsória, no prazo de trinta dias, sob pena de considerá-los aprovados (arts. 3º e 4º); a iniciativa exclusiva de projetos de lei que criassem ou aumentassem a despesa pública, vedadas as emendas que a onerassem (art. 5º); a ampliação das hipóteses de decretação do estado de sítio (art. 6º); a suspensão, pelo prazo de seis meses, das garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade, para permitir o afastamento de servidores públicos, civis ou militares, nos três níveis federativos, depois de investigação sumária, nos casos de atentado contra a segurança do País, o regime democrático ou a probidade administrativa, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, vedado o exame judicial da medida, salvo no tocante aos seus aspectos formais extrínsecos (art. 7º); e a faculdade de suspender direitos políticos, por dez anos, e de cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial do ato (art. 10).

O Preâmbulo explicava a extensão e as finalidades desse instrumento, nos seguintes termos: "*O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes em Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação, na quase toda a sua totalidade, destina-se a*

25. *Op. cit.*, p. 181.

assegurar ao novo governo a ser instituído os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria (...) Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário decidimos manter a Constituição de 1946 limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já havia infiltrado não-só na cúpula do governo, como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional"

7. A consolidação do regime

Castello Branco, apesar de sua tendência liberal, não conseguiu fazer prevalecer a idéia da transitoriedade da *missão* dos militares no *front* político. Já em julho de 1964, pressionado pelos camaradas da *linha dura*, que encontravam respaldo junto à oficialidade jovem das Forças Armadas, foi levado a enviar uma emenda constitucional ao Congresso, prorrogando o seu mandato até 15 de março de 1967, a pretexto de que a ampliação do prazo se fazia necessária para a consecução de medidas econômicas de combate à inflação, levadas a efeito por seu governo.

Mais tarde, depois da derrota eleitoral de 1965 -- ocasião em que foram eleitos alguns governadores comprometidos, segundo os militares, com o regime anterior --, Castello Branco viu-se forçado, depois de uma pressão inicial no sentido de anular o pleito, a baixar um novo Ato Institucional, que recebeu o n. 2 (note-se que o primeiro Ato, significativamente, não possuía número, porque os insurretos pretendiam que fosse o único), renovando os poderes excepcionais instituídos no primeiro Ato, pelo Alto Comando da Revolução, que estavam prestes a expirar.

Além da prorrogação dos poderes anteriormente conferidos ao presidente pelo Ato anterior, o de n. 2 estabelecia, ainda, as seguintes medidas: o julgamento de civis pela Justiça Militar, nos casos da prática de crime contra a

segurança nacional (art. 8º); a eleição indireta para a Presidência da República (art. 9º); a extensão das prerrogativas presidenciais para a o afastamento de servidores, a cassação de mandatos, a suspensão de direitos políticos e a decretação do estado de sítio e da intervenção federal nos Estados, autorizando-se esta última "*para prevenir ou reprimir a subversão da ordem*" (arts. 13, 14, 15, 16 e 17); e a extinção dos partidos políticos (art. 18).

A edição desse novo Ato representou, sem dúvida, um aprofundamento do golpe institucional, com o abandono da idéia do exercício transitório do poder. De acordo com Eliézer de Oliveira, esse novo instrumento legal "*consagra a hegemonia da 'linha dura' no processo político intramilitar*", correspondendo ao fechamento do sistema.²⁶

O presidente, de fato, foi obrigado a lançar mão dos atos de exceção por diversas vezes, sobretudo no final de seu mandato. Logrou, porém, manter alguns trunfos, não-obstante as pressões dos oficiais da *linha dura* ou do denominado *sistema*, que correspondia à caixa de ressonância militar responsável pelo condicionamento das decisões políticas da cúpula dirigente. Conseguiu, por exemplo, que o novo Ato tivesse uma duração limitada no tempo, ou seja, até 15 de março de 1967, data em que passaria o cargo ao seu sucessor, e também que os dois Atos editados fossem substituídos por uma Constituição, que estabeleceria limites claros e precisos aos *poderes revolucionários*.

Recordar-se, por oportuno, que, depois desse segundo Ato, foram baixados, na seqüência, mais dois Atos, que receberam os números 3 e 4. O terceiro deles, datado de 3 de fevereiro de 1966, previa, entre outras coisas, que a eleição dos governadores e vice-governadores seria realizada, de forma indireta, pelas Assembléias Legislativas. O quarto, baixado em 7 de dezembro de 1967, convocava o Congresso Nacional para discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição elaborado pela Presidência da República

É interessante lembrar, ainda, que os novos detentores do poder cogitaram, inicialmente, de fazer uma simples *Consolidação das Leis Constitucionais Brasileiras*, dada a multiplicidade de atos institucionais, atos

26. *As Forças Armadas: Política e Ideologia no Brasil (1964-1969)*, Petrópolis, Vozes, 2ª ed., 1974, p. 64.

complementares e decretos-leis expedidos pelo governo militar, ao invés de elaborar uma nova Constituição.²⁷

Essa idéia inicial, todavia, não vingou, pois o presidente temia "*que o fim dos atos implicasse na perempção de preceitos que se mandou ditatorialmente incorporar ao texto constitucional, deixando-se o futuro Presidente desarmado ao mesmo tempo dos poderes de emergência e dos recursos com que se submeter o controle da ação subversiva aos conselhos da Justiça Militar*"²⁸

Antevendo as dificuldades que o seu sucessor enfrentaria, e procurando disciplinar a ação futura deste, o presidente concluiu pela conveniência de se elaborar um novo texto constitucional, que incorporasse, definitivamente, o instrumental autoritário criado pelos Atos e pela legislação ordinária deles decorrente, com o que, imaginava, seria afastado ou, pelo menos, reduzido o perigo de um novo golpe de Estado. Assim, enviou um projeto pronto e acabado ao Parlamento, que se limitou a referendá-lo, promulgando a nova Carta em 24 de janeiro de 1967.

8. O golpe dentro do golpe

A outorga da Constituição de 1967, não apazigou os integrantes da *linha dura*. De fato, antes que a nova Carta lograsse completar dois anos de existência, os temores de Castello Branco fizeram-se realidade, com a deflagração daquilo que Peter Flynn chamou de *coup within the coup*, ou seja, de *golpe dentro do golpe*, com a edição, no dia 13 de dezembro de 1968, do Ato Institucional n. 5, instrumento severíssimo, que fechou definitivamente o regime.²⁹ Com efeito, dentre outras medidas, o AI n. 5 suspendeu as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, estabilidade e inamovibilidade de funcionários e magistrados, bem como a de exercício de função por prazo certo (art. 6º), sustando também o *habeas corpus* "*nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular*" (art. 10). Além disso, autorizou o

27. Cf. Luis Pinto Ferreira, *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, v. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª ed., 1971, p. 122; e, também, Wilson Accioli, *Instituições de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 85.

28. Castello Branco, *op. cit.*, p. 552.

29. *Op. cit.*, p. 418.

presidente da República a empreender as seguintes providências: suspender direitos políticos pelo prazo de dez anos e cassar mandatos eletivos (art. 4º); aposentar, reformar, remover, demitir ou colocar em disponibilidade qualquer servidor público, civil ou militar, federal, estadual ou municipal (art. 6º, § 1º); decretar a intervenção da União nos Estados e Municípios, sem as limitações constitucionais, e o estado de sítio, fixando-lhe a duração (art. 3º e 7º); confiscar bens ilicitamente adquiridos no exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza (art. 8º).

O fechamento do regime foi consolidado pela edição de outros diplomas de exceção, os quais, em suma, dispunham sobre o seguinte: o Ato Institucional n. 6, de 1º de fevereiro de 1969, diminuiu para onze o número de ministros do Supremo Tribunal Federal, atribuindo o julgamento de civis à Justiça Militar, no caso de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares; o Ato Institucional n. 7, de 26 de fevereiro de 1969, estabeleceu um teto para os subsídios dos legisladores estaduais e municipais, suspendendo as eleições parciais para cargos executivos e legislativos da União, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios; o Ato Institucional n. 8, de 2 de abril de 1969, atribuiu ao Executivo, nos três níveis político-administrativos, a competência de implantar extensa reforma administrativa, por decreto, observados os princípios adotados para a Administração Federal; o Ato Institucional n. 9, de 25 de abril de 1969, modificou o art. 157, § 1º, da Constituição de 1967, para facilitar a execução da reforma agrária; o Ato Institucional n. 10, de 16 de maio de 1969, ampliou as conseqüências da suspensão de direitos políticos e da cassação de mandatos, impondo sanções complementares; o Ato Institucional n. 11, de 14 de agosto de 1969, estabeleceu a uniformização dos mandatos municipais em curso, extinguindo a Justiça de Paz eletiva, cujos juízes passaram a ser nomeados pelos governadores dos Estados e pelo prefeito do Distrito Federal, por três anos, admitida uma recondução; o Ato Institucional n. 12, de 31 de agosto de 1969, determinou que as funções do presidente Costa e Silva, acometido por grave enfermidade, fossem exercidas por uma Junta Militar, integrada pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; o Ato Institucional n. 13, de 5 de setembro de 1969, estabeleceu a pena de banimento para o brasileiro que se tornasse "*inconveniente, nocivo ou perigoso à Segurança Nacional*"; o Ato Institucional n. 14, de 5 de setembro de 1969, introduziu na Constituição a pena de morte nos "*casos de Guerra Externa, Psicológica Adversa, ou Revolucionária ou Subversiva*" bem como a de "*perdimento de bens por danos causados ao Erário*"; o Ato Institucional n. 15, de 9 de setembro de 1969, prorrogou os prazos para as

eleições municipais, fixando novas datas e regras; o Ato Institucional n. 16, de outubro de 1969, decretou a vacância dos cargos de presidente e vice-presidente da República, em virtude da doença de Costa e Silva, estabelecendo normas para a sucessão, ao mesmo tempo em que suspendia a vigência do dispositivo constitucional que previa as regras de substituição do chefe do Executivo, nas hipóteses de impedimento deste ou de vaga do respectivo cargo; finalmente, o Ato Institucional n. 17, de 14 de outubro de 1969, facultava ao presidente da República a transferência para a reserva, por tempo determinado, dos militares que atentassem contra a "coesão das Forças Armadas". Todos os Atos Institucionais previam, em dispositivo próprio, que as medidas tomadas com fundamento neles, assim como os respectivos efeitos, estavam isentos de apreciação judicial.

Para conferir uma aura de legitimidade ao sistema legal por eles engendrado, os militares foram obrigados a reformular a Carta de 1967. Isso foi feito aproveitando-se o recesso do Legislativo decretado pelo presidente Costa e Silva, por meio do Ato Complementar n. 38, de 13 de dezembro de 1968, com fundamento no art. 2º do AI n. 5. Fechado o Congresso Nacional, a Junta Militar que substituiu Costa e Silva, impedido por razões de saúde, outorgou a Emenda Constitucional n. 1, em 17 de outubro de 1969, colocando em vigor uma nova Constituição, que nada mais era do que a de 1967, à qual se incorporou os instrumentos excepcionais editados durante a vigência desta.³⁰

Essa Carta, é interessante notar, apresentava um caráter *sui generis*, consistente em estar subordinada a uma espécie de norma fundamental (*Grundnorm*) kelseniana, eis que sua validade estava condicionada, por força de seu art. 183, ao AI n. 5 e demais atos posteriormente baixados, que continuavam em plena vigência.³¹ Na realidade, essa situação se manteve mesmo depois que a Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978, revogou o referido instrumento e todos os subsequentes, visto que o fez apenas naquilo em que contrariassem a Constituição,

30. Sobre o impedimento de Costa e Silva, v. Carlos Chagas, *113 Dias de Angústia: Impedimento e Morte de um Presidente*, São Paulo, L&PM, 1979.

31. Para Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Armênio Amado, 3ª ed., 1974, p. 264, a norma fundamental "é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa". Nesse sentido, observa-se que o art. 183 da CF de 1969 dispunha o seguinte: "Continuam em vigor o Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais posteriormente baixados. Parágrafo único: O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá decretar a cessação da vigência de qualquer desses Atos ou dos dispositivos que forem considerados desnecessários".

ressalvando as medidas já tomadas com base nos mesmos, as quais ficavam isentas de apreciação judicial.³²

O arcabouço legal autoritário, lembra-se, foi desmontado paulatinamente, constituindo a edição da referida EC n. 11/78 a primeira etapa desse processo, na medida em que se introduziu na Carta de 1969, em substituição aos atos institucionais e complementares, ao lado do tradicional Estado de Sítio, o *Estado de Emergência* e as *Medidas de Emergência*, instrumentos que permitiam ao presidente da República suspender algumas garantias constitucionais "*para preservar ou, prontamente, restabelecer, em locais determinados e restritos, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações*" ou, ainda, para impedir ou repelir atividades subversivas.³³ A volta à plenitude do Estado de Direito, como se sabe, somente foi alcançada com a promulgação da Constituição de 1988.

São Paulo, agosto de 1998.

32. Art. 3º da EC n. 11/78: "*São revogados os atos institucionais e complementares no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial*".

33. V. arts. 155, 156 e 157 da Constituição de 1969.

DIREITO PENAL

POLUIÇÃO E TUTELA PENAL AMBIENTAL

Ivette Senise Ferreira

Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Professora Titular do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e
Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

A autora aborda os aspectos jurídicos da poluição, através de nova conceituação como espécie do gênero degradação da qualidade ambiental, resultante de atividades que prejudicam a saúde, a segurança ou, ainda, o bem-estar da população. Disserta, ainda, o parâmetro na tutela penal ambiental desde o Código Penal brasileiro de 1890 até o atual, a poluição descrita em norma jurídica na Lei das Contravenções Penais e na nova lei ambiental, Lei n. 9.605/98.

Abstract:

The author approaches the juridical aspects of the pollution, through new conception such as species of the gender degradation of the environmental quality, resultant of activities that harm the health, the safety or, still, the well-being of the population. Dissertate, still, about the parameter in the environmental penal tutelage from the brazilian Penal Code of 1890 to the current, the pollution described in juridical norm in the Law of the Penal Contravention and in the new environmental law, Law n. 9.605/98.

Unitermos: nova lei ambiental e suas inovações; comparação com leis anteriores; Direito Comparado.

I. Aspectos jurídicos da poluição.

Poluição, em sentido amplo, significa a modificação das características do ambiente de maneira a torná-lo impróprio ao desenvolvimento das formas de vida nele contidas.

Essa conceituação, porém, abrange inúmeras alterações ambientais que não apresentam interesse prático para a proteção jurídica correlata, ainda que sejam de interesse ecológico, como é por exemplo o caso do incêndio, que não

constitui propriamente poluição, ou o caso de certas substâncias tóxicas ativas, com valor meramente seletivo, que podem eliminar parte da população biológica em determinado ambiente, mas permitem, ao mesmo tempo, a sobrevivência de outras, ou mesmo o surgimento de novas formas de vida em substituição às anteriores.

Por isso torna-se necessário que a conceituação seja feita com um sentido mais restrito, incluindo elementos indicadores dos prejuízos que se deseja coibir, sejam eles sanitários, econômicos ou estéticos, mas que afetem direta ou indiretamente a vida e o bem-estar humano ou as condições propícias para a sobrevivência de certas espécies animais ou vegetais.

Daí o estabelecimento de conceitos legais, mais ou menos abrangentes, que procuram destacar os aspectos mais relevantes da proteção jurídica que se pretende realizar num âmbito determinado.

Inicialmente a preocupação do legislador brasileiro objetivava a pureza da água, contemplada com a figura penal denominada *corrupção ou poluição de água potável*, incluída entre os crimes contra a saúde pública no Código Penal de 1940 (art. 271), em que os dois termos eram tomados como sinônimos para designar a imprestabilidade da água para o consumo. Mais tarde a *poluição das águas* foi legalmente definida no art. 3º do Decreto n. 50.877, de 29.06.61, como "*qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas das águas, que possa importar em prejuízo à saúde, à segurança e ao bem-estar das populações e ainda comprometer a sua utilização para fins agrícolas, industriais, comerciais, recreativos e principalmente a existência normal da fauna aquática*".

Esse conceito foi ampliado posteriormente pelo Decreto n. 73.030, de 30.10.73, que considerou como *poluição das águas* "*qualquer alteração de suas propriedades físicas, químicas ou biológicas que possa importar em prejuízo à saúde, à segurança e ao bem-estar das populações, causar dano à flora e à fauna ou comprometer o seu uso para fins sociais e econômicos*". Adaptava-se assim a noção de poluição à de direito social ou interesse difuso, que começava a prevalecer na legislação, para qualificar o *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* como um valor a merecer *per se* a tutela penal.

Ao ser instituída a Política Nacional do Meio Ambiente pela Lei n. 6.938, de 31.08.81, que expressamente se destinava a assegurar, entre outros princípios, a proteção dos ecossistemas, o controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras e a recuperação de áreas degradadas ou ameaçadas de degradação, foi a *poluição* novamente conceituada, sendo qualificada

como uma espécie do gênero *degradação da qualidade ambiental*, assim entendidas no seu art. 3º:

"I meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante das atividades que direta ou indiretamente:

a. prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b. criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c. afetem desfavoravelmente a biota;

d. afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e. lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos."

O mesmo artigo ainda define *poluidor*, no inciso IV, como "*a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental*", e considera *recursos ambientais*, no inciso V. "*a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera*"

A redação desse inciso foi depois alterada pela Lei n. 7.804, de 18.07.89, que acrescentou, depois da palavra biosfera, também a *fauna* e a *flora*. Outra alteração foi a substituição do art. 15 da Lei n. 6.938/81 por uma incriminação do poluidor no chamado delito de "poluição perigosa" que será adiante analisado.

Observa Paulo Affonso Leme Machado que a legislação estadual e a municipal podem ampliar o conceito de poluição, mas serão de nenhum efeito se restringirem a proteção legal dada pela conceituação federal ("*Direito Ambiental Brasileiro*" 2ª ed., R.T., 1989, p. 250). Acrescenta o autor que a legislação estadual não varia muito da conceituação da legislação federal, mas aponta algumas

diferenças: no Estado do Rio de Janeiro acrescenta-se nessa tutela "o equilíbrio ecológico" "as propriedades públicas e privadas" e a "harmonia com os arredores naturais"; no Rio Grande do Sul cita-se a proteção de diversas atividades, inclusive recreativas; em Minas Gerais é também ato poluidor o fato de causar dano relevante ao acervo histórico, cultural e paisagístico.

É interessante destacar que a simples desobediência a padrões ambientais estabelecidos pelos órgãos competentes pode constituir ato poluidor e como tal deverá ser incluído nos tipos penais referentes à poluição nas várias formas em que esta pode apresentar-se. De acordo com a complexidade do bem jurídico que será protegido com a incriminação da poluição, pode ela se apresentar em várias modalidades, que deverão ser diferentemente apreciadas pelo legislador: poluição das águas, poluição atmosférica, do solo, por pesticidas, por resíduos sólidos ou lançamento de dejetos, poluição sonora, poluição visual, etc., as quais passaremos a analisar no confronto necessário com a Lei n. 9.605/98.

2. A poluição das águas.

2.1. Na legislação anterior.

2.1.1. No Código Penal de 1890:

A poluição das águas constituiu também no Brasil a primeira preocupação do legislador em matéria ambiental por serem elas necessárias à manutenção da vida na face da Terra, sobressaindo como um bem de proteção necessária para a saúde individual e coletiva e de consumo imprescindível.

No Código Penal brasileiro de 1890 (Decreto n. 847, de 11.10.1890) o seu envenenamento já era tipificado no art. 161 como "*envenenar fontes públicas ou particulares, tanques ou viveiros de peixe e víveres destinados a consumo*", fato punido com prisão celular por dois a seis anos e, se do envenenamento resultasse a morte de alguém, prisão celular por seis a quinze anos. Pena menor, de prisão celular por um a três anos, era prevista no art. 162 para o fato de "*corromper, ou conspurcar, a água potável de uso comum ou particular, tornando-a impossível de beber ou nociva à saúde*".

2.1.2. No Código Penal de 1940:

Mantendo a mesma orientação, o Código Penal de 1940 inscreveu as duas modalidades entre os "crimes contra a saúde pública" com ligeira modificação da terminologia empregada, sendo elas apresentadas como *envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal* (art. 270) e *corrupção ou poluição de água potável* (art. 271), com a seguinte redação:

Art. 270: Envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo: Pena - reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Está sujeito à mesma pena quem entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada.

§ 2º Se o crime é culposo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Art. 271. Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Se o crime é culposo: Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 5 (cinco) anos.

Deve-se notar contudo que a pena estipulada no art. 270 foi determinada pela Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os *crimes hediondos*, que no seu art. 6º majorou as sanções de alguns crimes previstos no Código Penal. Antes disso a pena cominada era a de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos).

A restrição que faz o tipo penal quanto à natureza da água, que deve ser potável, não impede que a tutela se estenda a qualquer dispersão aquosa, perene ou efêmera, onde quer que esteja contida, abrangendo pois tanto os rios quanto os riachos, açudes, as lagoas, represas, fontes e outros mananciais, tanto de superfície quanto subterrâneos.

A preocupação com a água potável, que restringiu o preceito incriminatório, expressa na verdade o posicionamento de uma legislação pré-

ambiental que tencionava proteger apenas o indivíduo em seus interesses fundamentais, entre os quais a sua vida e a sua saúde, sem atentar para os outros entes e a natureza como um todo, desconsiderando, no caso das águas, a poluição nociva aos vegetais e aos animais, esquecendo-se que deles também nos servimos e por isso a sua destruição igualmente nos afeta.

Tem sido destacada por vários autores a contribuição jurisprudencial para o alargamento do conceito de *potabilidade* da água, referido nos dois dispositivos citados, de molde a abranger qualquer outra água que, embora de maneira indireta, possa servir à alimentação humana, seguindo a orientação vigente em outros países, em que a incriminação é constituída muitas vezes pelo simples lançamento à água de substâncias ou resíduos que possam alterar a sua qualidade.

Esther de Figueiredo Ferraz, comentando essa jurisprudência, aponta para os riscos de proceder-se assim a uma incriminação analógica, diversa da que seria a mera interpretação extensiva, a qual é até mesmo recomendável no âmbito penal, enquanto que a primeira atingiria o princípio da legalidade dos delitos e das penas e deve ser evitada mesmo que tenha por escopo a correção da norma incorreta ("Defesa penal do meio ambiente" in *Anais do CONJUR*, v. XXI, FIESP, SP, 1988, p. 15). Por isso preconiza a mestra que o reforço da tutela ao meio ambiente se faça não pela via da jurisprudência mas pela via legislativa. É o que se tentou fazer em 1969, no Código Penal promulgado, mas que não chegou a vingar, onde se previa, ao lado dos delitos de *envenenamento* e de *corrupção ou poluição de água potável* (arts. 299 e 301), um outro de *poluição de fluidos*, no art. 300, punido com reclusão até três anos e multa, que era porém muito mal formulado, nos seguintes termos: "*Poluir lago, curso de água, o mar ou, nos lugares habitados, as praias e a atmosfera, infringindo prescrições de lei federal*"

A questão tem encontrado soluções bastante diversificadas no Direito Comparado.

No Canadá, a Lei de Proteção das Águas, de 1970, pune o lançamento de resíduos que contribuam para o processo de degradação ou alterem a qualidade das águas, em detrimento de sua utilização pelo homem ou por animal, peixe ou planta utilizados pelo homem. Na Bélgica, incrimina-se o lançamento à água de matérias nocivas e na Suíça a lei federal sobre a proteção das águas, de 1971, pune tanto aquele que ilicitamente lança ou introduz nas águas matérias sólidas, líquidas ou gasosas de forma a polui-las, quanto aquele que deposita fora das águas ou deixa infiltrar no subsolo matéria que possa poluir ou criar o risco de poluição da água.

Em algumas legislações preferiu-se porém vincular a infração penal a certas condições de autorização ou ao descumprimento das normas administrativas sobre lançamentos de dejetos. É o caso da Holanda, onde são punidas as infrações às condições de autorização ou às normas de lançamentos nos cursos d'água, de matérias perigosas. No mesmo sentido dispõem a lei italiana, de 1976, e a Lei de Proteção ao Meio Ambiente da Suécia, de 1969.

A Inglaterra, pioneira no combate à poluição das águas com o seu *River's pollution prevention Act*, de 1876, reforçou as suas prescrições em 1974, segundo preleciona Paulo Affonso Leme Machado ("*Direito Ambiental Brasileiro*" ob. cit., p. 251), punindo não-somente o lançamento às águas de quaisquer matérias venenosas, nocivas ou poluidoras, bem como o lançamento de matérias que impeçam o normal fluxo da água, aumentando ou agravando poluição já existente.

Embora a água seja um dos bens mais preciosos da natureza, essencial à vida na Terra sob todas as suas formas, o delito previsto no art. 270 do Código Penal brasileiro visa especialmente proteger a saúde pública e a vida das pessoas, que poderiam ser afetadas pelo envenenamento das águas ou das substâncias alimentícias ou medicinais.

Assim, não se acha revogado pela Nova Lei Ambiental, que sobre o assunto tem um dispositivo genérico, sobre poluição de qualquer natureza, e outros específicos que tratam da poluição hídrica.

O critério adotado no delito do art. 270 do Código Penal é o do perigo que paira sobre esses bens jurídicos na eventualidade de seu consumo, motivo pelo qual basta o dano potencial, não sendo exigível a ocorrência do mesmo, o que o caracteriza como um *crime de perigo abstrato*. Na ocorrência efetiva de um dano, sob a forma de lesão corporal de natureza grave ou da morte de alguém, teremos as formas qualificadas pelo resultado previstas no art. 285 combinado com o disposto no art. 258, aumentando-se as penas da metade ou aplicando-as em dobro, conforme o caso.

A conduta, expressa pelo verbo *envenenar*, ou seja, lançar veneno de forma a contaminar a água tornando-a tóxica, orgânica ou inorgânica, e prejudicial à saúde de um número indeterminado de pessoas, abrange todos os meios idôneos que direta ou indiretamente produzam esse efeito, sendo necessário que se apure em perícia técnica a propriedade venenosa da substância lançada, para a verificação da alteração ou destruição das propriedades originais da matéria.

Na modalidade do § 1º do art. 270 a conduta consistirá em entregar a consumo ou ter em depósito para distribuir a água ou substância envenenada, que acarretará a mesma pena prevista no *caput*.

No tipo doloso, sustenta Nelson Hungria não estar compreendido o *animus occidendi* mas apenas a consciência de que o agente está criando uma situação de perigo comum, pelo conhecimento que deve ter da natureza do meio empregado e da destinação do objeto. Alega que somente um indivíduo psiquicamente anormal seria capaz de envenenar um reservatório de água potável ou depósito de víveres visando a morte de pessoas indeterminadas ou que ele de antemão não sabe quais possam ser (*"Comentários ao Código Penal"*, v. IX, Forense, Rio de Janeiro, p. 105). Essa é também a opinião de Heleno Fragoso (*"Lições de Direito Penal"*, v. II, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 209). Paulo José da Costa Jr. permite-se discordar, assentado em Manzini, afirmando consistir o dolo, nesse dispositivo, na vontade consciente e livre bem como na intenção de envenenar a água ou as substâncias especificadas, sabendo qual é a sua destinação. E por sabê-las destinadas a um número indeterminado de pessoas estará aceitando, ainda que eventualmente, a morte delas (*"Comentários ao Código Penal"* v. 3, Saraiva, São Paulo, 1989, p. 265).

O tipo culposo, que pressupõe a negligência, a imprudência ou imperícia do agente, e a previsibilidade do evento não-previsto, abrange tanto o envenenamento quanto as formas equiparadas da conduta mencionada no § 1º do art. 270. Nessas modalidades, exemplifica Paulo José da Costa Jr., pode ocorrer que o agente mantenha em depósito, por negligência, substância que não sabe envenenada, mas que teria condições de saber; ou que o agente entregue a consumo alimento que poderia presumir deteriorado, embora não tenha consciência plena da condição em que a substância se apresenta.

Quanto ao delito de *corrupção ou poluição de água potável* previsto no art. 271, também aqui não se trata de proteger a água como um bem natural, mas sim a saúde pública, valendo então as mesmas observações já feitas para o artigo precedente. Sendo também crime de perigo abstrato ou presumido é todavia de menor gravidade do que a figura típica do art. 270, sendo que o verbo *corromper* transmite a idéia de *estragar*, e *poluir* a de *sujar* a água, tornando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde.

Nelson Hungria define com muita propriedade: *"Corromper a água é alterar-lhe a essência ou composição, tornando-a nociva à saúde, ou intolerável"*

pelo mau sabor. Poluir a água é conspurcá-la, deitar-lhe alguma sujidade, de modo a torná-la imprópria de ser bebida pelo homem." (ob. cit.)

Igualmente neste caso, segundo a melhor doutrina, deve-se entender como água potável não apenas a que é bioquimicamente pura, mas a que é boa para beber e cozinhar, servindo tanto às pessoas quanto aos animais.

Esse dispositivo porém levou a uma controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de considerar-se a sua ocorrência na hipótese de a água já estar poluída. Esther de Figueiredo Ferraz afirma que em hipótese nenhuma a água já poluída poderá ser tutelada pelo art. 271, uma vez que não se trata de água potável, citando em seu favor inúmeros acórdãos concedendo a absolvição do acusado por ausência de potabilidade da água ("*O crime de poluição de água potável*" in Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues, Saraiva, São Paulo, 1989, pp. 114 e ss.).

Em sentido oposto manifestam-se aqueles que entendem, segundo uma interpretação extensiva, que devem ser criminalizadas as condutas dos que poluem a água "potencialmente potável", a qual poderia ser recuperada mediante tratamento adequado que a transformaria em potável. Nesse sentido, todas as águas são potencialmente potáveis. Esse argumento porém é rejeitado pela autora citada, primeiramente porque a expressão "água potencialmente potável" não tem sentido do ponto de vista científico, uma vez que pode ser aplicável a qualquer água mesmo a extremamente poluída, e em segundo lugar porque aquilo que se aponta como mero recurso de hermenêutica (a interpretação extensiva) na verdade seria um recurso à analogia, com infringência do princípio da reserva legal, o qual norteia todo o sistema jurídico-penal.

A discussão perdeu o sentido com a edição da Lei n. 6.938, em 1981, que tipificou o crime de *poluição em geral*, o qual constitui na *exposição a perigo da incolumidade humana, animal ou vegetal, ou o agravamento de perigo já existente*, expressão que abrange a situação que é objeto da controvérsia e que agora é enfocada nos termos de uma política global, instituída nesse mesmo diploma legal e que tem por objetivo a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida.

De qualquer forma, sendo um crime contra a saúde pública, a ele aplica-se o disposto no art. 285 do Código Penal, que remete ao art. 258, salvo para o delito de epidemia, a ocorrência de um resultado danoso à vida ou à saúde nesses crimes, quando a pena será majorada, tanto nos tipos dolosos quanto nos culposos.

2.1.3. Na Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981:

No art. 15 da Lei n. 6.938/81 figura um tipo penal intitulado por alguns de *poluição em geral* ou *poluição genérica*, por outros de *poluição perigosa*, que poderia também ser aplicado à poluição das águas nos casos em que especifica, cuja redação e inclusão nesse diploma legal foi ditada pela Lei n. 7.804, de 18 de julho de 1989, nos seguintes termos:

Art. 15 O poluidor que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais grave situação de perigo existente, fica sujeito à pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR.

§ 1º A pena é aumentada até o dobro se:

I - resultar:

a. dano irreversível à fauna, à flora e ao meio ambiente;

b. lesão corporal grave;

II a poluição é decorrente de atividade industrial ou de transporte;

III o crime é praticado durante a noite, em domingo ou em feriado.

§ 2º Incorre no mesmo crime a autoridade competente que deixar de promover as medidas tendentes a impedir a prática das condutas acima descritas."

Esse delito destinava-se a preencher as lacunas existentes na legislação então em vigor no que se refere às várias formas de poluição, pretendendo-se que fosse mais eficiente para a defesa do meio ambiente do que as poucas normas que podiam ser aplicadas a essas situações, uma vez que tanto na sua forma comissiva quanto na omissiva dispensava a ocorrência de dano efetivo, bastando que se verificasse a situação de perigo mencionada, caracterizada pelo risco à incolumidade humana, animal ou vegetal, dolosamente provocado, o que era bastante difícil provar...

Evidentemente era também admissível no caso da poluição das águas, sem as restrições sobre a sua qualidade, como as que existem no Código Penal, mas a sua redação extremamente defeituosa, assim como a inexistência da forma culposa (que é a que mais comumente se verifica) tornavam difícil senão impossível a sua aplicação. Embora escassa a sua jurisprudência, Gilberto Passos de Freitas consegue nos apresentar um caso em que foi julgada procedente ação penal movida contra prefeito municipal que admitiu que se jogasse lixo em rio caudaloso, decidindo o TJRS pela sua condenação (4ª Câm. Crim., Ap. 692.052.111, in "*Crimes contra a natureza*". 4ª ed., RT, 1995, p.124).

Por outro lado, o sujeito ativo do delito, designado como *poluidor*, tinha a sua conceituação referida na mesma lei, no seu art. 3º, que considerava tal "*a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental*" mas que por força do sistema penal então vigente só podia ser a pessoa física, já que ainda não fôra acolhida a responsabilidade penal da pessoa jurídica, hoje existente na Lei n. 9.605/98.

A *poluição genérica* foi retomada nessa nova lei ambiental em outros termos e com outra sanção, motivo pelo qual encontra-se revogado hoje o art. 15 da Lei n. 6.938/81, mas não as conceituações do seu art. 3º, referentes a meio ambiente, poluição, degradação ambiental, poluidor, etc., que continuam a nos fornecer os parâmetros para a apreciação dos bens ambientais tutelados na ordem jurídica.

2.2. Na Nova Lei Ambiental-(Lei n. 9.605/98):

A Lei n. 9.605/ 98, no seu art. 54, dispôs sobre *poluição de qualquer natureza*, não fazendo distinção quanto às suas várias modalidades a não ser para qualificar o crime, no § 2º, impondo pena mais grave para as atuações mais danosas ou de maior risco para a saúde, ou que atinjam mais significativamente a flora ou a fauna.

Assim, na sua Seção III *Da Poluição e outros Crimes Ambientais*, dispõe:

"Art. 54. *Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de*

animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa."

Nos seus parágrafos são previstas a forma culposa, punida com detenção de seis meses a um ano e multa, as formas qualificadas, punidas com reclusão de um a cinco anos, e uma forma omissiva de conduta que lhe é equiparada, punindo com a mesma pena do crime qualificado "*quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.*"

Uma referência expressa à poluição hídrica é feita no inciso III do § 2º, indicando como causa da majoração penal a hipótese de ser necessária a interrupção do abastecimento público de água numa comunidade. E o inciso IV refere-se à circunstância da poluição "*dificultar ou impedir o uso público das praias*" também considerada qualificadora, situação comumente provocada pelo lançamento de esgoto e outros dejetos em canais ou cursos d'água que desembocam no mar, ou diretamente nas praias e águas litorâneas. A hipótese do inciso V, referente ao "*lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis e regulamentos*" igualmente pode ocorrer em águas de todas as espécies, tornando-a imprópria para a utilização pelo homem, como também para os animais e para as plantas.

Ficou assim a *poluição das águas* mais adequadamente abrangida em todos os seus aspectos na nova definição legal que lhe deu a Lei n. 9.605/98, inclusive com a introdução da forma culposa desse delito, que se fazia necessária pela grande incidência das atitudes de negligência e descaso dos agentes poluidores, os quais, segundo a regra do art. 7º, serão todavia beneficiados com a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, que poderá constituir-se numa prestação de serviços à comunidade, ou numa interdição temporária de direitos, suspensão parcial ou total de atividades, prestação pecuniária ou recolhimento domiciliar.

Contudo se o crime for doloso haverá especial aumento da pena a ser aplicada, de acordo com as regras do art. 58, se do fato não resultar crime mais grave, a saber:

a. *de um sexto a um terço, se resulta dano irreversível à flora ou ao meio ambiente em geral;*

b. *de um terço até a metade, se resulta lesão corporal de natureza grave em outrem;*

c. *até o dobro, se resultar a morte de outrem.*

A multa prevista como sanção cumulativa será calculada de acordo com os critérios do Código Penal, podendo ser aumentada, se revelar-se ineficaz mesmo que aplicada no valor máximo, até três vezes, levando em conta o valor da vantagem econômica auferida. Se o crime for praticado por pessoa jurídica, a lei autoriza que a sua aplicação seja isolada, cumulativa ou alternativa com as penas restritivas de direitos ou de prestação de serviços à comunidade adequadas à sua natureza.

3. A poluição atmosférica.

3.1. Na legislação anterior:

3.1.1. No Código Penal de 1940:

Figuras típicas referentes à poluição atmosférica não encontram precedentes na legislação anterior ao Código Penal de 1940, mas tanto no Projeto Sá Pereira quanto no Projeto Alcântara Machado, apresentados respectivamente em 1935 e 1938 para a reforma da legislação penal, incluíam o delito de *uso de gás tóxico* entre os crimes contra a incolumidade pública, que foi finalmente adotado pela legislação editada em 1940 e assinalada a sua novidade na respectiva *Exposição de Motivos*.

Nelson Hungria aponta o Código Penal suíço como fonte do dispositivo e de fato parece ter sido este o primeiro a mencionar o gás tóxico como substância perigosa à vida, saúde ou propriedade de outrem ("*Comentários ao Código Penal*", v. IX, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 40). Com a rubrica *uso de gás tóxico ou asfíxiante*, esse delito é a única hipótese existente no Código Penal referente à poluição atmosférica, mas que não se destina à defesa ambiental e sim à proteção da incolumidade pública nos aspectos que a conduta descrita apresenta de perigo comum à vida, saúde ou patrimônio de outrem, estando assim descrita:

"Art. 252. Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, usando de gás tóxico ou asfíxiante: Pena - reclusão, de 1 (um) a quatro (quatro) anos e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo: Pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano."

Como se percebe, essa entidade criminal é absolutamente inadequada para enfrentar o problema do uso ou das descargas de substâncias poluentes na atmosfera em nosso planeta, que inegavelmente além de representar um sério perigo à vida animal e vegetal, incomodar as pessoas e destruir ou alterar a constituição das coisas, chegam efetivamente a causar danos sérios quando em altos níveis, sendo responsabilizada essa espécie de poluição por inúmeras moléstias, principalmente das vias respiratórias, que afligem os habitantes das grandes cidades ou dos locais vizinhos a instalações industriais ou vias de trânsito intenso.

Além disso a expressão "*gás tóxico ou asfíxiante*" não esgota toda a variedade de gases nocivos a todos os seres da natureza que são objeto da proteção ao meio ambiente, embora nessas categorias estejam os gases venenosos e os asfíxiates, que são os mais perigosos para a vida e a saúde da espécie humana.

Além do uso dos gases mencionados, o Código Penal incrimina a seguir, no art. 253, o seu *fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte* aí incluindo os explosivos, cominando nesses casos a pena de detenção de seis meses a dois anos, além da multa. A objetividade jurídica é a mesma do delito anterior e o perigo comum é presumido *juris et de jure* e por isso não necessita ser comprovado, tratando-se de atos preparatórios para o *uso* do material referido, subordinados porem à existência de um elemento normativo, que foi incluído no tipo, constituído pela ausência de licença da autoridade.

3.1.2. Na Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n. 3.688, de 3.10.41):

Embora seja essa a modalidade mais comum de poluição, extremamente danosa sobretudo nos grandes centros urbanos em razão das atividades industriais e do número excessivo de veículos, cujas emanções degradam a qualidade do ar e causam o aquecimento do planeta pelo chamado "efeito estufa" o lançamento de elementos nocivos na atmosfera foi previsto somente como contravenção penal pelo Decreto-lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941, e punido levemente com a multa contravencional.

O tipo está assim descrito no art. 38: "*Provocar, abusivamente, emissão de fumaça, vapor ou gás, que possa ofender ou molestar alguém*", pelo que

deve ser constatado o abuso na emissão dessas substâncias, com a consulta e o enquadramento da conduta nas normas ou tabelas que existem a esse respeito, tratando-se pois de *norma penal em branco*, que implica inclusive na medição dos poluentes para a verificação dos seus níveis. Pode-se contudo entender como abusiva a emissão desnecessária, mesmo não excedendo os limites permitidos.

De qualquer forma, o abuso deve poder ser constatado na emissão, pois muitas vezes tais ocorrências são justificadas na atividade industrial pelo exercício normal de um direito inerente às operações nela desenvolvidas. Assim afirma Manoel Carlos da Costa Leite: "*Desde que a emissão de gás, fumaça ou vapor cause incômodo, molestando ou ofendendo, e tal emissão não advenha do exercício regular do direito, ocorre a contravenção*" ("*Manual das Contravenções Penais*", São Paulo, Saraiva, 1962, p. 151). Assim também entendeu a jurisprudência dos nossos tribunais, de que é exemplo o acórdão publicado na RT 434/400: "*Não tendo havido abuso, mas sim o exercício normal de um direito, sendo o fumi immitendi e o odoris immitendi das indústrias um ônus ou incômodo daqueles que residem na zona industrial das cidades, não se configura a contravenção do art. 38 da respectiva lei.*"

Tal posicionamento dos tribunais e, por outro lado, o aumento da poluição ambiental produzida pelas atividades industriais nos grandes centros, causando incômodos à população e malefícios aos bens da natureza em geral, tornavam necessário que o abuso fosse constatado por provas técnicas que pudessem demonstrá-lo, bem como exigiam o estabelecimento dos índices a serem respeitados. Devia assim o Poder Público estabelecer previamente quais as substâncias que podem ser lançadas no ar e em que quantidades, para evitar-se que ofendam ou incomodem alguém, uma vez que no âmbito contravencional não estão em cogitação maiores danos.

Ora, é inegável que a inalação das substâncias referidas na contravenção pode produzir efeitos que vão muito além do simples incômodo ou molestamento mencionados, causando danos muitas vezes irreversíveis à saúde do homem e destruindo a fauna e a flora do local, além de outros estragos na natureza. A *fumaça*, em que se misturam partículas sólidas com vapores e gotículas de líquido, constitui a emissão típica de certas indústrias, como a siderúrgica, a de cimento e a de certos produtos químicos, como também dos veículos automotores, sendo extremamente danosa e responsável por certas moléstias. Quanto ao *vapor* e ao *gás*, podem conter em estado gasoso certos elementos tóxicos, como é o caso do

monóxido de carbono, produzido pelos veículos no trânsito, que é altamente nocivo e prejudicial à saúde.

Era assim mais apropriado o enquadramento desses poluidores em norma mais sévera, como é o caso do art. 252 do Código Penal que contempla o *uso de gás tóxico ou asfixiante*, que é um crime de perigo comum, embora limitado à proteção daqueles que estiverem expostos às emanações dessas substâncias, as quais porém não deixam de ser também poluentes.

Sendo um crime de perigo concreto, nesse caso teria que ser analisada a qualidade do gás e as suas propriedades perigosas, mas não necessariamente mortais, as quais atuariam por envenenamento, causando a intoxicação do organismo, ou por sufocação, causando a asfixia do indivíduo.

Sua aplicação ainda assim seria extremamente limitada para enfrentar certas modalidades de poluição atmosférica, as quais estariam também compreendidas inegavelmente na *poluição perigosa* descrita no art. 15 da Lei n. 6.938/81, com a redação determinada pela Lei n. 7.804/89, já mencionado ao tratarmos da poluição hídrica. Essa figura penal, na sua fórmula genérica de exposição a perigo, que é subsidiária para todos os delitos de poluição, tutela a incolumidade humana, animal ou vegetal, com ampla possibilidade de proteção legal da vida de todos os seres e bens da natureza. Entre as circunstâncias que tornam crime qualificado a do inciso II ("*se a poluição é decorrente de atividade industrial ou de transporte*") relaciona-se enormemente com a degradação atmosférica que se pretende evitar para assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida a que a norma constitucional faz referência.

De qualquer modo, o referido artigo encontra-se revogado pela nova lei ambiental, que disciplinou de outra forma a *poluição em geral* ou *poluição perigosa*, assim como se pode considerar revogada a contravenção, absorvida nessa conduta.

3.2. Na Nova Lei Ambiental.

A Lei n. 9.605/98 ao incriminar no seu art. 54 o ato de "*causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora*" evidentemente teve por objetivo encontrar uma fórmula genérica para enquadrar todas as modalidades de degradação ambiental e,

entre elas, as que contaminam a atmosfera com elementos nocivos à saúde e à vida em geral na natureza, que na sua forma mais grave pode levar à causa de aumento de pena prevista no inciso II desse mesmo artigo, o qual eleva a pena para reclusão de um a cinco anos se o crime "*causar poluição atmosférica que provoque a retirada ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população*"

Nessa modalidade de poluição, que só é incriminada quando seus níveis se tornam intoleráveis ou perigosos, ou então danosos à saúde, há necessidade de proceder-se a verificações técnicas que evidentemente ficam fora da lei penal incriminadora, e devem ser buscadas em outras normas específicas baixadas pelo Poder Público, de preferência locais, que solucionam determinados problemas em determinadas áreas. São encontradas na legislação administrativa e abrangem, por exemplo, as prescrições impostas aos estabelecimentos industriais para funcionamento, ou então as que incidem sobre combustíveis e aparelhos de combustão, que são os principais responsáveis pela poluição do ar. Atenção especial vem sendo dada às prescrições técnicas concernentes à construção de veículos automotores e à sua utilização principalmente quanto ao controle de monóxido de carbono no seu gás de escape, altamente nocivo pela sua toxicidade.

Paulo Affonso Leme Machado menciona os instrumentos administrativos mais eficientes para a prevenção da poluição atmosférica que incluem: os padrões de qualidade do ar, as normas de emissão, o licenciamento, a informação periódica da fonte emissora, a fiscalização pela autoridade pública, pelos próprios empregados da fonte poluidora, pelas associações ambientalistas, etc. ("*Direito Ambiental Brasileiro*", 2ª ed., RT, p. 292).

Os padrões de qualidade do ar, que devem servir de referencial para avaliar a gravidade da situação em determinado momento, estão fixados na Portaria n. 0231/76, do ministro do Interior, e nela estão estabelecidas "*as concentrações de poluentes atmosféricos que, ultrapassadas, poderão afetar a saúde, segurança e bem-estar da população, bem como ocasionar danos à flora e à fauna e ao meio ambiente em geral*"

São também relevantes nessa matéria, fornecendo elementos para o preenchimento da conduta na norma penal em branco, a Lei n. 6.803/80, que dispõe sobre as diretrizes básicas para zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição; a Portaria n. 100, de 14.07.80, do ministro do Interior, que dispõe sobre emissão de fumaça dos veículos a óleo diesel; o Decreto-lei n. 1.413/75 e o Decreto n.

76.389/75, que dispõem sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais. Essas normas estão em constante aperfeiçoamento, muitas vezes com medidas de validade local, como é o caso do rodízio de veículos por dias da semana, em vigor na cidade de São Paulo, a proibição do tráfego em certas áreas urbanas, etc. As normas administrativas, todavia, têm escasso poder intimidativo e as multas aplicadas não têm sido suficientes para impedir as transgressões. Mais recentemente tivemos a edição de um novo Código de Trânsito, a Lei n. 9.503/97, que com sanções mais severas na área penal e administrativa pretende disciplinar condutas inadequadas na condução de veículos com o fim de evitar não-somente os danos e perigos a que todos estamos sujeitos no trânsito, mas também melhorar a manutenção e diminuir o uso abusivo dos veículos como instrumentos necessários às exigências da vida moderna, porém altamente poluidores do meio ambiente, sobretudo da atmosfera.

A prevenção da poluição na verdade tem hoje enorme importância em todo o mundo, particularmente nos países europeus entre os quais se destacam a França, a Alemanha e a Itália. Na França tem inspirado numerosos textos jurídicos, como o Código Urbanístico, o Código de Trânsito e os regulamentos sanitários departamentais, além de uma lei especificamente dirigida ao controle da poluição atmosférica, a Lei n. 61.842, de 13.05.74, concernente ao controle das emissões poluentes na atmosfera e a certas utilizações da energia térmica.

Essa lei estabeleceu uma série de controles para as instalações de determinadas indústrias ou atividades, principalmente as de incineração, combustão ou aquecimento, e para a qualidade dos combustíveis e a nocividade de suas emissões poluentes na atmosfera. Outros dispositivos foram consagrados à emissão de fumaça e partículas, sobretudo através de chaminés de liberação. Foram ainda estabelecidas zonas de proteção especial a fim de limitar a poluição da atmosfera, no interior das quais são aplicáveis disposições particulares concernentes ao uso de combustíveis, funcionamento das instalações de combustão e limites máximos de poluentes nas emissões, ficando elas subordinadas a períodos de alerta no caso de sensível e perigoso aumento da poluição atmosférica.

Para assegurar a eficácia de todos esses controles a Lei n. 61.842/61, modificada pela Lei de 30 de dezembro de 1977, incriminou a inobservância dessas normas, punindo com a pena de prisão por dez dias a três meses e multa de 400 a 30 mil francos "*aquele que puser obstáculo à realização dos controles visados pelos artigos segundo e terceiro*" E no seu art. 6º a mesma Lei, também modificada em

1977, pune com prisão de dois a seis meses, e multa de 10 mil a 120 mil francos, aquele que tiver feito funcionar uma instalação com infração a uma medida de interdição aplicável até o encerramento dos trabalhos prescritos para remediar a poluição, de acordo com o art. 5º

Com relação à poluição causada no trânsito pelos veículos automóveis, vários textos regulamentam de forma técnica os principais tópicos contidos no princípio enunciado no artigo R.69 do Código de Trânsito francês, segundo o qual "*os veículos automóveis não devem emitir fumaça, gás tóxico, corrosivo ou odorante, em condições suscetíveis de incomodar a população, ou de comprometer a saúde e a segurança públicas*" Com o objetivo de assegurar esse princípio, várias disposições sobre a utilização de veículos proíbem a emissão de fumaças coloridas ou opacas, a manutenção em funcionamento do motor do veículo durante o seu estacionamento, e a emissão de gás contendo mais de 4,5% de monóxido de carbono. Outros controles são estabelecidos para a construção dos veículos, o seu trânsito na via pública, o teor de enxofre e de chumbo nos carburantes, etc.

Uma infração contravencional de *desobediência* aos textos em vigor e de desrespeito aos controles é prevista no Código Nacional de Trânsito francês, implicando em sanções que podem ser simplesmente de multa, mas também de prisão em caso de reincidência. (M. Despax et W. Coulet "*Loi et pratique concernant le contrôle de la pollution en France*", Librairies Techniques; Paris, 1983, p. 42).

Nos Estados Unidos, um *Clean Air Act*, editado em 1970 e emendado em 1974, impõe multas aos poluidores da atmosfera, que podem ser cumulativas com a pena de prisão até um ano. Na reincidência, além de majorar-se o valor da multa, que pode alcançar os 50 mil dólares por dia de violação, a prisão pode alcançar até dois anos, sendo aplicável alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.

Por fim, na moderna Europa, o Direito Comunitário, ainda em consolidação, tem contribuído enormemente com as suas diretivas para reforçar a política e a legislação referentes à poluição atmosférica nos países da União Européia. O esforço é dirigido principalmente para solucionar os problemas da poluição causada pelos veículos automotores, impondo-se em toda a Europa a redução do teor de chumbo e benzeno na gasolina, estabelecendo-se rígidos controles na fabricação de veículos e na sua utilização. Atenção especial é

dispensada, no momento, para encontrar soluções que possam impedir o aumento da poluição causada pela emissão de *CFC* (clorofluorcarbono), tendo em vista a sua interferência na camada de ozônio que circunda o nosso planeta, cuja diminuição tem provocado a previsão de terríveis consequências para a vida na Terra em virtude do aquecimento que provocam na atmosfera. (Raphäel Romi, "*L'Europe et la protection juridique de l'environnement*" Victoires Editions, Paris, 1990, pp. 33 e 35).

4. A poluição por resíduos sólidos.

4.1. Os resíduos sólidos:

De todas as substâncias poluentes que hoje merecem a atenção do legislador no sentido de se conseguir a melhoria da qualidade de vida que enseje a todos um ambiente saudável, os resíduos sólidos têm sido pouco considerados, embora o seu volume cresça progressivamente com o crescimento demográfico e o conseqüente aumento do consumo.

Não se dispersando, como os poluentes do ar e da água, nem por isso são menos nocivos ao homem e aos outros seres da natureza, uma vez que permanecem no solo, muitas vezes a céu aberto ou em aterros sanitários, contribuindo para a proliferação de insetos e outros animais daninhos, agentes propagadores de moléstias ou outros efeitos ligados à natureza das substâncias lançadas fora ou abandonadas de forma irregular e irresponsável.

Esclarece Paulo Affonso Leme Machado que, da maneira como o entendemos no Brasil, o termo *resíduo sólido* significa "*lixo, refugo e outras descargas de matérias sólidas, incluindo as provenientes de operações industriais e agrícolas e de atividades da própria comunidade, mas não inclui materiais sólidos ou dissolvidos nos esgotos domésticos ou outros significativos poluentes existentes nos recursos hídricos, tais como a lama, resíduos sólidos dissolvidos ou suspensos na água encontrados nos efluentes industriais, e materiais dissolvidos nas correntes de irrigação ou outros poluentes comuns da água*" (ob. cit., p. 301).

Conceituação mais ampla é dada pela Lei japonesa n. 137/70, a qual abrange "*refugos de pequeno e grande porte, cinza, lama, excreções humanas, resíduos de óleo, resíduos alcalinos e ácidos, carcaças e outras asquerosas e desnecessárias matérias as quais estejam no estado sólido ou líquido*"

A questão assume maior gravidade pelo aumento de substâncias químicas, pesticidas e outros produtos tóxicos, de uso freqüente e indiscriminado, sem que se faça o controle de seus resíduos, incluindo-se aí os das substâncias radioativas, que já produziram exemplos de perigosas conseqüências do descaso na sua manipulação por pessoas desavisadas, como foi o caso da contaminação por *césio*, ocorrida em Goiás há alguns anos, pela manipulação de objetos encontrados ao abandono.

Por serem essas questões matérias que afetam a saúde pública, a competência para a fixação das diretrizes gerais é federal, de acordo com a nossa Constituição, sendo também acolhida a competência supletiva dos Estados, atribuindo-se por sua vez aos Municípios a execução das tarefas de limpeza pública, que compreendem a coleta, o transporte e a disposição final dos resíduos sólidos, problemas da maior importância para a conservação de um meio ambiente sadio e equilibrado, que devem merecer toda a atenção da legislação a seu respeito.

4.2. Na legislação anterior:

4.2.1. Na Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n. 3.688/41).

Na ausência de um tipo penal adequado para a incriminação dessa modalidade de poluição, e com algum esforço de interpretação, pode ser considerada aplicável a figura prevista no art. 37 da Lei das Contravenções Penais intitulada *arremesso ou colocação perigosa*, que na verdade não é adequada para solucionar convenientemente os problemas já mencionados, mas surgia como a sua única possibilidade em época pregressa. Esse artigo dispõe:

"Arremessar ou derramar em via pública, ou em lugar de uso comum, ou de uso alheio, coisa que possa ofender, sujar ou molestar alguém: Pena Multa.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre aquele que, sem as devidas cautelas, coloca ou deixa suspensa coisa que, caindo em via pública ou em lugar de uso comum ou de uso alheio possa ofender, sujar ou molestar alguém"

Não é necessário que tenha havido o incômodo, a ofensa, ou que alguém tenha sido atingido, bastando a possibilidade da ocorrência dessas circunstâncias por qualquer matéria, mesmo que não seja intrinsecamente suja ou imundície.

Analisando a objetividade jurídica dessa infração, Bento de Faria argumenta que a ofensa, na hipótese, não se refere unicamente ao perigo contra a integridade física, mas a um conceito mais amplo que inclui além da tranquilidade das pessoas, expressas pelo verbo "molestar" também o decoro público ("*Das Contravenções Penais*", Rio de Janeiro, Record Editora, 1958, p. 128). Mais apropriado será, na verdade, incluir no conceito o bem jurídico "meio ambiente" de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, segundo a norma constitucional atual.

A incriminação expressa nesse tipo contudo abrange somente uma pequena parcela do problema da poluição causada por resíduos sólidos, uma vez que basicamente se destina a coibir condutas, embora bastante generalizadas e de ocorrência frequente, como as de lançar restos de varredura, pontas de cigarro, restos de plantas e comidas, embalagens, detritos de frutas e até excrementos ou papel usado, normalmente arremessadas pela população nas vias e logradouros públicos bem como nas áreas internas dos edifícios e nas praças esportivas.

Assiste razão a José Duarte quando afirma que a contravenção em exame "*tem, na sua função eminentemente preventiva, uma função educativa e disciplinadora: ajusta o indivíduo a uma conduta que satisfaz às aspirações comuns dos associados e reduz consideravelmente o coeficiente das ações mais graves, danosas e nocivas*" (ob. cit., p. 402). Esse é o sentido que também podemos assinalar na defesa do meio ambiente.

4.2.2. Na legislação ambiental.

A importância dessas questões é aferida pela instituição de uma *Política Nacional de Saneamento*, formulada em harmonia com a *Política Nacional de Saúde*, na Lei n. 5.318/67, que compreende o conjunto de diretrizes administrativas e técnicas destinadas a fixar a ação governamental no campo do saneamento.

Essa Política, nos termos do art. 2º da referida Lei, abrange:

- a. saneamento básico (abastecimento de água, sua fluoretação e destinação dos dejetos);
- b. esgotos pluviais e drenagem;
- c. controle da poluição ambiental, inclusive do lixo;
- d. controle das modificações artificiais das massas de águas;

e. controle de inundações e erosões.

Uma parcela dessas questões refere-se à atividade industrial (zoneamento e dejetos industriais), outra às atividades urbanas (lixo) e outra às atividades agrícolas (poluição por agrotóxicos ou pesticidas).

Para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição foram formuladas diretrizes básicas pela Lei n. 6.803/80, no seu art. 2º, que reservou uma zona "estritamente industrial" para a instalação de estabelecimentos *"cujos resíduos sólidos, líquidos e gasosos, ruídos, vibrações, emanações e radiações possam causar perigo à saúde, ao bem-estar e à segurança das populações, mesmo depois da aplicação de métodos adequados de controle e tratamento de efluentes, nos termos da legislação vigente"*

A poluição industrial já havia merecido anteriormente uma regulamentação jurídica através do Decreto-lei n. 1.413/75, que estabeleceu para as indústrias instaladas ou a se instalarem no território nacional a obrigação de promover as medidas necessárias para prevenir ou corrigir os inconvenientes e prejuízos da poluição e da contaminação do meio ambiente, a serem definidas pelos órgãos federais competentes. Na sua regulamentação, pelo Decreto n. 76.389/75, atribuiu-se à SEMA (Secretaria Especial do Meio Ambiente, órgão do Ministério do Interior) a competência para propor critérios, normas e padrões visando a evitar e corrigir os efeitos danosos da poluição industrial. Esta foi conceituada, no art. 1º, como *"qualquer alteração das propriedades físicas, químicas ou biológicas do meio ambiente, causadas por qualquer forma de energia ou de substância sólida, líquida e gasosa, ou combinação de elementos despejados pelas indústrias, em níveis capazes direta ou indiretamente de:*

I - prejudicar a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II criar condições adversas às atividades sociais e econômicas;

III ocasionar danos relevantes à flora, à fauna e a outros recursos naturais"

Nas atividades urbanas o maior agente poluidor é o lixo, que foi objeto de uma recomendação na Lei n. 2.312/54, a qual estabeleceu normas gerais sobre defesa e proteção à saúde, prescrevendo no seu art. 12: *"A coleta, o transporte e o destino final do lixo deverão processar-se em condições que não tragam inconvenientes à saúde e ao bem-estar público, nos termos da regulamentação a ser baixada"*

Essa regulamentação, porém, ao ser baixada pelo Decreto n. 49.974-A de 1961, denominado *Código Nacional de Saúde* apenas repetiu os termos do artigo citado acima, instando as indústrias já instaladas ou por instalar a submeter à autoridade competente, nos devidos prazos, os seus planos de lançamento de resíduos líquidos, gasosos e sólidos.

Posteriormente, considerando a importância do lixo e dos resíduos sólidos, provenientes de diversas atividades humanas que poluem o solo, o ar e a água, e a contínua deterioração das áreas utilizadas para depósitos ou vazadouros de lixo ou resíduos sólidos, e objetivando extinguir os lixões, vazadouros ou depósitos de lixo a céu aberto no menor prazo possível, no interesse da qualidade de vida, a Portaria n. 053/79, do ministro do Interior, estabeleceu que os projetos específicos de tratamento e disposição de resíduos sólidos, bem como a fiscalização de sua implantação, operação e manutenção ficariam sujeitos à aprovação do órgão estadual de controle da poluição e da preservação ambiental e determinou basicamente que:

1 O lixo "*in natura*" não deve ser utilizado na agricultura ou na alimentação de animais.

2 - Os resíduos sólidos de natureza tóxica, bem como os que contém substâncias inflamáveis, corrosivas, explosivas, radioativas e outras consideradas prejudiciais, deverão sofrer tratamento ou acondicionamento adequado, no próprio local de produção, e nas condições estabelecidas pelo órgão estadual de controle da poluição e de preservação ambiental.

3 Os lixos ou resíduos sólidos não devem ser lançados em cursos d'água, lagos e lagoas, salvo na hipótese de necessidade de aterro de lagoas artificiais, com a devida autorização.

4 os resíduos sólidos provenientes de portos e aeroportos deverão ser incinerados nos próprios locais de produção.

5 Todos os resíduos sólidos portadores de agentes patogênicos, inclusive os de estabelecimentos hospitalares e congêneres, assim como alimentos e outros produtos de consumo humanos condenados, deverão ser adequadamente acondicionados e conduzidos em transporte especial e, em seguida, obrigatoriamente incinerados.

6 São excluídos da obrigatoriedade de incineração os resíduos sólidos portadores de agentes patogênicos submetidos a processo de esterilização por radiações ionizantes, em instalações licenciadas pela Comissão Nacional de Energia Nuclear.

7 - Não devem ser utilizados incineradores de resíduos sólidos em edificações residenciais, comerciais e de prestação de serviços.

8 Os resíduos sólidos ou semi-sólidos de qualquer natureza não devem ser colocados ou incinerados a céu aberto, tolerando-se apenas:

a. a acumulação temporária de resíduos de qualquer natureza em locais previamente aprovados, desde que isso não ofereça riscos à saúde e ao meio ambiente, a critério das autoridades de controle da poluição e de preservação ambiental ou de saúde pública.

b. a incineração de resíduos sólidos ou semi-sólidos de qualquer natureza, a céu aberto, em situações de emergência sanitária.

9 O lançamento de resíduos sólidos no mar dependerá de prévia autorização das autoridades federais competentes.

10 Nos planos e projetos de destinação final de resíduos sólidos devem ser incentivadas as soluções conjuntas para grupos de Municípios, bem como soluções que importem em reciclagem e reaproveitamento racionais desses resíduos.

Essas normas de cunho administrativo têm, como se percebe, um sentido nitidamente preventivo, buscando impedir que o lixo se transforme em real problema sanitário.

Todavia, nos casos extremos caberia a aplicação do tipo penal previsto na Lei n. 6.938/81, com a redação determinada pela Lei n. 7.804/89, a já mencionada *poluição em geral* ou, como a denomina Gilberto Passos de Freitas, *poluição sob qualquer forma*, que subsidiariamente era aplicável a qualquer espécie de poluição.

A mesma abrangência possui a figura penal prevista agora na nova lei ambiental que transformou porém essa modalidade de poluição em qualificadora para caracterizar delito mais grave a que se comina pena mais severa.

4.2.3. Na Nova Lei Ambiental.

A Lei n. 9.605/98, na tipificação do art. 54 ao mencionar a *poluição de qualquer natureza*, evidentemente, pretendeu incluir aí a *poluição por resíduos sólidos*, a ser punida com a pena prevista, se dela resultar, ou puder resultar, danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora, havendo menção também à forma culposa. Todavia foi essa modalidade incluída expressamente entre as circunstâncias que tornam esse delito

genérico em forma qualificada, à qual se impõe pena mais grave, a qual é determinada nos seguintes casos:

- a. se torna uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;
- b. se dificulta ou impede o uso das praias;
- c. se ocorre por lançamento de *resíduos sólidos*, líquidos ou gasosos, ou *detritos*, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos;
- d. se alguém deixa de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco ambiental grave ou irreversível.

Afirmam os comentaristas que a poluição por resíduos sólidos já era objeto de regulamentação jurídica no Direito Romano em que se determinava a responsabilidade de quem colocasse ou pendurasse alguma coisa perigosa ou prejudicial a alguém em lugar por onde habitualmente se passa, conceito acolhido pelo Código Penal italiano vigente, que nos seus arts. 674 e 675 incrimina como contravenções penais o "*getto pericoloso di cose*" e o "*collocamento pericoloso di cose*"

A lei francesa é mais explícita e embora considere como contravenção penal, punida apenas com multa, no art. R. 632-1 do atual Código Penal incrimina "*a deposição, o abandono ou o arremesso de lixo, dejetos, materiais ou outro objeto, de qualquer natureza, em um lugar público ou privado, com exceção do local designado para esse fim pela autoridade administrativa competente*", fazendo menção, no mesmo artigo, à possibilidade de sua imputação às pessoas jurídicas (pessoas morais). Em separado, no art. R. 635-8 pune também com multa "*o abandono, arremesso ou colocação de destroços de veículos ou de lixo, dejetos, materiais e outros objetos transportados por um veículo*" sem autorização, aplicável às pessoas jurídicas, com o confisco da coisa que serviu para a execução da infração.

Igualmente na Alemanha pune-se "*a eliminação de refugos perigosos*" seja por que possam conter ou produzir substâncias venenosas ou agentes patogênicos de doenças perigosas para a coletividade e transmissíveis no contacto com homens e animais, seja porque são explosivas, inflamáveis ou radioativas, seja porque são idôneas, pelo tipo, condição ou quantidade, a poluir a água, o ar, o solo ou a produzir alterações prejudiciais. A pena cominada no art. 326 no Código Penal alemão é detentiva até 3 (três) anos ou então pecuniária.

Paulo Affonso Leme Machado, considerando a impunidade dos poluidores nessa modalidade de ofensa ao meio ambiente, e a inocuidade das medidas administrativas que raramente punem os ilícitos verificados, declarou ser favorável a um reforço da punição penal para a sua apuração judicial, considerando-se os efeitos preventivos que isso ocasionaria e a sua conveniência social, face às necessidades dos conglomerados humanos e aos maus hábitos da população nacional. Chegou mesmo a propor a redação de um delito de "*poluição por resíduos sólidos*", definindo a conduta como "*lançar ou depositar resíduo sólido, em propriedade alheia ou privada, sem observância das prescrições legais ou regulamentares*", para a qual propunha como sanção a pena de reclusão até três anos e multa (ob. cit., p. 310).

De qualquer modo, seja qual for a fórmula adotada, o tipo penal terá de adequar-se às prescrições federais, estaduais e municipais, que encontrarão dessa forma a sua mais completa efetivação, como complemento da norma penal em branco que o constitui.

5. A poluição por pesticidas.

5.1. Os pesticidas:

Sob várias denominações, alguns compostos químicos vêm sendo utilizados para controlar ou eliminar pragas, fungos, insetos daninhos que infestam certas áreas urbanas, os campos e as vegetações em geral. A sua utilidade se faz presente sobretudo nas plantações, seja para a própria subsistência do lavrador, seja para a comercialização das safras agrícolas, atividade essencial para a economia do país e da população em geral.

Com o nome de *pesticidas* são fabricados vários produtos que abrangem inseticidas, fungicidas, formicidas, herbicidas e outros. Os que são utilizados especificamente na agricultura costumam ser chamados *defensivos agrícolas* ou *agrotóxicos*.

O seu uso intenso ou de forma inapropriada pode causar danos terríveis ao meio ambiente, prejudicando ou destruindo o equilíbrio ecológico natural e a propagação das espécies. Os cientistas têm também apontado outro perigo na sua utilização, mesmo normal, que é a persistência de sua toxicidade nos resíduos, com efeitos imprevisíveis em mutações genéticas ainda não muito conhecidas.

Por outro lado, muitos deles têm sido agentes eficientes no combate a certas pragas e insetos transmissores de moléstias graves, pelo que têm sido úteis na área da saúde pública, além de contribuir para a melhoria da qualidade dos produtos agrícolas, elevando a qualidade dos alimentos consumidos no país.

É inegável porém que o uso dos agrotóxicos e pesticidas em geral precisa ser criteriosamente controlado para evitar os desastres ecológicos ou o desequilíbrio dos ecossistemas pela formação de raças mais resistentes, o depósito indiscriminado de resíduos, e sobretudo o perigo que representam para a saúde e a vida de todos os seres vivos quando atingidos pelos seus efeitos altamente tóxicos, muitas vezes em decorrência de manipulação inadequada. Tal se deve sobretudo à carência de conhecimentos técnicos dos agricultores ou à omissão e negligência dos que se utilizam dos agrotóxicos e biocidas na proteção de suas lavouras, florestas ou animais, causando danos graves e às vezes irreversíveis aos mesmos ou ao meio ambiente, embora existam alertas dos produtores e das entidades agrícolas quanto às cautelas recomendáveis na sua utilização.

Por isso essas substâncias têm o seu uso e a sua elaboração regulados por normas técnicas especiais, que abrangem desde a instalação e o funcionamento das indústrias de pesticidas, a sua fabricação, o seu registro nas repartições competentes, a sua comercialização e, finalmente, a sua utilização.

Essas normas intensificaram-se a partir de 1970 com as necessidades surgidas com a moderna tecnologia de plantio e o aperfeiçoamento dos produtos auxiliares da atividade agrícola, complementando as normas, que haviam sido inovadoras à sua época, do Decreto n. 24.114/34 (Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal), o qual prescrevia sanções administrativas, mais tarde reforçadas por legislação penal.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 revela-se novamente a preocupação com essa modalidade de poluição quando no art. 225, que orienta a proteção a ser dada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o seu § 1º. determina, no inciso V, que incumbe ao Poder Público *"controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente"*

5.2. Na legislação anterior:

As normas que regem a matéria prescrevem para a produção e venda dos pesticidas em geral o seu registro ou no Ministério da Saúde, se destinados ao uso doméstico, ou no Ministério da Agricultura se destinados à agropecuária.

Na primeira hipótese, o Decreto n. 67.112/70 estabeleceu as normas para a fabricação e a venda de *produtos saneantes* entendidos como tais, segundo a conceituação legal, as substâncias ou os preparados destinados à higienização, desinfecção ou desinfestação, inclusive no tratamento da água e do solo. Esses produtos, para os efeitos legais, são classificados em:

a. *domissanitários* os que se destinam à aplicação nos domicílios, ambientes coletivos, públicos ou de uso comum, ou para tratamento da água;

b. *fitossanitários* os que se destinam à aplicação em vegetais e seus produtos e ao tratamento do solo.

c. *zoossanitários* os que se destinam à aplicação em animais.

O registro dos produtos domissanitários, que deve ser efetuado no Ministério da Saúde, é regulado pela Lei n. 6.360/76, tendo como pressuposto a ausência de qualquer possibilidade de risco à saúde humana e à saúde dos animais domésticos de sangue quente "*nas condições de uso previstas*". O dos produtos fitossanitários e zoossanitários, efetuado no Ministério da Agricultura, deve obedecer a várias exigências previstas no Decreto n. 67.112/70, elaboradas com o fim primordial de proteger a saúde humana. Serão então classificados em: praticamente não-tóxicos, pouco tóxicos, medianamente tóxicos e altamente tóxicos, sendo as duas últimas categorias de venda controlada, segundo a Portaria n. 07/81 do ministro da Agricultura. Na sua fabricação, a fórmula dos pesticidas deverá atender às precauções necessárias relativas ao seu manuseio e às medidas terapêuticas na eventualidade de um acidente, visando sempre a preservação da vida e da saúde humana.

Em 1977 foi criada a *Comissão de Defensivos Agrícolas*, órgão consultivo da Divisão de Defesa Sanitária Vegetal, do Ministério da Agricultura, cuja finalidade principal é a de sugerir medidas e providências relativas às implicações do uso de defensivos sobre a saúde pública e o meio ambiente.

Relativamente às normas que regulamentam o uso de pesticidas, levando em consideração o perigo potencial que essas substâncias representam para o meio ambiente, são os Estados que estabelecem os requisitos exigíveis e examinam

os indícios de que ocorrerá ou-não o lançamento de poluentes na água, no ar ou no solo. Em São Paulo o assunto é objeto de duas leis: a Lei estadual n. 997/76 e a Lei n. 1.172/76, sendo imprescindível a licença da Cetesb, sob pena de nulidade do ato.

As indústrias funcionam sob o regime de licença, do Ministério da Saúde ou do Ministério da Agricultura, renovável anualmente, ficando sujeitas à inspeção, sob pena de interdição.

A fiscalização, prevista no citado Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal, ainda em vigor apesar da inoperância das multas em bases fixas, pode aplicar sanções administrativas de apreensão, inutilização e interdição de produtos nocivos ou que não tenham sido registrados.

Toda essa legislação havia construído um instrumental razoável destinado a fornecer, tanto quanto possível, um manancial de medidas protetoras da saúde humana e do meio ambiente, com a intimidação dos violadores das normas referentes aos pesticidas. Restava porém impor algumas regras que impedissem a livre comercialização desses produtos e o seu uso generalizado por pessoas despreparadas ou sem o emprego das cautelas necessárias.

Tal vazio foi preenchido com a promulgação da Lei n. 7.802/89, conhecida como a "Lei dos Agrotóxicos" que regulou as atividades nesse setor e estabeleceu a incriminação de algumas condutas consideradas perigosas sobretudo para a vida e a saúde humana.

5.3. Na Lei dos Agrotóxicos:

Além de regular a matéria de *agrotóxicos* e criminalizar condutas, a Lei n. 7.802/89 conceitua o que considera como tal, assim como os seus componentes e princípios ativos. Segundo o seu art. 2º, agrotóxicos e afins são:

a. *"os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas e também de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da*

flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos;

b. substâncias e produtos, empregados como desfolhantes, desseccantes, estimuladores e inibidores do crescimento"

Quanto aos seus componentes ou princípios ativos são eles os produtos técnicos, suas matérias-primas, os ingredientes inertes e aditivos usados na fabricação de agrotóxicos e afins.

Inseridos entre inúmeras disposições existentes nessa lei a respeito de registro de agrotóxicos, pesquisas e experimentação, requisitos para a comercialização, etc., existem dois tipos penais referentes à matéria: um, de *desobediência* às exigências prescritas, e outro de *omissão de medidas de proteção*:

Art. 15 - "Aquele que produzir, comercializar, transportar, aplicar ou prestar serviço na aplicação de agrotóxicos, seus componentes e afins, descumprindo as exigências estabelecidas nas leis e nos seus regulamentos ficará sujeito à pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, além da multa. Em caso de culpa será punido com pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, além da multa."

Objetivando a proteção ambiental, pune-se a ação aí descrita pela situação de perigo em que coloca toda a coletividade ao contrariar as prescrições legais e regulamentares sobre a matéria. Estas estão em parte na própria Lei n. 7.802/89, já que a mesma estabelece uma série de requisitos a serem observados a respeito das formalidades de registro, a natureza e a forma das embalagens, os dados que devem constar dos rótulos, inclusive informações relativas ao perigo potencial, que será conteúdo obrigatório de sua propaganda comercial. Determina também que a venda dos agrotóxicos somente será feita através de receituário próprio, fornecido por profissionais legalmente habilitados, a não ser em casos excepcionais, previstos na regulamentação dessa Lei.

É de observar-se que a pena privativa de liberdade prevista para a modalidade culposa inova em matéria penal, atribuindo como espécie a *reclusão*, quando tradicionalmente nos delitos culposos, pela menor quantificação da sanção e pela natureza menos reprovável do ilícito, é usual a pena de detenção.

Art. 16 - "*O empregador, profissional responsável ou prestador de serviço que deixar de promover as medidas necessárias de proteção à saúde e ao meio ambiente estará sujeito à pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, além da multa. Em caso de culpa, será punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, além da multa.*"

As categorias mencionadas têm, pois, o dever de maior cuidado e diligência na orientação ou execução de tarefas suas ou de seus subordinados que exigirem o manuseio das substâncias tóxicas para o serviço que realizam, devendo a sua atuação pautar-se pelas medidas prescritas nas leis, regulamentos, portarias e outros atos administrativos, além daquelas que, mesmo não-escritas, forem julgadas necessárias à proteção da saúde e o meio ambiente segundo o senso comum.

É delito omissivo, de desobediência a preceitos imperativos implícitos, que o agente descumpra por inação, colocando em risco toda a coletividade pelo perigo que isso representa aos bens jurídicos tutelados. Mas o tipo penal é excessivamente aberto, possibilitando formas ilimitadas de conduta omissiva, o que prejudica a sua aplicação, ao invés de facilitá-la.

Considerando a objetividade jurídica das normas penais nessa matéria, entende Paulo Affonso Leme Machado ser também aplicável o art. 132 do Código Penal (*periclitção da vida ou da saúde*), quando a ocorrência não puder ser tipificada nas duas figuras criminais citadas. Quando da aplicação do pesticida resultar resíduos nos alimentos acima dos limites de tolerância, também o art. 279 do Código Penal (*substância avariada*), que depois foi revogado pela Lei n. 8.137/90, que no inciso IX do seu art. 7º considera crime contra as relações de consumo "*vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.*"

Evidentemente também aqui, conforme o caso, seria possível utilizar-se da figura criminal prevista no art. 15 da Lei n. 6.938/81, o delito de *poluição em geral*, que era a forma subsidiária de suprir-se a proteção penal ambiental em todos os casos de perigo à incolumidade humana, animal ou vegetal, mas que agora encontra-se revogada pelas novas disposições da Lei n. 9.605/98, que também abrange, em conceituação mais ampla, as figuras anteriormente previstas na Lei dos Agrotóxicos.

5.4. Na Nova Lei Ambiental:

A Lei n. 9.605/98, apesar de apresentar também uma incriminação relativa à poluição em geral, referida no art. 54 como *poluição de qualquer natureza*, considerando o caso específico dos pesticidas e outras substâncias nocivas à saúde e ao meio ambiente incluiu as condutas anteriormente tipificadas na Lei dos Agrotóxicos, acima examinada, que ficam pois revogadas, alargando o conceito anteriormente fixado para estender a proteção legal também contra as substâncias nucleares ou radiotivas, inexistente na legislação anterior.

Dispõe o seu art. 56:

"Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem abandona os produtos ou substâncias referidos no caput ou os utiliza em desacordo com as normas de segurança.

§ 2º Se o produto ou a substância for nuclear ou radioativa, a pena é aumentada de um sexto a um terço.

§ 3º Se o crime é culposo: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa."

Sempre constituiu uma preocupação do legislador, que já transparecia nos delitos comuns, a situação de perigo à vida e à saúde das pessoas em geral pelo consumo de produtos que tenham a sua qualidade alterada de alguma forma, inclusive por substâncias que tenham sido acrescentadas à produção dos mesmos, tais como fertilizantes ou pesticidas usados na lavoura, e que tenham deixado resíduos nocivos.

Eram normas porém inadequadas para a aplicação nesses casos específicos que a lei atual contempla, como já o fizera a Lei n. 7.802/89 referindo-se a agrotóxicos, seus componentes e afins, ampliando ainda mais a proteção legal ao

estendê-la para produtos ou substâncias tóxicas em geral, aí compreendidas as nucleares e radioativas, anteriormente ignoradas.

Nesse sentido a legislação comunitária européia já vinha apresentando desde 1976 diretivas fixando os limites máximos dos resíduos de certos produtos antiparasitários para a aplicação em diversas frutas e legumes, que passaram a nortear desde então a política agrícola comum, com as alterações acrescentadas em 1981 e 1982, sendo em 1986 estendidos aos cereais e outros gêneros de origem animal.

Segundo informa Raphaël Romi ("*L'Europe et la protection juridique de l'environnement*" Victoires Ed., Paris, 1990, p. 43), os países europeus têm, na sua maioria, adotado a classificação dos pesticidas sugerida pela CEE, bem como a proibição por ela recomendada, da oferta para consumo e da utilização de produtos compostos por mercúrio e os organoclorados persistentes como o DDT. Para citar apenas um exemplo, na França vigora uma legislação severa a respeito de substâncias e preparações destinadas à agricultura, a nível administrativo e a nível penal, que leva em consideração os perigos para o homem, para a fauna e para a flora, causados pela dispersão de produtos químicos nas práticas agrícolas, os quais, embora aplicados no solo ou em zonas restritas, podem, pela ação do vento e da chuva, serem levados para fora da superfície tratada, causando assim a poluição das águas e das terras, destruindo a vida animal e vegetal. Basicamente, os produtos para uso agrícola são objeto de duas leis: uma, relativa a pesticidas (Lei de 02.11.43, reformulada em 22.12.72), e outra relativa a fertilizantes e suportes de cultura (Lei de 13.07.79). Repousam elas sobre os mesmos princípios, a saber: todos os produtos devem ser autorizados previamente para a venda; sua publicidade é estritamente regulamentada; seu emprego pelo usuário pode ser submetido a restrições. Todas as prescrições e proibições resultantes desses princípios são sancionadas penalmente, com maior rigor para as ações fraudulentas.

Na atual lei ambiental brasileira o tipo penal remete às normas e exigências estabelecidas sobre a matéria em outras leis ou nos seus regulamentos, entre as quais figuram inegavelmente aquelas estabelecidas na Lei n. 7.802/89 para a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização dos agrotóxicos, seus componentes e afins, que não foram revogadas pela lei mais recente, a qual apenas

definiu as infrações penais e administrativas nessa matéria e as suas respectivas sanções.

Por outro lado, a maior amplitude do objeto material do delito previsto no art. 56 e seus parágrafos, que abrange todo e qualquer produto ou substância tóxica que seja perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, justifica a configuração desse tipo penal como um crime de desobediência a normas legais ou regulamentares, que se revela o mais adequado para a proteção penal do meio ambiente contra as várias modalidades de poluição.

6. Outras modalidades: poluição sonora e poluição visual.

Cabem ainda na categoria da degradação ambiental ensejada pelas atividades humanas que prejudicam a saúde e o bem-estar da população, ou a qualidade de vida mencionada na norma constitucional como um direito do homem para o pleno desenvolvimento da sua personalidade e dos seus fins na sociedade, a serem transmitidas para as futuras gerações, duas situações que têm se tornado exacerbadas na vida das grandes cidades, exigindo a interferência da regulamentação jurídica para solucionar os problemas mais graves. Trata-se dos incômodos causados pelos ruídos excessivos, que podem tornar-se insuportáveis e maléficos à saúde, com resultados apreciáveis no plano físico e no plano mental e reflexos na produtividade do trabalho e no comportamento social, a que se convencionou chamar *poluição sonora*, e, por outro lado, das condições abusivas de interferência no ambiente artificial ou cultural, sobretudo nas cidades, que interferem na estética e na qualidade das edificações, ruas e praças públicas, modificando a paisagem natural ou urbana e os conjuntos arquitetônicos que compõem o nosso patrimônio cultural, essencial igualmente à nossa história e à nossa sobrevivência como nação, designadas metaforicamente como *poluição visual*.

Num e noutro caso as sanções meramente administrativas têm se revelado ineficazes e os abusos verificados na prática autorizam a intervenção da sua incriminação pelas normas penais no sentido de garantir maior proteção à qualidade de vida, atuando também preventivamente para impedir a degradação ambiental das cidades e dos espaços públicos e a sua correta fruição pelo homem.

6.1. A poluição sonora:

Espécie insidiosa de poluição, nociva em função da sua duração e intensidade, bem como da sua acostumação e repetição, tem sido a poluição sonora objeto de algumas medidas protetoras instituídas em vários países para garantir o respeito e a aplicação de normas editadas para enfrentar as suas conseqüências, que podem referir-se à tranqüilidade e ao sossego, mas também à saúde e à integridade física da população em geral.

As principais fontes dessas ondas sonoras que se propagam pelo ar, e que são designadas *ruídos*, normalmente são as instalações industriais e a circulação de veículos em geral, mas podem compreender outras atividades, como a construção civil, os eventos festivos ou meramente ruidosos de vizinhos ou grupos de indivíduos reunidos, o sistema de som de bares ou casas noturnas, e até mesmo a venda ou distribuição de certos produtos anunciados por sons exagerados ou irritantes.

Michel Prieur define o ruído como *toda sensação auditiva desagradável, incômoda ou todo fenômeno acústico que produz essa sensação* ("*Droit de l'environnement*" 2ª ed., Dalloz, Paris, 1991, p. 488). Acrescenta ainda que sendo o ruído por natureza um fenômeno subjetivo, já se sustentou que consistiria em todo som não-desejado, uma vez que o ruído é sentido de modo diferente não-somente em função do seu real nível acústico, mas também em função do contexto, do estado de saúde e do equilíbrio nervoso daquele que constitui a sua vítima.

Acrescenta Günter Fellenberg que apesar da interpretação ser subjetiva existe um limite fisiológico máximo acima do qual a onda sonora provoca sensação de dor. Como a intensidade do som é suportada de maneira variável, conforme o intervalo da freqüência, o limite auditivo dependerá dessa relação ("*Introdução aos problemas da poluição ambiental*" trad. de Juergen Heinrich Maar, São Paulo, Springer/EDUSP, 1980, p. 189).

Existem padrões de avaliação no sentido de orientar a regulamentação dos ruídos abusivos, que são constituídos por medidas físicas de determinação da intensidade do som. O mais comum atualmente é o *decibel (dB)*, unidade que exprime uma relação entre potências sonoras, obtida pela integração da intensidade do som sobre uma superfície que envolve a fonte sonora.

Sabe-se, além disso, que com emissões sonoras prolongadas, de níveis de freqüência de 120 a 130 dB, podem manifestar-se no homem distúrbios nervosos,

insônia e, não-raro, enfartes. Se os sons forem desagradáveis e indesejáveis, neuroses podem ser provocadas com intensidades sonoras mais baixas, principalmente se a fonte não puder ser suprimida, sentindo-se o indivíduo indefeso perante o ruído (por exemplo, o barulho no trânsito, o rádio em alto volume, o instrumento musical do vizinho, etc.).

Daí a importância de se estabelecerem os limites de intensidade do som, variáveis e adaptados às circunstâncias da vida diária, como fez, aliás, a legislação brasileira pertinente, incluindo os níveis excessivos de sons e ruídos entre aqueles sujeitos ao Controle da Poluição do Meio Ambiente. A matéria foi objeto da Portaria GM/092, do ministro do Interior, onde se declara que *"a emissão de sons e ruídos em decorrência de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda, obedecerá ao interesse da saúde, da segurança e do sossego público, aos padrões, critérios e diretrizes estabelecidos nesta Portaria"*

A seguir são escalonados os limites, em decibéis, acima dos quais os sons e ruídos são considerados prejudiciais à saúde, à segurança e ao sossego público, abrangendo os diversos setores em que essa emissão seja possível, desde os produzidos por veículos automotores ou no interior dos ambientes de trabalho até os produzidos nos recintos fechados em geral ou na execução de projetos de construção ou de reforma de edificações.

Apesar disso tudo, a legislação brasileira não seguiu a tendência, hoje existente a nível internacional, de estabelecer para a poluição sonora o mesmo sistema de proteção jurídica com o qual são tutelados os interesses relevantes da pessoa humana na área da saúde pública. Considerando os efeitos deletérios já mencionados, a matéria ainda não encontrou um tratamento legal à altura de sua importância, sobretudo na área penal, em que apenas um dispositivo da Lei das Contravenções Penais tem aplicação, em algumas hipóteses apenas de todas as que podem ocorrer, sob a forma de *"perturbação do trabalho ou do sossego alheios"*

Com efeito, dispõe o art. 42 daquele diploma legal:

"Perturbar alguém, o trabalho ou o sossego alheios:

I - com gritaria ou algazarra;

II - exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III abusando de instrumentos sonoros ou acústicos;

IV - provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda.

Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa"

Esse dispositivo tem sido aplicado algumas vezes, estabelecendo-se pela jurisprudência a interpretação de seus termos vagos ou imprecisos, no sentido de ser exigível a análise da duração e da intensidade do ruído, conforme as circunstâncias de lugar e de tempo, para que se tenha certeza de que houve excesso quanto aos limites de conveniência ou da tolerância alheia, ou daquilo que foi estabelecido em outras normas disciplinadoras da matéria, muitas delas objeto de regulamentação pelas municipalidades, seja no Código de Obras local ou em outras posturas.

José Duarte adverte para a existência de "*ruídos autorizados*", como os provenientes de celebrações cívicas ou festas populares, de que são exemplo no Brasil o Carnaval, o "Bumba-meu-boi" etc., considerados divertimentos lícitos, ficando então afastada a contravenção penal, o que também deve ocorrer na hipótese de uma algazarra provocada por uma rixa na rua, cuja accidentalidade é inerente ao próprio fato e cujo incômodo será absorvido na repressão do fato mais grave ("*Comentários à Lei das Contravenções Penais*", Rio de Janeiro, Rev. Forense Ed., 1944, p. 447).

Reconhecendo a inadequação da figura contravencional para a ampla defesa dos bens jurídicos ambientais contra os ruídos excessivos, que não se limitam à perturbação da saúde e da tranqüilidade, mas podem causar sérios danos à saúde humana, conforme já se comentou, a Lei n. 9.605/98 incluiu entre as modalidades de poluição uma conduta de desobediência a prescrições legais e regulamentares que se destinava a fornecer maior amplitude e maior abrangência à proteção penal nessa matéria.

Com efeito, assim dispunha o seu art. 59, que foi afinal vetado pelo presidente da República: "*Produzir sons, ruídos ou vibrações em desacordo com as prescrições legais ou regulamentares, ou desrespeitando as normas sobre emissão e imissão de ruídos e vibrações resultantes de quaisquer atividades*": *Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.*"

Na versão oficial das razões dos vetos foi declarado que esse artigo contemplava hipótese já existente na Lei das Contravenções Penais, sob a forma de *perturbação do trabalho ou do sossego alheio* "de forma mais apropriada e

abrangente" para a punição da poluição sonora... O absurdo da justificativa, além de assegurar a permanência em vigor do art. 42 da Lei das Contravenções Penais, leva tranqüilamente à aplicação do tipo penal previsto no art. 54 da Nova Lei Ambiental para certos casos de produção de ruídos, uma vez que se aplica à causação de poluição de qualquer natureza "*em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana*"

De qualquer modo, a matéria está ainda longe de ter alcançado soluções satisfatórias e aguarda a atenção do legislador para que sejam tomadas as medidas repressivas e preventivas adequadas a solucionar os problemas causados pelos ruídos excessivos, a exemplo do que se fez em outras legislações, como por exemplo a francesa, que regulamentou apropriadamente a emissão de ruídos e vibrações por fontes fixas ou móveis, estabelecendo os limites dos níveis sonoros suportáveis pelo público provenientes das vias públicas ou das instalações industriais, canteiros de obras ou de construção civil, e do tráfego aéreo inclusive, estabelecendo obrigações legais cuja observância é assegurada por sanções penais. Especial atenção é dada aos ruídos proveniente do trânsito de veículos automotores, para cuja fabricação se fixam regras a fim de torná-los mais silenciosos, seguindo orientação que é hoje mundial.

6.2. A poluição visual:

A matéria atinente à poluição visual insere-se no âmbito da preservação dos bens culturais, que compõem o patrimônio cultural brasileiro, segundo a ampla conceituação do art. 216 da Constituição Federal, que abrange não-somente os sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, mas também os conjuntos urbanos, "*portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*"

Na legislação anterior a única forma existente de proteção dos bens culturais era proporcionada pelo Código Penal, que no seu art. 165 incriminava o dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico, desde que fosse tombada.

A Lei n. 9.605/98 modificou o tratamento dado a essa questão incluindo uma seção especial para os *crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural*, com aplicação mais abrangente, que prescinde do ato de

tombamento, entre os quais figura a conduta causadora da poluição visual, no seu art. 65, sob a forma de "*pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano*".

Esse tipo penal era inexistente na legislação brasileira anterior, a não ser por momentânea inclusão em Lei Eleitoral já revogada, que incriminava a propaganda eleitoral abusiva sob a forma de cartazes e propaganda colocados nas vias e logradouros públicos, que enfejavam a cidade e desnaturavam as finalidades e o aspecto dos monumentos e edificações.

Agora, punida com detenção de três meses a um ano, e multa, a conduta incriminada apresenta uma forma qualificada, punida com pena de seis meses a um ano de detenção, além da multa, se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico.

A questão que se coloca, no entanto, e que certamente dependerá mais da construção jurisprudencial do que da interpretação doutrinária é a de se poder caracterizar em certos casos a simples manifestação de formas artísticas de expressão através do método da *pichação* ou da *grafitagem* que em tese devem produzir o efeito contrário ao da chamada poluição visual, embelezando ao invés de enfeiar os logradouros e edificações da cidade.

Tal é a conclusão a que se chega pela redação dada ao dispositivo citado, em que os termos "pichar" e "grafitar" são tomados no sentido pejorativo e depreciativo, como formas de "conspurcar" que não se esgotam nessas duas modalidades. Essa é, na verdade, a ofensa ao senso estético resultante da degradação do meio ambiente urbano ou da paisagem notável que se procura impedir como um dos objetivos da sua tipificação penal.

Apesar da pouca importância concedida no Brasil a essa forma de poluição, a sua criminalização vem atender às exigências da reprovação social dos atos de vandalismo praticados contra o ordenamento urbano e a configuração de seus bens constitutivos, os quais nem sempre são suscetíveis de avaliação econômica de molde a configurar um dano patrimonial ajustável às espécies de delitos já previstos na legislação penal precedente.

São Paulo, agosto de 1998.

FILOSOFIA DO DIREITO



APLICAÇÃO PRUDENCIAL DOS ESQUEMAS NORMATIVOS

Antonio Carlos de Campos Pedroso

Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do
Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O presente estudo pretende destacar a função da prudência na aplicação dos esquemas normativos. Estes contêm preceitos típicos para a generalidade das situações convivenciais. Mas, os casos concretos apresentam circunstâncias relevantes que precisam ser consideradas. A via para a resolução do dilema norma-caso está na construção prudencial das decisões. Assim, pode o juiz, sem descuidar da teleologia imanente ao sistema, traduzir, para o caso concreto, através de procedimentos hermenêuticos estudados ao longo deste trabalho, as exigências axiológicas que a hipótese reclama.

Abstract:

The present study intends to detach the function of the prudence in the application of the normative outlines. These count typical precepts for the generality of the acquaintanceship situations. But, the concrete cases present important circumstances that need to be considered. The way for the resolution of the norm-case dilemma is in the prudential construction of the decisions. Like this, the judge can, without forget about the immanent theology to the system, to translate, for the concrete case, through hermeneutics procedures studied along this work, the axiological demands that the hypothesis complains.

Unitermos: prudência jurídica; processo de tipificação; processo de individualização; dilema norma-caso.

Sumário:

1. Introdução. A atividade cognoscitiva do Direito. A prudência jurídica.
2. O processo de tipificação. A articulação das normas jurídicas. Normas genéricas e seus caracteres.
3. O processo de individualização. O dilema norma-caso. Tipologia das soluções. A aplicação prudencial do Direito.
4. Resolução do dilema norma-caso. Análise dos processos hermenêuticos.
5. Resolução do dilema norma-caso. Desenvolvimento do Direito *intra-legem* e *supra-legem*.

6. Aplicação prudencial do Direito. Dimensão criadora da prudência. O silogismo prudencial. Prudência e "direito de situação"

7. Conclusões.

1. Introdução. A atividade cognoscitiva do Direito. A prudência jurídica.

Consiste a interpretação numa pesquisa capaz de revelar o sentido e o alcance dos esquemas normativos, a fim de que estes, devidamente aplicados aos fatos da vida convivencial, projetem o justo concreto.

Isto significa que à interpretação cabe resolver o dilema norma-caso, uma vez que a norma se apresenta revestida de abstração e generalidade e o caso, de individualidade e concreção. As normas jurídicas são genéricas e abstratas, constituindo o paradigma de que se valem os intérpretes para a busca do justo concreto. O objetivo da interpretação é, nesta ordem de idéias, a conversão das normas genéricas nas normas individualizadas. A estas cabe dimensionar, prudentemente, o direito concreto. Há uma tensão entre a generalidade da norma e a particularidade do caso concreto. É uma dicotomia decorrente de critérios: o tipificador, inerente aos preceitos do direito normativo e o individualizador próprio da casuística. O salto a ser dado entre o abstrato e o concreto é o ponto central da problemática hermenêutica.

Realmente, a Ciência do Direito é, por natureza, de ordem prática. O contexto do caso concreto é seu objetivo último. Neste sentido a lição de Arthur F Utz, *in verbis*: "*desejamos simplesmente insistir sobre o fato de que o direito não se realiza senão na relação interpessoal concreta. A análise da ordem real deverá então evidenciar os preceitos segundo os quais o caso concreto e particular está em condições de ser determinado juridicamente*".¹

O processo cognoscitivo do Direito não-envolve, apenas, como pretende Kelsen, uma operação lógica, mas, deve traduzir, através de adequados juízos prudenciais, o sentido e o alcance dos preceitos normativos. A interpretação deve traduzir o preceito ético diretivo do caso concreto. O intérprete não pode ser guiado, exclusivamente, por fórmulas, já que estas só têm sentido dentro do quadro geral dos valores de convivência sistematicamente equacionados no contexto

1. Utz, Arthur. *Éthique Sociale. Philosophie du Droit*, tome II, trad. Vicent Kleiber, Suisse, Ed. Universitaires de Fribourg, 1967, pp. 20-21.

normativo. Aristóteles, na *Ética a Nicômaco* afirmava ser viciosa a aplicação mecânica da lei.

Por isso, entendemos que a interpretação não se resume apenas numa atividade cognoscitiva racional, mas abrange, também, uma atividade volitiva e decisória, exigindo esta a valoração de possíveis soluções, aptas a traduzir o justo concreto. Por outras palavras: a interpretação é um ato de construção prudencial.

A prudência permite a solução do impasse porque, de um lado, é vinculada e dependente da teleologia imanente ao sistema, e, por outro, adaptável ao caso concreto, revestido de contingência. Só ela possibilita a aplicação equitativa do Direito.

Releva salientar, a título de ilustração, que a sentença judicial bem evidencia semelhante propósito. Ela é um exemplo típico de aplicação prudencial do Direito. Sua elaboração exige, como alicerce, valorações que vêm do juízo prudencial.

A sentença é um ato do conhecimento prático. A virtude do intelecto prático possibilita a aplicação dos princípios gerais, de ordem normativa, aos casos concretos, apesar de os primeiros se revestirem de generalidade (essência) e os segundos, de singularidade (existência). Só a prudência permite a aplicação equitativa do Direito.

A sentença é, assim, um ato do conhecimento prático em que intervém o juízo prudencial. Mas, não é só: o fulcro da sentença é a valoração. Se a descrição fenomenológica da experiência jurídica revela estar o Direito ligado a uma exigência de Justiça, então, esta exigência deve estar na norma genérica da lei e na norma individualizada da sentença. Se o legislador não deve elaborar a lei sem levar em conta determinados objetivos contidos na idéia do Direito (o justo), o mesmo ocorre com o juiz, que não deve formular a sentença sem se inspirar nos valores de convivência que se inserem no sistema normativo. A sentença possui, assim, essência ética, regulando a ação mais de perto do que a norma.

Assim sendo, a sentença não pode ser reduzida a mero esquema lógico. O mesmo acontece com as demais normas individualizadas (o negócio jurídico, o ato administrativo especial e o tratado contrato) que traduzem valorações contida na teleologia do sistema.

A interpretação, como pretendemos demonstrar no presente trabalho, é a pesquisa, no contexto normativo de cada instituição, do princípio axiológico que a anima, a fim de que, esse mesmo princípio, possibilite a compreensão do preceito

aplicável à espécie, levando-se em conta as notas distintivas da situação conflitual. A arte do Direito é a arte de regular o justo entre pessoas determinadas. O sentido lógico não pode ser desconectado do sentido axiológico. O sentido lógico é apenas o processo, o instrumento que viabiliza a decisão justa para o caso concreto.

A interpretação é, assim, um ato de valoração decorrente de um juízo prudencial. Só ela permite a determinação do preceito aplicável à espécie em harmonia com a tipologia do sistema e sem descurar dos fatores contingentes da situação convivencial. O preceito normativo pretende ser lógico e justo.

Bem adverte o teólogo moralista Bernhard Häring, cuja linguagem, destinada à decisão ética, coincide com a do jurista que repele a concepção dedutivista: "*O legalista se interessa somente por fórmulas áridas, não pela vida ou pelas pessoas. Tendo perdido o contato com o homem da vida real, ele também perde o contato com os valores e com as fontes da vida e da verdade. Servem-lhe de guia princípios vazios ou principalmente fórmulas, e ele não considera como e porque tais princípios foram formulados e quais os valores humanos que inicialmente os justificavam*"²

2. O processo de tipificação. A articulação das normas jurídicas. Normas genéricas e suas notas características.

A tipificação é o processo de que se vale o legislador para a configuração dos comportamentos nas normas jurídicas. Resulta do conceitualismo e da abstração, como princípios diretivos da elaboração do Direito.

Com efeito, o legislador, pela própria natureza de suas funções, procura configurar as notas essenciais de que se revestem as relações sociais em construções típicas. Tais elementos passam a constituir a estrutura do tipo. A lei só apreende o universal. No equacionamento dos fatores constitutivos da licitude ou da ilicitude, o legislador apenas retém o essencial à formação do tipo, desprezando as notas individuais da conduta convivencial em sua realização concreta. O real é ordenado em esquemas normativos, os quais se referem à essência de uma série de fatos da vida convivencial.

Este é o processo metodológico do conceitualismo. É o tratamento esquemático generalizador referido por Heinrich Henkel. O legislador só se

2. Häring, Bernhardt *Moral Personalista*, trad. Márcio Fabri dos Santos, São Paulo, Paulinas, 1974, p. 167.

preocupa com o formação jurídica de tipos.³ Em Direito Penal, por exemplo, é o instrumento conceitual para a descrição do injusto. É a descrição da conduta proibida pela norma, como explica Enrique Bacigalupo.⁴

O Direito é uma ciência tipológica. Assim se expressa Miguel Reale: "*todo conhecimento jurídico implica certa tipologia. A ciência não pode prescindir de categorias, tipos, espécies, classes ou famílias adequadas a uma região da realidade. São esquemas ideais ou modelos que prefiguram normativamente a conduta possível, reputando-a lícita ou ilícita*"⁵

Por isso, a contemplação jurídica é genérica.

Referido processo de abstração é necessário à Ciência do Direito. Inexistindo ciência do individual e contingente, segue-se que o conceito implica exclusão de toda referência às circunstâncias específicas da conduta humana. A Ciência do Direito visa, no contingente e individual (conduta em interferência intersubjetiva), aquilo que é universal e necessário, a saber, os tipos. As situações de fato abstratamente consideradas se expressam em normas genéricas.

Estas assim se definem: normas genéricas e abstratas são as que se dirigem a um número indefinido de pessoas, a todos aqueles que se enquadram na classe designada pela hipótese normativa, e regulam ações-tipo, isto é, as que são universais relativamente às ações prescritas.

Constitui nosso objetivo demonstrar que o ato interpretativo é, em última análise, a conversão das normas genéricas, assim conceituadas, em normas individualizadas, isto é, em normas que se dirigem a destinatários identificados e regulam ações concretas. Referida passagem exige considerações de ordem lógica e axiológica, envolvendo a aplicação prudencial do Direito.

Realmente, a construção gradualística do ordenamento jurídico permite divisar, como parte integrante do sistema e com caráter eminentemente normativo, as normas individualizadas. O sistema jurídico é composto de normas genéricas, abrangendo estas as normas ordinárias e regulamentares, e de normas individualizadas, nestas se incluindo os negócios jurídicos, os atos administrativos especiais, as sentenças judiciais e os tratados-contratos. Pois bem, as normas

3. Henkel, Heinrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Madri, Taurus, 1968, pp. 576-577.

4. Bacigalupo, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Madri, Akal Ed., 1990, pp. 99-102.

5. Reale, Miguel. *Filosofia do Direito*, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, pp. 56-59.

genéricas constituem os paradigmas que traçam as diretrizes para as individualizadas. Estas, por sua vez, dimensionam os direitos subjetivos e os deveres jurídicos previstos, em caráter prospectivo, nas normas genéricas.

No sistema hierárquico e escalonado, as normas jurídicas estão distribuídas em planos, havendo, na passagem de um a outro, a possibilidade de complementação normativa. Inegável, assim, a ocorrência de uma atividade criadora e sucessiva de normas, que se iniciam pelas constitucionais, se prolongam nas ordinárias e regulamentares e culminam nas individualizadas.

As normas genéricas traduzem os valores de convivência social necessários à existência e aprimoramento da cooperação social (bem comum), sendo esta indispensável à realização do ser humano (bem pessoal). A norma jurídica é, assim, o instrumento de que se vale o legislador para a disciplina das relações de convivência, segundo valores que ele consagrar.

Contudo, somente as normas individualizadas atribuem pleno sentido a esse complexo normativo. Elas regulam o justo concreto. A arte do Direito é a arte de regular o justo concreto, atribuindo aos participantes da relação jurídica o *jus debitum* relativos a uma situação de convivência. As concretizações devem ser alcançadas segundo cânones hermenêuticos consagrados na doutrina. A aplicação do Direito, diz Eduardo Garcia Maynez é "*o processo mediante o qual uma situação jurídica abstrata transforma-se em concreta, e uma norma genérica se individualiza*".⁶

Semelhante aplicação é de ordem lógica e axiológica, envolvendo valorações que se realizam, segundo pensamos, através do juízo prudencial.

3. O processo de individualização. O dilema norma-caso. Tipologia das soluções. A aplicação prudencial do Direito.

O critério tipicador, como vimos, é o critério do legislador. Este, ao elaborar a norma jurídica, tem que ordenar a matéria do bem comum. A qualificação típica tem índole prospectiva, sendo destinada a reger fatos convivenciais futuros.

Diferente é o critério do juiz. Este deve solucionar um conflito de interesses, isto é, um caso concreto. O juiz disciplina mais de perto o fato.

6. Garcia Maynez, Eduardo. *Filosofía del Derecho*, 3ª ed., México, Porrúa Ed., 1980, pp. 281 e ss.

A contemplação jurídica atinge, agora, caracteres individualizantes. A "*individualidade juridicamente relevante*" a que se refere Heinrich Henkel, permite o tratamento equitativo que promana da decisão. A própria tipificação exige a individualização à aplicação do Direito.

Aqui a Lógica Formal não pode ter o mesmo papel, já que não se trata de qualificação abstrata, nem de mera dedução silogística, mas, sim, de uma compreensão do sentido de valor imanente ao caso.

A Justiça do caso concreto, a saber, a equidade, decorre de um processo de construção prudencial, dentro dos parâmetros do sistema, mas, segundo critérios que devem atender às exigências que decorrem da "*natureza da coisa*" Como se expressa Helmut Coing: "*o conhecimento das conexões ontológicas da natureza humana e da legalidade interna dos processos sociais é imprescindível à constituição do direito justo*" E mais: "*decidir um caso segundo o Direito Positivo significa decidi-lo segundo a base de avaliações e finalidades úteis para as quais foi constituída a própria ordem jurídica*"⁷

Esse ensinamento já evidencia o impasse. Na aplicação da norma jurídica ao caso, o juiz está vinculado ao Direito Positivo, mas, ao mesmo tempo, não pode menosprezar os traços existenciais da situação conflitual.

Apesar do equacionamento dos fatores normativamente previstos, apresenta a situação *sub judice* traços característicos contingentes que o sistema não-revela. Por outras palavras: o vínculo da relação intersubjetiva não corresponde *in totum* à previsão normativa. O Direito de normas é incapaz de fornecer ao juiz todos os elementos para a decisão.

A norma, nesta hipótese, é o "dado" A sentença, fruto do trabalho do juiz é o "construído" A construção prudencial é a operação que permite a determinação do Direito aplicável à espécie, em harmonia com os preceitos normativos e sem descuido dos fatores contingentes que emanam do caso.

O que o juiz pode acrescentar ao "dado" para realizar a sua construção? Quais os caminhos que deve percorrer para não-afetar a inteireza do dado? Qual é a posição do juiz? A interpretação judicial deve se conformar ao dogma legal, observando o magistrado, rigorosamente, o texto (legalismo) ou é

7. Coing, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, trad. Juan Manuel Mauri, Barcelona, Ariel, 1976, p. 137.

possível, a partir do esquema normativo, uma obra de construção (desenvolvimento e complementação judicial do Direito segundo a teleologia do sistema).

Uma visão panorâmica das principais escolas melhor evidenciará a contraposição doutrinária, esclarecendo, ainda, as razões que levam à filiação a uma ou a outra posição hermenêutica. A contraposição mostrará ainda a impropriedade do chamado "*Direito alternativo*". É o que Elias Diaz denomina a polêmica entre os métodos jurídicos, situando-se, de um lado, os formalistas e conceitualistas e, de outro, os finalistas e realistas.⁸

Trata-se, em suma, da possibilidade ou-não de adaptação do preceito genérico e sistemático a uma situação existencial com sua irrecusável singularidade e contingência. E na hipótese de possível adaptação a divergência dos métodos hermenêuticos convenientes à resolução do impasse.

Vejamos, então, como a contraposição entre o abstrato e o concreto se opera. Pode-se dizer que as concepções sobre a problemática se reduzem a três: a. as que preconizam o processo limitativo da subsunção legal; b. as que aconselham a interpretação livre e criadora; c. as que recomendam a interpretação criadora, coerente e dependente do sistema normativo. É o que sustenta Philip Heck na obra "*O Problema da Criação do Direito*"

A primeira corrente, denominada "*Escola da Exegese*" resolve a questão do binômio norma-caso de maneira simplista. Ante o pressuposto do caráter dogmático da lei, cujo texto deveria ser rigorosamente observado, sem o menor atrito, procuravam os exegetas circunscrever, delimitar e contornar a atuação judicial dentro de margens estritas.

Mas, como observa Luís Recasens Siches, esse modo de pensar é incoerente. Sem interpretação é impossível dinamizar qualquer ordenamento jurídico. O legislador só tem competência para editar normas genéricas, escapando de sua alçada, disciplinar o modo do exercício da função jurisdicional. Uma coisa é editar normas genéricas; outra é a de elaborar as normas individualizadas. Nenhum ordenamento jurídico pode ser aplicado sem a conveniente interpretação.⁹

Para a "*Escola da Exegese*", o intérprete deveria conhecer a vontade do legislador. A lei, vigente e positiva, seria violada se o intérprete ultrapassasse a

8. Diaz, Elias. *Sociologia e Filosofia del Derecho*, Madrid, Taurus, 1982, p. 106 e ss.

9. Recasens Siches, Luís. *Tratado General de Filosofia del Derecho*, 3ª ed., México, Porrúa, 1965, pp. 329-330.

simples explicitação. Interpretar nada mais é do que explicar o direito legislado. Para explicá-lo deve o intérprete ater-se às palavras da lei, respeitando, sempre, a vontade do legislador. A interpretação literal e gramatical é a que mais atende a esse objetivo. Para a análise da norma eventualmente obscura, ambígua ou deficiente, podia o intérprete valer-se do método lógico e histórico, extraindo do texto todas as conseqüências nele incluídas, mas com integral respeito à vontade do legislador. A solução jurídica não podia fugir do método dedutivista e silogístico, sendo a vontade do legislador o fator decisivo da interpretação.

Semelhante interpretação redundava em conceitualismo artificial, com desconhecimento dos problemas sociais para os quais a lei foi editada. É o que ocorreu com a chamada "jurisprudência dos conceitos" pelo seu apego ao conceitualismo e desconsideração do jogo de interesses que se desenrola no processo judicial.

A *Escola Histórica* revela a mesma tendência exegética e dedutivista. Quando o texto do *Corpus Juris Civilis* foi incorporado ao Direito alemão, os pandetistas interpretaram-no segundo processos exegéticos. Mas, não se apegaram à razão e, sim, à história. Para os franceses, a lei era a fonte; para os alemães, o passado.

É certo que a *Escola Histórica* representava violenta reação ao racionalismo metafísico do Direito Natural Moderno. Esta última posição não considerava o processo histórico do desenvolvimento do Direito, em estrita harmonia com as condições culturais da época. Contra essa idéia de um Direito ideal, desvinculado da experiência é que reagiu a *Escola Histórica*.

O Direito é a expressão do espírito do povo, manifestando-se nos costumes. Estes traduzem a autêntica vida comunitária, gerando a norma consuetudinária. O Direito está enraizado no passado da nação, sendo a consciência comum do povo a sua fonte. Os costumes brotam espontaneamente e formam a regra da vida, de modo que o verdadeiro exame dos referidos costumes revela o preceito. O desenvolvimento do Direito é lento e gradual, como o da linguagem.

Mas, a recepção do Direito Romano, acima apontada, deu origem a uma hermenêutica jurídica lógica e dogmática, semelhante a dos intérpretes da *Escola da Exegese*. Contudo, revelaram os intérpretes compreensão histórica do fenômeno jurídico, sempre aberto à pesquisa dos fatores sociais da normatividade.

De suma importância é também a "jurisprudência dos conceitos." O atrito entre as estruturas de essência e a realidade existencial mais se agravou com a

jurisprudência dos conceitos, cuja técnica não foi suficiente para dissolvê-lo. O movimento caracterizou-se pelo princípio, segundo o qual os preceitos constantes das normas jurídicas revelam significações e conceitos lógicos. A lei deve ser vista no seu sentido lógico e sistemático.

Segundo o pensamento dessa corrente, o intérprete deve partir do texto e de seu significado no contexto do ordenamento. O jurista deve estudar a norma não-só na sua estrutura, mas no conjunto do sistema, extraíndo, dessa pesquisa, critérios de orientação. O material é dado pelas normas jurídicas, alcançando o jurista, pela análise das conexões lógico-sistemáticas, os princípios informativos e as conclusões a que o sistema conduz. O jurista deve permanecer no material normativo, dele extraíndo todas as implicações. A sua função é simplesmente reprodutora.

Estando os preceitos legais logicamente sistematizados já propiciam ao intérprete a solução do caso. A decisão judicial é mero corolário, deduzido, por inferência lógica, do sistema legal. A unidade do sistema jurídico está na concatenação lógica e a solução do caso no processo mecânico da dedução. A solução judicial decorre estritamente do sistema, pois os preceitos particulares promanam da definição conceitual.

Cabe, assim, ao juiz simplesmente a tarefa consistente em subsumir o caso no tipo. Nesta ordem de idéias, verifica-se que o dilema em estudo é resolvido pela adequação lógica no caso do tipo, como se o que existisse fosse o universal e não o singular.

Mas, o sistema jurídico não é, no fundo, simples sistema de proposições lógicas e, sim, de decisões valorativas. As normas são enunciadas logicamente. Têm sua estrutura. Contudo, o enunciado já reflete o conteúdo de valor protegido normativamente. Não se pode confundir a enunciação lógica com o conteúdo de valor que o preceito traduz.

O que existe não é a estrutura lógica e, sim, o real na sua objetividade. Portanto, não-basta a explicitação formal para a solução do dilema norma-caso. A função do juiz não pode se resumir numa operação de entendimento, isto é, em conhecer as normas e enquadrar, no texto, a situação litigiosa.

A desconsideração do finalismo não-possibilita, no nosso entender, o desate do dilema em estudo.

A concepção seguinte é a da "jurisprudência dos interesses" É necessário para desvendar a problemática da antinomia entre a norma e o caso, a

consideração do fim, da finalidade de cada uma das instituições jurídicas. Mas, como posiciona Alfred Verdross, a jurisprudência dos interesses não chegou a proporcionar critério seguro para a aferição dos interesses, permanecendo encerrada no subjetivismo e no relativismo.¹⁰

Inegável, porém, o mérito de reconhecer o processo de desenvolvimento do Direito, devendo o juiz orientar-se pelos fins sociais e exigências valorativas contidas no ordenamento jurídico.

A aplicação do Direito redundará num processo de inserção das regras nas situações de vida. Realmente, a norma jurídica tem um fim. Ela é elaborada para resolver conflito de interesses, conflitos reais decorrentes das situações de vida. Os interesses é que devem ser sopesados na elaboração e aplicação das normas jurídicas.

O critério efetivo de aplicação do Direito está, para a *Escola Teleológica*, na realidade social, no interesse juridicamente protegido. O novo dado, e fundamental, é o da pesquisa do fim, do interesse protegido pela lei, elaborada para reger as relações de convivência. Esse interesse se encontra na lei porque o legislador, ao elaborá-la, partiu da realidade social, elevando os interesses que desta dimanam, à categoria da juridicidade. Das necessidades sociais, surge a lei. Portanto, sua aplicação se guiará pelos mesmos princípios. A lei deve ser interpretada à luz dos interesses sociais para os quais a mesma foi ditada, à luz das situações de vida que ensejaram seu aparecimento.

O método eficaz de aplicação passa a ser o teleológico. É o caminho que conduz à realização dos interesses individuais e sociais, normativamente sopesados.

A vinculação do dilema norma-caso encontra solução mais satisfatória na medida em que a escola possibilita o Direito judicial de estimação, conforme critério já exposto. Contudo, Jhering não chegou a indicar nenhuma ordem objetiva de fins sociais. Na verdade, esta se correlaciona com a ordem dos valores, com uma tábua de valores. A idéia de Direito exige, em termos absolutos, uma referência à sua essência axiológica.

Mas, a *Escola Teleológica* combateu eficazmente o pensamento das escolas que lhe antecederam, abrindo margem a uma nova visão do problema

10. Verdross, Alfred. *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental. Visión Panorámica de sus Fundamentos e Principales Problemas*, trad. Mário de la Cueva, Universidad Nacional Autónoma de México, 1962, pp. 271-272.

hermenêutico. Impossível pensar em interpretação sem atender à noção de fim das instituições jurídicas.

A *Escola da Livre Investigação Científica* merece especial destaque. De fato, François Geny foi quem indicou os meios através dos quais a adaptação do abstrato ao concreto se verifica, a saber, o processo das construções.

A atividade do jurista oscila entre dois pólos: o do *dado* e o do *construído*. O *dado* constitui objeto da Ciência; o *construído*, da Técnica. Os dados (reais, históricos, racionais e ideais), elementos necessários à construção do Direito legislado decorrem da própria "*natureza das coisas*" (conhecimento ontológico das dimensões da pessoa humana, bem como dos processos sociais). Cada fato social tem em si mesmo a norma que lhe é própria, decorrente de sua constituição ontológica. Esta norma própria da natureza exprime a orientação a ser seguida pelo Direito, legislado ou judicial. Tais dados, que se encontram na composição do Direito Positivo, devem ser acionados pela Técnica Jurídica. Esta é a técnica do construído.

A técnica consiste, de início, em procedimentos ou meios de adaptação dos dados abstratos a um fim, as realidades concretas. A norma, assim obtida, é editada pelo legislador, apresentando as características da generalidade e da abstração. Tais processos são necessários à Ciência do Direito. Constituem degraus do espírito rumo aos princípios da explicação universal. Mas o tipo implica na exclusão do contingente.

Também o juiz, na elaboração da sentença, deve se valer da técnica do construído, ou melhor, da intuição do justo e orientação à prática. O conhecimento judicial transcende o plano da conceituação.

Geny apresenta nova tese: a de que a lei não é a única fonte do Direito. Ao lado do Direito legal existe a produção jurídica decorrente das fontes formais e das fontes materiais. O Direito deve ser adaptado às transformações múltiplas da vida social.

Nestas condições, o intérprete deve, de início, recorrer à lei, devendo ser respeitada a vontade do legislador referente ao momento da sua promulgação. Mas, se a lei é omissa ou não atende mais às aspirações de Justiça, deve o intérprete se valer de outras fontes, a saber: o costume e a doutrina. Se estas ainda se revelarem insuficientes, cumpre recorrer às fontes materiais, representadas pela "*natureza das coisas*." Pode, então, o juiz criar a norma como se fosse o legislador. Se a lei se revela insuficiente ou ultrapassada, cumpre ao intérprete, proceder à "*livre*

investigação científica' para encontrar a solução conveniente. É o que ensina Jean Louis Bergel.¹¹

A livre investigação científica não-obriga o juiz a efetuar a dedução silogística. Pelo contrário, a aplicação do Direito está sempre sujeita a uma solução que atenda às necessidades sociais e à equidade.

A *Escola do Direito Livre* envereda por caminho oposto. A lei não-ocupa o primeiro plano. A escola não-aceita a teoria da subsunção. A interpretação passa a girar em torno da figura do juiz. Cabe a este julgar segundo os ditames da própria consciência. O desenvolvimento do Direito chega a reclamar sua interpretação *praeter legem e contra legem*. Cabe ao juiz legislar sempre que julgar inadequada a lei à espécie. Se a ordem legal é injusta por destoar das aspirações de Justiça, o juiz atua, corrigindo o Direito deficiente e aplicando a norma concreta e justa.

Uma coisa é a construção legislativa; outra, a construção judicial. Cabe a esta atender à realidade social. Por isso, Kirchmann e Kantorowicz admitem a existência de outro direito (o direito que o povo cria), ao lado do Direito estatal (o Direito codificado). Pretendem, assim, a liberação do "dado" normativo, quando determinadas circunstâncias o exigirem. É a construção livre da sentença.

As preocupações desta escola diferem das de Geny. Já não se trata de "*livre investigação científica*" em que o juiz capta o sentido do texto legal, construindo, a partir desse dado, a sentença, adaptada às necessidades sociais. Pelo contrário: o juiz pode livremente estabelecer a solução própria que o caso venha a exigir. Em Geny, existem parâmetros para a criação judicial. Na *Escola do Direito Livre*, o que importa é uma solução justa, baseada, porém, nos sentimentos de Justiça. É o Direito livre das estruturas lógicas. O juiz deve se preocupar mais com a realidade do que com a legalidade.

O dilema norma-caso não pode ser resolvido pela antecipação do caso à norma. A comunidade não pode viver à margem do Direito estatal, que se constitui de normas capazes de garantir a sobrevivência e desenvolvimento da sociedade. A comunidade necessita de certeza e de segurança a respeito de suas pretensões e obrigações.

Logo, o movimento em estudo não apresenta solução conveniente ao desate da questão. A função normativa é da essência ética do Direito, de modo que

11. Bergel, Jean Louis. *Théorie Générale du Droit*, 2^o ed., Paris, Dalloz, 1989, pp. 246 e ss.

as soluções devem partir, necessariamente, da previsão legal e de sua base axiológica.

O normativismo de Kelsen, escola que abriu novos horizontes ao problema em questão, demonstra existir uma vinculação puramente lógica entre a previsão normativa e o caso, aquela representada pelas normas genéricas e este representado pelas normas individualizadas. A norma genérica é considerada *fundante* e a individualizada *fundada*, porque esta última é deduzida logicamente da primeira. Assim, a correlação entre a lei e a sentença decorre de procedimentos lógicos. O conteúdo da norma fundada já está predeterminado pela norma fundante, de modo que o dilema se resolve logicamente.

A correlação entre a *norma superior* ou *fundante* e a *norma inferior* ou *fundada* é inerente ao processo interpretativo, no qual as normas individualizadas dos negócios jurídicos, dos atos administrativos especiais e das sentenças judiciais se situam.

A posição de Kelsen, que se funda na concepção do Direito como ordem coativa da conduta humana, e se subsume num entendimento de ordem racionalista, não-possibilita o desate da questão formulada, por falta de bases axiológicas.

A sentença, para Kelsen, é um ato de vontade. O intérprete, não-só desvenda a norma genérica, como, também, opta por uma dentre as possibilidades normativas oferecidas pelo marco normativo. Sua escolha está delimitada pela estrutura normativa. Assim, a sentença não-resulta de uma simples operação de ordem intelectual, como pretendem os representantes das escolas tradicionais. Ela é mais do que isso. Escolhendo, no âmbito estrutural da norma, uma das possibilidades, o intérprete exerce um ato de vontade, fazendo surgir uma norma nova, de caráter individual.

Logo, a sentença é um ato de entendimento, um ato de vontade e um ato de criação normativa. Ao surgir a norma individualizada, não-intervém o processo valorativo, ou, se intervém, isto não interessa à hermenêutica jurídica. O sentido axiológico insito na opção do intérprete está fora de cogitação, porque se refere a uma questão metajurídica. Basta que a escolha se insira no marco das possibilidades para que a solução seja considerada juridicamente válida.

Vejamos como o equacionamento se opera. O Direito contém normas que se encontram graduadas em escalões dentro de uma pirâmide hierárquica. Toda interpretação depende, em última análise, da colocação da norma na estrutura

hierárquica. Uma norma depende de outra conforme a posição hierárquica. A norma fundante é que dá origem à fundada, e esta passa a ser fundante relativamente à inferior, e assim sucessivamente. O processo hermenêutico está ligado a esse conhecimento prévio.

É a dinâmica jurídica. Kelsen diz que há, a respeito, cinco espécies de normas. De início, temos a norma fundamental. Esta é diferente de todas as demais, por ser uma norma básica, não-positiva, simples ponto de partida para a sustentação lógica das demais normas. É simples hipótese de ordem gnoseológica. A norma fundamental só diz que o primeiro legislador age com legitimidade e juridicidade. É, apenas, uma norma pensada, hipoteticamente. Não tem existência objetiva. Para que os mandamentos legais possam ser considerados obrigatórios é indispensável supor a existência de uma norma fundamental, que admita a legitimidade do poder e o dever de obediência da comunidade. A ordem coativa da conduta humana, como sistema de normas obrigatórias, promana do referido axioma da teoria formal do Direito. Teoria que, no nosso entender, não-desvenda o problema fundamental do Direito e não-esclarece a natureza da interpretação jurídica. Como decorre o Direito de um enunciado sem conteúdo?

À norma fundamental seguem-se as normas constitucionais. Ocupam estas o segundo plano. Dizem respeito à organização do Estado, bem como as competências dos poderes legitimamente constituídos e suas relações com os membros da comunidade. A estes últimos são atribuídos direitos e garantias individuais.

Em terceiro lugar, surgem as normas ordinárias, isto é, todas as leis que prevêm as relações sociais básicas. Dizem respeito ao equacionamento dos poderes e deveres dos membros da comunidade, referentes às diversas situações de vida. Ao lado destas normas ordinárias devem ser colocadas as normas costumeiras. O costume, embora fonte subsidiária, opera na falta de lei, pertencendo, ambos, ao ordenamento jurídico.

Em quarto lugar, encontramos as normas regulamentares, elaboradas pelos órgãos administrativos. Estas visam disciplinar e complementar preceitos das normas ordinárias quando os mesmos não são auto-aplicáveis. São provenientes de delegação expressa das próprias normas ordinárias para especificar os preceitos ou simplesmente para suprir as omissões legais. Aqui se trata do ato administrativo geral, que não se confunde com o especial. Convém lembrar a lição de Ranalletti, *in verbis*: "ato administrativo, em sentido formal, pode ser geral ou especial. É

geral se a declaração que constitui o ato administrativo considera abstratamente uma pluralidade de pessoas, ou casos indeterminados ou indetermináveis. É especial se a declaração que possui o ato administrativo considera uma ou mais pessoas ou casos determinados ou determináveis" ¹²

Os primeiros (atos administrativos genéricos) têm alcance geral e se manifestam nos regulamentos; os segundos (atos administrativos especiais) têm alcance restrito e se manifestam em normas individualizadas, contendo pretensões concretas e destinatários certos. As normas regulamentares dizem respeito aos atos administrativos genéricos.

Em quinto lugar, estão as normas individualizadas. São normas que concretizam situações prospectivamente previstas nas normas anteriores. Tem caráter secundário e descendente relativamente às normas genéricas. Permitem transpor, para a situação convivencial concreta, as previsões das normas genéricas. Decorrem de um sistema de delegações (complementação autorizada), sendo sua elaboração consequência da atribuição concedida, pelas normas superiores, aos agentes públicos (juizes e órgãos da administração) e membros da comunidade para a disciplina de determinadas relações jurídicas específicas.

As normas genéricas são paradigmas de que se valem as normas individualizadas para estabelecer o *jus* e o *debitum* relativos a uma situação concreta. São, portanto, complementares. Segundo Eduardo Garcia Maynez, dividem-se em privadas e públicas. Diz o jurista que "*as primeiras derivam da vontade dos particulares, enquanto estes aplicam normas genéricas; as segundas, da atividade das autoridades. Tem caráter privado os contratos e os testamentos; público, as decisões judiciais e as resoluções administrativas. Os tratados contratos internacionais devem caracterizar-se também como individualizadas de índole pública*" ¹³

Assim sendo, as normas individualizadas são imperativos autorizantes específicos. Através delas se opera a passagem do plano abstrato ao concreto com as implicações que a simples dedução deste último com relação ao primeiro pode operar.

12. Ranalletti, Oreste. *Teoria Degli Atti Amministrativi Speciali*, 7ª ed., Milão, Giuffrè, 1945, pp. 2-3.

13. Garcia Maynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, 16ª ed., México, Porrúa, 1969, pp. 83-84.

Surge, nesta altura, a questão: daria esta simples dedução a medida do justo, a Justiça do caso concreto, assim englobado e costurado na trama do ordenamento jurídico? Estaria aí a resolução do dilema norma-caso, objeto da presente pesquisa?

O sentido lógico não pode estar desconectado do sentido axiológico. Como explica Helmut Coing, "*as normas jurídicas não são axiomas lógicos para deduções jurídicas, já que reproduzem experiências morais e idéias jurídicas*" Em conseqüência, "*a aplicação do direito deve partir sempre de pontos de vista valorativos subjacentes à ordem jurídica e julgar a situação segundo seus caracteres essenciais e não segundo sua estrutura formal*"¹⁴

Os esquemas formais da lógica se constituem em "instrumentos da ciência" ou "meios para adquirir e possuir a ciência" Portanto não podem se confundir com a própria ciência dirigida. Jacques Maritain diz expressamente: "*a Lógica Formal estuda, pura e simplesmente, o mecanismo do raciocínio, abstração feita do conteúdo mesmo das proposições que emprega e do uso que o espírito dele faz*"¹⁵ Da mesma forma, ensina Paul J. Green: "*a Dialética é a ciência do pensamento correto. Correção significa ordem, consistência, legitimidade do procedimento, justificação da inferência. Ela não significa verdade. Dialética é, assim, a ciência do pensamento correto, não do pensamento verdadeiro ou certo*".¹⁶

A consideração de meras estruturas lógicas não é suficiente para a compreensão de conteúdos espirituais, segundo adverte Coing.¹⁷ E a crítica se endereça a Kelsen porque este jurista considera a ciência do Direito como ciência do espírito.

Mas, retornando à questão, cabe salientar que na passagem do quarto para o quinto plano da pirâmide coloca-se o *substractum* do problema. As normas que antecedem ao último plano são todas genéricas (exceto a norma fundamental, que não é coativa), enquanto que, na elaboração das normas individualizadas, entra em jogo uma situação de vida com as suas características contingentes. Os elementos típicos e as circunstâncias do caso não são postos em evidência, já que não se

14. Coing, Helmut. Obra cit., pp. 276-279.

15. Maritain, Jacques. *Elementos de Filosofia, A Ordem dos Conceitos, Lógica Menor*, trad. Ilza das Neves e Adriano Kury, São Paulo, Agir, 1980, pp. 26-27.

16. Gleen, Paul J. *Dialectics. Class Manual in Formal Logic*, St. Louis, Herder, 1949, p. 13 (Introduction).

17. Coing, Helmut. Obra cit., p. 293.

inserir no conteúdo predeterminado das normas genéricas. Não há, assim, um processo de decisão justa de um litígio concreto.

A interpretação, no sistema de Kelsen, não passa de simples explicitação da ordem formal. O entendimento da norma genérica dá origem a um marco de possibilidades legais. O juiz apenas opta por uma delas, exercendo, assim, sua vontade e criando a norma individualizada. Esta é, acima de tudo, um ato de vontade e de criação: de vontade, porque o intérprete não-só descobre o que a norma diz (fase intelectual), como e principalmente porque opta por uma dentre as possibilidades oferecidas pelo marco normativo (fase de ordem voluntária); e de criação, porque escolhendo e aplicando, o intérprete faz surgir uma norma nova, individualizada, para o caso concreto (fase criadora).

A interpretação acompanha o processo de criação do Direito, por ocasião da passagem de uma norma superior e uma inferior. Ao interpretar, o juiz não se coloca numa posição puramente intelectualista (pesquisa da solução possível); exerce um ato de vontade porque, ao passar de uma norma a outra, opta por uma solução; e exerce um ato de criação, porque, optando, cria a norma para o caso *sub judice*.

Como se processam o ato de vontade e o ato de criação? De início, cabe dizer que a norma superior, de antemão, delimita o conteúdo da norma inferior, de maneira incompleta. Há sempre algo que fica à livre apreciação do intérprete. Há uma indeterminação na norma, indeterminação que deve ser preenchida por ocasião da tarefa interpretativa. A indeterminação pode ser intencional, como nos casos de crimes de penas paralelas e pode ser não-intencional, como no caso do uso de termos equívocos, de enunciados legais que comportam entendimentos não-unívocos, isto é, equívocos ou análogos.

A indeterminação do legislador não é outra coisa senão o aspecto abstrato, genérico e sistemático de que se reveste a norma jurídica. Por isso, cabe a individualização. A passagem do genérico ao específico não pode ser simples escolha de uma possibilidade, mas a conversão dessa possibilidade genérica em específica. Isto só é possível levando-se em conta as peculiaridades do caso. Logo, a opção é um escolha motivada, que atende à natureza da coisa.

Em suma: o marco das possibilidades já revela valores, que devem ser atualizados pelo processo do discernimento prudencial. A prudência é o elo entre o Direito legislado, de caráter abstrato, e o Direito judicial, de caráter concreto. Só a solução prudencial permite a resolução do impasse, porque tem como propósito estar

vinculada e dependente do sistema normativo e, ao mesmo tempo, atender ao caso, revestido de seu modo de ser contingente.

Só a prudência permite a aplicação eqüitativa do Direito.

Por todo o exposto, parece-nos que a teoria normativista não-resolve a antinomia norma-caso. Sem valoração não pode surgir a norma individualizada. É a prudência que intervém entre o "direito de normas" e a "jurisprudência da eqüidade" (estas expressões são de Henkel).

Merece especial destaque a corrente do realismo sociológico americano. O movimento desaprova a solução puramente formalista e acentua a necessidade de ponderar as diretrizes valorativas imanentes às realidades sociais. O Direito não é pura lógica e, sim, instrumento para a obtenção de resultados práticos, a saber, o bem-estar social. Indispensável, portanto, o conhecimento sociológico dos interesses privados, sociais e públicos que demandam proteção jurídica. É o que salienta Roscoe Pound em sua obra *Social Control Through Law*. Tarefa do Direito consiste em proteger eficazmente os interesses normativamente reconhecidos.

Apesar das divergências entre a família dos sistemas latino-europeus e a do sistema anglo-americano, também, neste último, se verifica a antinomia norma-caso, que temos estudado. Os juristas americanos chegam a proclamar que o essencial não é a solução puramente lógica do dilema, mas, sim, sua solução justa. Eles exigem, para esse desiderato, estudo sociológico da realidade social. Não se pode esquecer que o Direito nasce dos fatos, da experiência.

Nos sistemas latino-europeus, as normas individualizadas das sentenças provêm dos princípios contidos nas normas genéricas dos códigos. No sistema anglo-americano, as decisões procedem de outras decisões anteriores (*ratio decidendi*), relativas a casos individuais, de onde são extraídos os princípios para cada julgamento.

Cabe-nos, assim, examinar os dilemas resultantes da *ratio decidendi* do precedente, que aborda determinado caso e sua configuração, e a do caso *sub judice*, cujos aspectos, como não poderia deixar de ser, não-coincidem, na totalidade, com o primeiro. Além dessa hipótese, pode ocorrer omissão do precedente (nossa lacuna), situação que se resolve, segundo Bodenheimer, "*por uma analogia que assenta num interesse social comum aos casos já decididos e ao que está em julgamento*".¹⁸

18. Bodenheimer, Edgar. *Ciência do Direito. Filosofia e Metodologia Jurídica*, Rio, Forense, 1966, p. 306.

A *ratio decidendi*, diz Bodenheimer, é o "*princípio geral que governa a decisão anterior, quando a formulação desse princípio tenha sido necessária para a decisão do ponto fundamental do litígio*"¹⁹

A lição de Ilmar Tammello, publicada em estudo sobre *La Règle du Droit* é, a respeito, a seguinte: "*para a descoberta da 'ratio decidendi' de um caso, o juiz não deverá considerar todas as expressões normativas que se encontram na relação do caso, mas somente aquelas que são indispensáveis à elaboração da decisão do caso examinado. Todo o resto constitui o obiter dictum, suscetível de trazer contribuição para a Ciência do Direito, mas impertinente para a decisão do caso*"²⁰

A resolução do dilema norma-caso estaria, segundo a escola sociológico-americana, na compreensão da realidade social e na visão dos interesses que esta realidade traduz. Edgar Bodenheimer, já citado, salienta "*a necessidade de avaliação judiciosa e ampla de tudo quanto possa contribuir para um julgamento refletido*" e acrescenta que "*juízo refletido é o que se inspira na 'natureza da coisa' e traduz a equidade individual como solução justa da contenda*"²¹

Oliver Wendel Holmes, outro representante da escola, foi o primeiro a salientar que "*a vida do direito não foi a lógica e, sim, a experiência*" Diz o jurista: "*as necessidades sentidas em cada época, as teorias morais e políticas predominantes, intuições de ordem pública declaradas ou inconscientes, até precedentes que os juizes compartilham com seus semelhantes, tiveram participação bem maior do que o silogismo, na determinação das normas que deveriam dirigir os homens*"²².

De forma idêntica, Benjamin Cardozo põe em discussão os métodos interpretativos. Dos quatro métodos existentes – o dedutivo, o histórico, o das idéias inspiradoras e o do ideal de Justiça – este último é que tem proeminência. Este é o método decisivo. A Justiça não decorre da análise do precedente sendo mais importante chegar à Justiça do que a uma solução lógica.

19. Bodenheimer, Edgar. Obra cit., p. 306.

20. Tammello, Ilmar. La "ratio decidendi" et la Règle du Droit, in *La Règle du Droit*, estudos publicados por Chaim Perelman, pp. 123 e ss.

21. Bodenheimer, Edgar. Obra cit., p. 409.

22. Holmes, Oliver Wendell. *O Direito Comum*, pp. 27 e ss.

Por fim, Roscoe Pound mostra que a obra de um jurista pode ser comparada à de "engenharia social". O Direito equaciona e compõe interesses sociais conflitantes e em contínua mutação. Tanto o legislador quanto o juiz devem se inspirar em pautas axiológicas para a composição e resolução de conflitos de interesses. A função do legislador e a do juiz estão mutuamente implicadas: a do legislador consiste em elaborar normas jurídicas; a do juiz, em complementar, desenvolver, conformar os preceitos destas à realidade da situação conflitual concreta.²³ Logo, o juiz prolonga a obra do legislador, como causa segunda.

Para a jurisprudência sociológica, o Direito é instrumento para a obtenção de fins sociais. Não pode a sentença ser simples dedução silogística do precedente. Deve traduzir a eqüidade.

Parece-nos útil, para finalizar, algumas considerações sobre o realismo sociológico escandinavo. Os juristas escandinavos também se preocupam com a realidade em que se funda o Direito. Mas, repudiam a idéia de valor como fundamento do Direito. Não há vinculação entre o Direito e as exigências éticas.

A Escola de Upsalla admite como ilegítima toda e qualquer especulação a respeito da idéia de justo ou injusto. Estas afirmações não podem ser verdadeiras nem falsas, como, aliás, proclama o neopositivismo. A lei não contém nenhuma vinculação axiológica. É puro fato. É o fato da força organizada.

Um de seus representantes, Karl Olivecrona, diz o seguinte: "*sem dúvida, a vida social deve se apoiar no direito. Mas, não no direito em sentido metafísico, isto é, no direito imaginário colocado sobre os fatos com a sua suposta força obrigatória. Não, nossa vida social se baseia no direito efetivo, no direito como fato, tomado no sentido de força organizada que se utiliza de normas chamadas leis em sentido estrito... Os homens precisam ser domesticados para poder conviver pacificamente*"²⁴

A norma jurídica deixa de ser um esquema de valor para se converter em instrumento de canalização da força.

A sentença que decorre da norma jurídica é, da mesma forma, um instrumento de canalização da força. A sentença é a medida da força canalizada para o concreto. Diz Olivecrona: "*o juiz discerne o uso da força nas matérias reguladas*

23. Pound, Roscoe. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. Fernando Barrancos y Vedia, Buenos Aires, Tip. Ed. Argentina, 1972, cap. III.

24. Olivecrona, Karl. *El Derecho como Hecho*, trad. José Júlio S. Pinter, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 13.

pela legislação civil e pela legislação penal, mas o seu poder está restrito aos estritos limites das normas legais... É, assim, que o poder de dirigir a força, posto nas mãos dos juizes, está estritamente regulado e canalizado" ²⁵

Contra essa posição se coloca o jurista norueguês Fred Castberg, proclamando que, em toda regra de Direito há uma exigência de Justiça. Em sua obra *La Philosophie du Droit* ensina: "*do ponto de vista da Filosofia do Direito, tudo o que pode ser dito sobre a apreciação correta do Direito Positivo implica, em si, uma valoração de normas. Trata-se de valorações que, direta ou indiretamente, colocam a questão do que é bom ou mau nas ações humanas. Para a ordem jurídica é importante ter contato com as exigências da Moral*" ²⁶

O realismo escandinavo, negando o fundamento ético da norma jurídica, se dissocia do humanismo jurídico, não-possibilitando o desate correto da antinomia em estudo, que requer solução dependente da intuição do justo, presente em toda a situação de vida. Para eles, o problema ético ultrapassa o campo das investigações científicas. É de ordem subjetiva.

É a tragédia da cultura a que se refere Jacques Maritain, na sua obra *Humanismo Integral*: "*consiste o terceiro momento (o da tragédia da cultura) em um recalçamento progressivo do homem pela matéria. Para reinar sobre a natureza sem consideração às leis profundas de sua natureza, é obrigado o homem, em sua inteligência e em sua vida, a se subordinar, cada vez mais, a necessidades não humanas, mas técnicas e às energias de ordem material que desenvolvem e invadem o mundo humano*" ²⁷

De acordo com a orientação que vimos imprimindo a esta pesquisa e tendo em conta aos óbices já opostos às teorias anteriores, pensamos que a resposta à questão formulada está na consideração de que os preceitos legais são, por natureza, de fundo ético, já contendo, em si, uma escala e medida para ulteriores valorações. Os preceitos se fundam, em última análise, no estatuto ontológico da pessoa humana e traduzem valorações para a convivência humana. Estas valorações passam a constituir a teleologia imanente ao sistema, base para a elaboração das normas individualizadas.

25. Olivecrona, Karl. Obra cit., pp. 105 e ss.

26. Castberg, Fred. *La Philosophie du Droit*, Paris, A. Pedone, 1970, pp. 3 e 43.

27. Maritain, Jacques, *Humanismo Intregal*, p. 27.

Exerce o juiz, na aplicação da lei, uma função cognoscitiva. Tendo conhecimento da estrutura material das normas exerce, ainda, uma função criadora, coerente e dependente do sistema, de acordo com o sistema de referência consagrado pelo legislador. Ao elaborar a norma individualizada, o magistrado vivencia e traduz, para o caso concreto, os valores subjacentes ao sistema. Esta tradução depende de juízo prudencial, porque devem ser sopesadas e atendidas as exigências juridicamente relevantes do caso *sub judice*.

O método ideal está na jurisprudência dos valores, a única que corresponde à natureza ética do ser jurídico. O valor é a energia vital da norma jurídica e a chave para a resolução da antinomia norma-caso.

A prudência é, no nosso entender, o caminho certo para a atualização e concretização dos valores, porque ela permite estabelecer uma ponte entre o Direito legislado, abstrato e genérico, e o Direito judicial, específico e concreto. Ele possibilita a aplicação equitativa do Direito.

A sentença é, assim, um ato de construção prudencial: de construção, porque o juiz, de uma norma genérica, que é o dado, cria uma norma individualizada, concretizando, assim, a "*mens legis*"; e prudencial, porque esta construção, vinculada à "teleologia imanente ao sistema" não deixa de levar em conta os traços essenciais da situação conflitual, atendendo, assim, à "natureza da coisa"

Quais são os procedimentos hermenêuticos que atendem a semelhante desiderato? É o que pretendemos responder nos capítulos subseqüentes.

4. Resolução do dilema norma-caso. Análise dos procedimentos hermenêuticos.

Pode-se dizer que a aplicação prudencial do Direito envolve atividades complexas. De início, cabe ao juiz a observação, a análise do fato realmente ocorrido, o que depende de percepções e avaliações de circunstâncias singulares. Em segundo lugar, apresenta-se a fase do enquadramento do fato na hipótese normativa, bem como a qualificação jurídica do caso como fato prefigurado na norma. Finalmente, a eleição do preceito aplicável, cujas conseqüências jurídicas devem traduzir o justo concreto, isto é, a equidade.

Para o cumprimento das tarefas acima enumeradas, o juiz conta com normas que contêm tipificação correta (as que descrevem os fatos genericamente); conta com normas que contêm, algumas vezes, tipificações que destoam dos ideais

de Justiça; conta com normas que apresentam preceitos conflitantes; e conta com normas que apresentam omissões relativamente a determinados casos.

Assim sendo, ocorrem quatro situações: *situação de previsão genérica*, quando as normas são adequadas para o caso concreto; *situação de imperfeição*, quando as normas destoam dos ideais de Justiça; *situação de incoerência*, quando as normas contêm preceitos contraditórios; e *situação de insuficiência*, quando faltam preceitos que deveriam existir para a solução do caso.

Em todas essas hipóteses, a atuação é, sempre, prudencial, porque o juiz deve, em todas elas, traduzir o justo concreto, seja pela adaptação do Direito, seja pela correção, seja pela integração normativa.

A primeira situação demanda interpretação da norma jurídica; as demais exigem o desenvolvimento do Direito.

Não é suficiente, nestas hipóteses, enquadrar o fato na lei. É preciso ver se a subsunção corresponde ao Direito justo. John C. Gray, da escola pragmático-sociológica, assinala: "*the function of a judge is not mainly to declare law, but to maintain the peace by deciding controversies*"

Logo, o juiz, agindo com prudência, completa a obra do legislador contribuindo para o aperfeiçoamento do Direito.

S. Belaid, realçando o poder normativo e criador do juiz, salienta que o ordenamento jurídico tem sua existência condicionada por três fatores: a continuidade, a evolução e o progresso. Cabe ao juiz salvaguardar o cumprimento dos preceitos legais, a evolução e adaptação destes e o aperfeiçoamento da ordem sistemática. Sem esta participação judicial, o Direito não se realiza, não-evolui e não-progride.²⁸

Isto posto, releva estudar, agora, como se verifica a construção prudencial na adaptação, no desenvolvimento e no aperfeiçoamento do Direito.

Seguindo a orientação de Marcelino Rodriguez Molinero, constante de sua obra *Introducción a la Ciencia del Derecho* deve-se considerar, de início, a interpretação dos esquemas normativos, que exigem considerações de ordem valorativa para a obtenção da solução justa. O desenvolvimento homogêneo, segundo tema a ser analisado, desdobra-se, de acordo com o mencionado jurista, em duas questões: a do desenvolvimento *intra-legem*, que abrange problemas relativos à

28. Belaid S. *Essai sur le Pouvoir Créateur et Normatif du Juge*, Paris, Librairie Générale du Juge, 1974.

coerência lógica (antinomias normativas) e insuficiência de normas (lacunas); e a do desenvolvimento *praeter-legem* ou *supra-legem*, que diz respeito à solução de casos em que as hipóteses normativas colidem com as aspirações de Justiça.

A adaptação da norma ao caso será examinada no presente capítulo. O desenvolvimento *intra-legem* e *supra-legem* no subsequente.

A adaptação dos esquemas normativos ao caso em julgamento exige os seguintes procedimentos: a. conhecimento dos esquemas normativos; b. avaliação dos fatos segundo juízos de valor contidos no sistema; c. qualificação jurídica; d. mensuração das conseqüências; e. elaboração da norma individualizada.

Vejam as dificuldades correspondentes ao conhecimento dos esquemas normativos. A primeira é que se refere à linguagem. É a linguagem que dá o contorno do discurso normativo. Heinrich Henkel salienta ser a linguagem "*veículo de conteúdos jurídicos*" Os signos lingüísticos sustentam o sentido do Direito.²⁹ A outra diz respeito ao conceitualismo que preside a configuração normativa, já-assinalada ao longo deste trabalho.

Pois bem, as etapas a serem percorridas para a superação desses obstáculos estão consubstanciadas em três métodos: o semântico, o sistemático e o teleológico. Conhecido o esquema normativo, a aplicação deverá levar em conta a "*teleologia imanente ao sistema*" e as circunstâncias juridicamente relevantes do caso concreto. Só assim será superada a generalidade e adaptado o preceito à situação convivencial.

A resultante desse processo é a equidade. Não há jurisprudência sem equidade.

Vejam a interpretação semântica. Diz Pierre Pescatore que "*esse método tem por objeto a apreciação dos signos do texto legal. Estamos habituados a falar a este propósito de interpretação textual, literal, ou ainda gramatical; entretanto, a expressão método semântico significa mais do que essas interpretações: ele coloca em relevo o fato de que as palavras e as orações de um texto legal são portadoras de um sentido, de um significado*"³⁰

As palavras da lei podem sofrer alterações semânticas, podendo assumir diferentes significados. É o que pode ocorrer com toda a expressão de um

29. Henkel, Heinrich. Obra citada, p. 85.

30. Pescatore, Pierre. *Introduction a la Science du Droit*, Luxembourg, Presses Universitaires, pp. 566 e ss.

texto legal. Para que estes possam ser suscetíveis de aplicação aos casos concretos torna-se necessário atender ao impacto das valorações novas que podem ocasionar novo entendimento do texto legal.

Além disso, cumpre assinalar a intercorrência de outras normas que interferem na linha de interpretação dos esquemas normativos. Mas, não é só: as mesmas palavras podem ter, nos diferentes ramos do Direito, diferentes significados, já que os mesmos definem, por sua conta, os conceitos de que se utilizam. Interfere, em tudo isso, o problema do conceitualismo jurídico, entendido este como o conjunto dos processos utilizados para a elaboração do sistema normativo.

Pelo método semântico, o intérprete chega à análise do sentido exato dos vocábulos e das proposições. Atinge, assim, a compreensão, sob o ponto de vista sintático, da norma legal. Passa entender o que a norma expressa.

Os substantivos, adjetivos, verbos e conjunções são signos que revelam o entendimento da norma. Além disso, há linguagem técnica: esta consiste na análise dos conceitos jurídicos descritivos e normativos, determinados ou indeterminados, os quais revelam a significação jurídica hábil ao entendimento do texto. Tem razão Kelsen quando assinala que as normas comportam um "*marco de posibilidades*", porque o legislador se utiliza, propositadamente ou não, de conceitos indeterminados. Deve-se atender à extensão e compreensão destes para a correta apreciação do sentido e alcance dos preceitos normativos.

Referidos conceitos descritivos e normativos exigem maiores cuidados. Jürgen Baumann esclarece: "*as características do tipo que a lei emprega tem natureza extraordinariamente diferente. Existem, de um lado, características simplesmente descritivas, as chamadas características descritivas do tipo e, por outro lado, características que exigem do intérprete uma valoração: são as características normativas do tipo. O deslinde entre as características descritivas e normativas é fluido. Também a característica normativa tem uma certa descrição e também a característica descritiva não é simplesmente descritiva. Neste sentido pode-se dizer que todas as características são mais ou menos normativas*"³¹

No campo do Direito Penal, a caracterização da culpa, em qualquer de suas modalidades (imprudência, negligência ou imperícia), depende da consideração da previsibilidade. Esta resulta de um julgamento sobre as circunstâncias concretas

31. Baumann, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema*, trad. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Depalma, 1973, pp. 78 e ss.

do fato e a situação do agente. O acusado só responde pela previsão do que poderia ter e deixou de ter. Outro exemplo: a medida de repulsa, na legítima defesa, depende da violência da agressão, mas é certo que entre uma e outra deve existir proporcionalidade. Cabe ao intérprete examinar esta proporcionalidade, não-só em relação aos meios como também em relação ao grau. É a lição de Giuseppe Maggiore.³²

Além disso, os *standards* exigem idênticas valorações. Distingue-se na tipologia das normas jurídicas, normas de Direito estrito e normas diretivas. Nem sempre a lei contém preceito preciso e rígido. A norma, muitas vezes, deixa às partes e ao juiz um poder razoável de apreciação das circunstâncias. Nos *standards*, o legislado apenas apresenta uma diretriz, deixando larga margem de apreciação ao discernimento do juiz. São *standards* a regra relativa "ao prudente arbítrio do juiz" ou a que se refere ao poder discricionário do administrador que, atendendo à oportunidade e conveniência de certas medidas, pratica o ato administrativo. Como relembra Hart, a expressão "*due care*" do Direito anglo-americano é também diretriz, cuja avaliação deve ser feita de acordo com a experiência comum em cada caso concreto.³³

O segundo critério é o sistemático. Não se pode entender o significado de uma norma sem a pesquisa de sua situação, no conjunto normativo.

Não é suficiente deslindar os elementos integrantes da estrutura normativa: o fato jurídico, a prestação, a transgressão e a sanção, bem como os respectivos destinatários. A norma se insere no sistema. É preciso ver seu significado no conjunto do ordenamento jurídico.

Toda norma jurídica é parte de um todo. Tem razão Hans Kelsen ao salientar que o Direito é um sistema de natureza dinâmica. Há um princípio dinâmico capaz de articular, em forma de sistema, todas as normas jurídicas. A conformação interna do sistema revela a existência de um todo unitário, coerente e pleno.

Assim sendo, a análise da disposição normativa no contexto tem por objeto elucidar o sentido que a mesma adquire no confronto com as demais normas.

A interpretação sistemática provém do fato de que o ordenamento jurídico constitui uma unidade objetiva, como assinala Hans Nawiasky.

32. Maggiore, Giuseppe. *Principi de Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna, Zanichelli, 1937, v. 1, p. 277.

33. Hart, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, trad. Genaro, R. Carrio, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, p. 165.

Realmente, as palavras podem mudar de significado segundo o contexto em que são empregadas. O entendimento proveniente do método semântico é provisório, necessita de convalidação pelo processo sistemático.

As fases deste procedimento são três: a análise do *contexto formal*, a do *contexto material* e a do *contexto hierárquico*. É o que preconiza Pierre Pescatore. Considerando-se o primeiro aspecto (formal), é preciso localizar o preceito dentro do capítulo, o capítulo dentro do título, o título dentro da secção, e assim por diante. Cumpre atender à divisão sistemática da matéria nos Códigos. A seqüência hierárquica da divisão dos tipos na Parte Especial do Código Penal já revela conexões axiológicas relativas aos bens jurídicos penalmente tutelados. Na codificação há sempre um corpo orgânico de normas, revelando elementos lógicos indispensáveis à pesquisa hermenêutica.

Levando em conta o segundo aspecto (material), deve-se considerar a visão normativa da instituição a que a norma pertence. Esta colocação já revela princípios gerais que dimensionam as normas particulares. Finalmente, é mister não esquecer o contexto hierárquico. Sabemos que, segundo o princípio da hierarquia, formulado por Hans Kelsen, as normas estão distribuídas em degraus ou patamares, havendo, entre elas, relações de compatibilidade no plano vertical. Uma se subordinam às outras, tendo por base a norma fundamental. O processo da dinâmica jurídica demonstra a existência desses níveis distintos de preceitos jurídicos. O conteúdo de uma norma já vem predeterminado pelo conteúdo da norma que lhe é superior. Logo, não se pode interpretar um regulamento administrativo sem levar em consideração a norma legal que constitui seu suporte. Não se pode interpretar esta última sem estabelecer conexão com a Constituição. Em suma: a norma fundada só pode ser compreendida à luz da norma fundante.

A interpretação sistemática, permitindo estabelecer ligações entre a norma e o ordenamento, bem como conexões entre normas que se situam no mesmo plano da pirâmide, dá ensejo a uma nova compreensão do preceito, possibilitando sua aplicação em harmonia com o sistema.

Convém relembrar que a interpretação sistemática, implica, sempre, um ato de valoração. Ao perceber as conexões lógico-sistemática, percebe o intérprete, também, as conexões axiológicas que a estrutura revela. Toda interpretação conduz a uma objetividade axiológica. É necessário que o intérprete procure uma solução que, além de ser coerente com o sistema, seja, também, justa.

A interpretação sistemática já revela os primeiros passos para a consideração da finalidade.

A terceira etapa do processo é a interpretação teleológica. Todo o processo hermenêutico se funda sobre a "teleologia imanente ao sistema". É o processo hermenêutico que procura a *ratio legis*, sua finalidade, vivencia e atualiza as decisões de valor consagradas na lei, como ensina Pescatore. Com efeito, a pesquisa metodológica tem como ponto de partida a análise do texto, continua com a indagação sobre o sentido do texto no contexto do sistema e culmina com a descoberta dos valores que sustentam a ordenação sistemática. É o que explica o mesmo Pierre Pescatore.³⁴ No mesmo sentido de seqüência metodológica destinada ao conhecimento dos valores é a lição de Hans Heinrich Jescheck.³⁵

Toda interpretação, como dissemos, é fundada sobre a teleologia imanente ao sistema. As normas jurídicas consagram valores sociais. Realmente, a norma jurídica tem por objetivo disciplinar a conduta social para que os membros da comunidade possam, num clima de respeito mútuo, atingir seus próprios objetivos, ou seja, os fins existenciais a que se refere Johannes Messner.³⁶ A fonte axiológica do Direito é constituída pelos valores da pessoa humana. O *jus* e o *debitum* fundamentam-se, em última análise, no estatuto ontológico da pessoa humana. Logo, a norma jurídica não pode ser apreciada apenas no seu aspecto semântico e na sua formulação lógica. É imprescindível destacar o aspecto substancial, descobrir os esquemas de valor que a estrutura lógica exprime. Além da revelação da norma decorrente de seu aspecto lógico, é certo que a norma participa dos objetivos das instituições e do sistema a qual ela se insere.

É igualmente certo que o sistema contém, necessariamente, uma hierarquia de valores que as normas traduzem. A hierarquia lógica já implica na hierarquia axiológica. O sentido teleológico é imanente ao sistema, estando ínsito no próprio processo de conversão de uma norma a outra. Por isso, é a teleologia imanente ao sistema que proporciona subsídios necessários à sua correta interpretação. A essência do ato de interpretação do Direito, como esclarece Helmut

34. Pescatore, Pierre. *Obra cit.*, pp. 566 e ss.

35. Jescheck, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, trad. S. Mir Puig e F. Munhoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, p. 210.

36. Messner, Johannes. *Ética Social, Política e Económica a la luz del Derecho Natural*, trad. J. L. Barrios Sevilla, J. M. Rodríguez Paniagua y Juan E. Díez, Madrid, Rialp, pp. 39 e ss.

Coing, deve revelar, antes de mais nada, os valores em que se assenta a norma jurídica.³⁷

Do mesmo entender participa Reinhardt Maurach ao salientar "*que o instrumento decisivo na interpretação do direito deve radicar na finalidade do preceito jurídico penal no momento de sua aplicação*"³⁸ O jurista se refere ao Direito Penal mas é certo que o conceito emitido diz respeito à interpretação de toda e qualquer norma jurídica.

Idêntica lição é a de Edmund Mezger, *in verbis*: "*a interpretação, como averiguação de sentido é, em última instância, atividade valorada. Aqui o direito se apresenta como parte integrante da valoração humana e especialmente ética. Quando o direito, tratado num positivismo legal unilateral, perde esta conexão, se converte em algo inútil, em um brinquedo no poder de déspotas ambiciosos e desconsiderados. Toda interpretação deve ter consciência, portanto, de tal conexão*"³⁹

O sentido teleológico é o que aponta à *ratio legis*, aos princípios fundamentais que inspiram o sistema. Segundo Marcelino Rodríguez Molinero, estes princípios são de dois tipos: "*princípios ético-jurídicos que necessariamente devem fazer parte de toda ordem jurídica que pretende ser lógica e justa e princípios ético-jurídicos que disciplinam cada regulamentação jurídica concreta*"⁴⁰

Princípios ético-jurídicos são os princípios gerais do Direito. Estes, no nosso entender, são proposições genéricas, de ordem axiológica, provenientes das normas materiais de conteúdo objetivo do Direito Natural e, consagrados, em grande parte, implícita ou explicitamente, pelo Direito Positivo, os quais, adquirindo força cogente, passam a inspirar os institutos, os ramos e o próprio sistema. Na realidade, como relembra Esser, estes princípios estão incorporados nos Códigos, tendo força expansiva. "*Todo corpus iuris, diz o jurista, conta com uma riqueza de normas muito superior às textualmente formuladas*"⁴¹

37. Coing, Helmut. Obra cit., pp. 274 e ss.

38. Maurach, Reinhardt. *Tratado de Derecho Penal*, trad. Juan Corboda Roda, Barcelona, Ariel, 1962, v. 1, pp. 107 e ss.

39. Mezger, Edmund. *Derecho Penal, Parte General*, trad. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958, pp. 61-62.

40. Molinero, Marcelino Rodríguez. *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Salamanca, Librería Cerevantes, pp. 230-231.

41. Esser, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1961, pp. 171 e ss.

De suma importância é a questão relativa à natureza e identificação desses princípios.

No que se refere à sua natureza, participamos da concepção jusnaturalista dos princípios gerais. Del Vecchio assevera que a expressão "*princípios gerais do direito*" se refere aos princípios do Direito Natural.⁴² No mesmo sentido, ensina Alfred Verdross que o fundamento ontológico do Direito Natural consiste no "*desenvolvimento dos valores da pessoa humana, concebida como imagem de Deus*" No entanto, "*esse princípio fundamental de proteção e respeito à dignidade da pessoa humana pode ser atualizado de diferentes formas, segundo o grau de desenvolvimento da cultura dos homens*"⁴³

Assim sendo, os princípios que inspiram o ordenamento jurídico-positivo dizem respeito à Axiologia Jurídica. O critério de adoção dos princípios gerais do Direito assinala evidente referência aos valores que constituem o sustentáculo do Direito Positivo.

Muitos preceitos do Direito Natural se inserem no Direito Positivo. Isto ocorre quando o legislador explicitamente os consagra. Então, sem perder a sua própria categoria originária, tais princípios adquirem força cogente. Torna-se impossível mesmo a sistematização normativa sem o reconhecimento dos critérios estimativos do Direito Natural. Tais princípios passam a constituir o Direito Positivo, adquirindo valor normativo, como preconiza Josef Esser.⁴⁴

Tais princípios servem de base à compreensão da norma jurídica. Aliás, assinala Betti que tais critérios de valoração imanentes ao sistema se caracterizam por "*excedência de conteúdo axiológico*" e graças a esta expressão constituem diretrizes e instrumentos para a interpretação.

Como se pode identificar os princípios gerais? O método preconizado pelos juristas é o da indução amplificadora, que consiste em ascender, por indução, das disposições particulares da lei a proposições axiológicas mais amplas, até alcançar a base do sistema legal.

Trata-se, *in casu*, de uma indução completa que vai de uma enumeração suficiente de singulares ao universal. O método é, pois, diferente da analogia, que vai do particular ao particular semelhante.

42. Del Vecchio, Giorgio. *Lezione di Filosofia del Diritto*, 9ª ed., Milão, Giuffrè, 1953, p. 229.

43. Verdross, Alfred. *Obra cit.*, p. 372.

44. Esser, Josef. *Obra cit.*, pp. 171 e ss.

Del Vecchio ensina que a indução amplificadora é o método que possibilita aferir os princípios gerais dotados de força cogente. Por sua vez, Bobbio explica que os princípios gerais do Direito são extraídos das normas particulares, não podendo, por isso, mudar de natureza quando se ascende certos degraus. Das normas só se podem extrair normas. Logo, os princípios gerais têm caráter normativo.

5. Resolução do dilema norma-caso. Desenvolvimento do Direito: *intra-legem* e *supra-legem*.

A interpretação é a pesquisa, no contexto do ordenamento de cada instituição, do princípio axiológico que a anima, a fim de que esse mesmo princípio possibilite a compreensão do preceito aplicável à espécie ou indique a existência de normas incoerentes ou insuficientes à solução do caso. A interpretação engloba os métodos já estudados.

Mas, na hipótese de preceitos reveladores de situações de incoerência e insuficiência, são necessários métodos especiais para a resolução dos defeitos, a fim de que, ao depois, possa ser criada a norma individualizada a ser aplicada. São as operações relativas à correção das antinomias e suprimento das lacunas.

A interpretação também pode revelar uma dificuldade mais complicada: a que se refere à possível dissonância entre o texto expresso e as exigências de Justiça, hipótese em que o texto, se aplicado, conduziria a uma solução injusta.

Nestas condições, existem três problemas a serem resolvidos: o das antinomias normativas, o das lacunas e o da aplicação dos esquemas normativos que geram resultados incompatíveis com o Direito justo.

Karl Larenz diz que a solução destas dificuldades está no desenvolvimento do Direito, como "*continuação da interpretação*" e acrescenta que tal desenvolvimento se dá *intra-legem* ou *supra-legem*, isto é, segundo critérios imanentes à lei ou critérios superadores da lei, mas sempre "*intra jus*": a primeira hipótese para a correção do Direito e integração das lacunas e a segunda para a solução do problema de normas conflitantes com os ideais de Justiça.⁴⁵ Isto é

45. Larenz, Karl. *Metodologia de la Ciencia del Derecho*, trad. de Marcelino Rodriguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1980, parte 2, cap. V.

possível porque a vinculação do juiz não é somente à lei, mas "*à lei e ao Direito*". Ambos os desenvolvimentos estão legitimados.

Isto posto, cabe-nos a apreciação dos métodos de desenvolvimento *intra-legem* e *supra-legem*, os quais, segundo Karl Larenz constituem distintos graus do mesmo procedimento hermenêutico. Antes de compor a sentença, deve o juiz criar a própria norma que servirá de base à decisão. "*Quod legibus omissum est, non omittetur religione iudicatum*" (Papiniano).

O desenvolvimento *intra-legem* se destina, de início, à correção das antinomias.

Vejamos como devem ser eliminadas as antinomias. Realmente, o Direito não pode permitir o contraste entre seus preceitos. As antinomias devem ser resolvidas pelos procedimentos adequados. Carnelutti assevera que a "*incoerência implica a existência de uma norma a mais e, pois, uma exuberância normativa*" sendo a "*purgação normativa*" o processo adequado.⁴⁶

Ao contrário do que ocorre com relação às lacunas, cujos critérios de solução acham-se especificados no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, as antinomias devem ser resolvidas por processos lógicos que a doutrina esclarece.

As antinomias a que nos referimos são denominadas, com mais propriedade, antinomias aparentes ou solúveis. Quando as contradições não podem ser eliminadas, surgem as antinomias reais ou insolúveis. Neste caso, configura-se a lacuna de conflito, isto é, uma norma elimina a outra, de modo que o Direito permanece inacabado. As estipulações anulam-se reciprocamente. Deve-se apelar, nesta hipótese, ao suprimento das lacunas que estudaremos logo a seguir.

Duas operações são indicadas para o suprimento das antinomias: uma relativa à descoberta e outra relativa à sua eliminação.

O processo de descoberta corresponde à interpretação que deve ser realizada segundo as etapas já analisadas acima. A correção normativa evidencia o processo para a obtenção da norma a ser aplicada.

Segundo a doutrina, existem três critérios de solução: o critério cronológico, o hierárquico e o da especialidade. O critério cronológico permite resolver a contradição apresentada por duas normas sucessivas, situadas no mesmo plano da pirâmide kelseniana. Se duas normas incompatíveis se sucedem no tempo, é

46. Carnelutti, Francesco. *Teoria General del Derecho*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1941.

válida a norma posterior. O critério da hierarquia decorre da construção gradualística do sistema. A norma que se situa no patamar superior predetermina o conteúdo e a forma de produção da norma inferior. Logo, prevalece a norma superior. O critério da especialidade diz respeito à resolução da incompatibilidade entre uma norma geral e uma especial. Esta há de prevalecer já que estabelece tratamento diferenciado para determinadas situações jurídicas, constituindo exceção à norma geral.

Diz Alberto Trabucchi que "*o direito comum contém normas ditadas em geral para todas as relações de um determinado tipo, enquanto que o especial forma um conjunto próprio e característico, o qual visa satisfazer particulares exigências de vida e se refere a matérias, a circunstâncias bem determinadas ou a pessoas que exercem funções ou atividades típicas*".⁴⁷ Devendo-se atender ao tratamento diferenciado, a norma especial é a que prevalece.

Tais critérios, como observa Gavazzi, não são completos. Além disso, nem sempre são coerentes.⁴⁸ Contudo, permitem resolver grande parte das antinomias aparentes. Se inexistir possibilidade de remoção do conflito, ocorre a antinomia real. A solução desse impasse deve ser encontrada no afastamento de ambas e na aplicação dos procedimentos que suprem as lacunas.

O desenvolvimento *intra-legem* também possibilita o suprimento das lacunas.

Vejamos o que vem a ser uma lacuna. Para a elaboração das normas jurídicas, o legislador parte da adoção de certo esquema de valores.

Algumas vezes deixa de prever situações que esse esquema estava a exigir, necessariamente. A falha, portanto, não é de ordem axiológica, mas decorre da própria construção. Aí está a lacuna.

Mas, não se pode falar em lacuna quando o legislador não-insere, no ordenamento jurídico, a norma justa. Lacuna não é, portanto, a carência de norma justa.

Lacuna é fenômeno que decorre da construção legislativa que, tendo em vista determinados valores de convivência e dispondo de certos meios (os processos de tipificação) não-consegue atingir situações que deveriam ser reguladas em decorrência do próprio plano adotado. Os valores consagrados, imanentes à construção, demandavam respostas a certas questões, mas estas não foram

47. Trabucchi, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*, 26ª ed., Pádua, Cedam, 1983, pp. 35-36.

48. Gavazzi, Giacomo. *Elementi di Teoria di Diritto*, Turim, Giappichelli, 1970.

enfrentadas pelos preceitos normativos. O legislador deixou de inferir todas as conseqüências que a natureza lógica da construção reclamava, apresentando-se esta, assim, inacabada.

Lacuna é, na exata conceituação de Pierre Pescatore, "*a omissão da lei na resolução de uma questão que devia, necessariamente, ser resolvida*"⁴⁹ A complementação faltante é a que provém da exigência da "*teleologia imanente ao sistema*" como se expressa Claus Wilhelm Canaris.⁵⁰

Entendemos por lacuna a carência de preceito normativo que, em decorrência dos princípios axiológicos consagrados pela ordenação sistemática, deveria, de forma expressa e necessária, a esta pertencer.

Isto posto, indagamos: quais são os procedimentos que devem ser adotados para o preenchimento da situação de insuficiência? Como se opera o desenvolvimento do Direito *intra-legem*?

A solução preconizada pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil aponta três métodos: o da *analogia*, o do *recurso aos costumes* e o da *aplicação dos princípios gerais do Direito*. A doutrina acrescenta mais um: o da *equidade*. Mas, a equidade não é um recurso especial para certos casos. Ela é a Justiça do caso concreto, necessária à aplicação prudente de toda e qualquer norma jurídica, segundo lição de Recasens Siches.⁵¹ A *epiqueya*, segundo Aristóteles, é uma singular espécie de Justiça, porque torna possível a acomodação da lei às exigências dos casos concretos. É a régua da Lesbos que se adaptava à sinuosidade dos corpos que deviam ser medidos. A "*jurisprudência da equidade*" é exigência decorrente da própria problemática do "*Direito de normas*", segundo Heinrich Henkel.⁵² Se a equidade é um princípio diretivo para correção da generalidade das normas, *a fortiori* deve ser um critério para corrigir as situações de insuficiência.

49. Pescatore, Pierre. Obra cit., pp. 299-300.

50. Canaris, Claus Wilhelm. De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en Droit Allemand, in *Le Problème des Lacunes*, Bruxelas, 1968, p. 1.162.

51. Recasens Siches, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*, 2ª ed., México, Porrúa, 1972, pp. 239-246.

52. Henkel, Heinrich. Obra cit., p. 539.

A analogia é o primeiro critério para o preenchimento das lacunas. Segundo Hans Nawiasky, consiste a analogia na "*aplicação de uma norma a um suposto similar ao que ela contempla, em virtude de igualdade de fundamento*"⁵³

Existem dois casos semelhantes: o *previsto* e o *não-previsto*. O primeiro se resolve pela simples subsunção normativa; o segundo, por via oblíqua, porque contém relevantes elementos de semelhança aos da descrição normativa do caso previsto. Justifica-se, assim, a aplicação da mesma norma, porque os dois casos visam à realização de idênticos valores.

O método teleológico, já estudado, é uma etapa preliminar. É ele que revela serem os fins visados pela norma do caso previsto idênticos aos que decorrem da análise do caso não-previsto. É ele que indica a necessidade de se recorrer à integração normativa para a solução justa da espécie.

Por isso, o juiz deve construir a norma nova, contendo esta as condições de aplicação do caso não-previsto e o dispositivo do caso previsto, sempre vinculado a valores imanentes e latentes do ordenamento jurídico, segundo expressão de Betti.

O emprego da analogia depende dos seguintes elementos: a. uma semelhança, de caráter relevante, entre os elementos das duas situações, a prevista e a não-prevista; b. identidade de fundamento axiológico relativo à hipótese em estudo; c. transposição, por procedimentos lógicos adequados, do dispositivo referente à hipótese prevista para a não-prevista.

Delimitado o conceito, duas considerações se impõem: uma de ordem lógica; outra, de ordem epistemológica. A primeira diz respeito aos argumentos analógicos; a segunda, sobre a validade ou eficácia jurídica desses mesmos argumentos.

O argumento que convém à analogia é conhecido por "*raciocínio por semelhança ou exemplo*" Jacques Maritain ensina que a analogia é uma "*indução parcial e imperfeita, na qual o espírito passa de um ou alguns fatos singulares (ou de uma enumeração parcial) não a uma conclusão universal, mas a outra enumeração singular ou particular, que ele infere em virtude de uma semelhança*". Diz mais que se trata de "*um esboço de indução que fica a meio caminho*"⁵⁴

53. Nawiasky, Hans. *Teoria General del Derecho*, trad. Jose Zafra Valverde, Madrid, Rialp, 1962, p. 204.

54. Maritain, Jacques. *Obra cit.*, pp.308-311.

Os argumentos analógicos são três: a argumentação *a pari, per analogiam*, (ou *a simili*), e argumentação *a fortiori*, (incluindo-se nesta a argumentação *a maiori ad minus, a minore ad maius*) e a *contrario*.

Diz o professor Goffredo Telles Júnior que a argumentação *a pari* é "aquela em que a conclusão aceita uma asserção, pela mesma razão que a asserção anterior é aceita no antecedente"; a argumentação *a fortiori* é "aquela em que a conclusão aceita uma asserção, com mais razão do que a que a justificou a asserção semelhante no antecedente"; a argumentação *a contrario* é "aquela em que a conclusão aceita uma asserção por razão contrária à que justificou, no antecedente, a aceitação da asserção contrária"⁵⁵ O argumento *a fortiori*, já definido, se apresenta sob dupla forma: *a minori ad maius* e *a maiori ad minus*. Consiste o primeiro, segundo Kalinowski, em "inferir uma proibição mais importante a partir de uma proibição considerada menos importante"; consiste o segundo, "em se inferir de uma autorização de maior grau uma de menor grau, implicitamente contida na primeira"⁵⁶

Tais raciocínios conduzem, como deixou claro o conceito de Jacques Maritain, a uma indução imperfeita. Denotam, por isso, conseqüências prováveis. Assim sendo, sob o ponto de vista jurídico, em que deve preponderar o valor do resultado (o justo concreto), o raciocínio só pode ser aceito se atender aos princípios axiológicos que ditaram as instituições. Deve ser julgado à luz da prudência, como adverte Kalinowski.

Portanto, as considerações de ordem epistemológicas (gnoseologia da certeza) evidenciam que os mesmos raciocínios devem ser usados com as necessárias cautelas. Aqui intervém a prudência jurídica.

É o que demonstra Karl Engisch. Valendo-se de exemplo do Direito Romano, diz o jurista que tais raciocínios, embora sejam corretos sob o ponto de vista lógico, não podem ser, desde logo, usados para fins hermenêuticos. É preciso verificar, de antemão, se os mesmos conduzirão a um resultado justo. O exemplo é o que se segue. A Lei das Doze Tábuas diz que "*o proprietário de um animal quadrúpede responde pelos prejuízos que o animal venha a causar*" Se estes prejuízos forem causados por um bípede, qual é a responsabilidade do proprietário?

55. Telles Jr., Goffredo. *Tratado da Conseqüência*, 2ª ed., São Paulo, Busatsky, 1962, p. 306-308.

56. Kalinowski, Georges. *Introducción a la Logica Jurídica*, trad. Juan Causabon, Buenos Aires, Eudeba, 1973, pp. 170-176.

O argumento *a simili* indica que o bípede tem certas semelhanças com o quadrúpede, sendo ambos perigosos e capazes de causar prejuízos. O argumento a contrário demonstra que o preceito válido para o quadrúpede não pode valer outros animais de características diferentes, excluídos, expressamente da disciplina normativa. Considerações de ordem axiológica levaram à admissão, no Direito Romano, do primeiro argumento, porque só este atende à finalidade imanente à instituição da responsabilidade civil.⁵⁷

A argumentação por analogia conduz a uma demonstração apenas provável. Tal situação exige algumas considerações de ordem epistemológica. A indução, parcial e imperfeita, acima definida, não-conduz à certeza do silogismo porque versa sobre o provável. A conseqüência do raciocínio não-consiste num conhecimento certo, mas, apenas, uma opinião. As proposições prováveis apóiam-se em razões apenas convincentes, não-excluindo, porém, outras, de certo peso.

Nesta ordem de idéias, forçoso é convir que o raciocínio por analogia só pode ser empregado após juízos prudenciais. É necessário atentar à sua eficácia jurídica, em cada caso, verificando-se o valor do resultado a que pode conduzir. A correção material da decisão é a que deve prevalecer. Por isso, Georges Kalinowski salienta que a interpretação está sujeita a regras lógicas e extralógicas: as primeiras dizem respeito aos argumentos analógicos já estudados; a segunda, às indicações que emanam da prudência judicial. Constitui objeto da interpretação extrair o sentido de valor que anima as normas jurídicas.

Para concluir, convém lembrar que a analogia propriamente dita é a analogia *legis*. Este é o processo acima estudado. A analogia *juris* se confunde com os princípios gerais do Direito. No raciocínio por analogia (*legis*), a ampliação contida na norma para o caso não-previsto é limitada e particular. Não se pode ascender a uma proposição universal pela analogia. A analogia *juris* leva a um princípio genérico, por ser extraída de um complexo mais amplo, isto é, do sistema. Atinge os princípios gerais do Direito. É o pensamento de Del Vecchio, que adotamos

A analogia *juris* não é o meio hábil para caracterizar o procedimento de integração normativa em foco. Diz respeito a outro procedimento (o dos princípios gerais do Direito) que tem pressupostos diversos.

57. Engisch, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. J. Baptista Machado, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 6ª ed., 1988, pp. 291 e ss.

O costume vem a ser o segundo critério legalmente indicado para o suprimento das lacunas. Trata-se de uma forma de expressão dos preceitos normativos. Alexandre Correia e Gaetano Sciascia assim o definem: "*observância geral, constante e uniforme de uma regra de conduta por parte dos membros da comunidade social, convencidos de sua correspondência a uma necessidade jurídica*"⁵⁸ Como se verifica do preceito, são elementos necessários à sua configuração: um, de ordem material, elemento objetivo, externo (o *corpus*); e outro, de ordem psicológica, elemento subjetivo, interno (o *animus*). O *corpus* é constituído da repetição do comportamento de forma uniforme e prolongada; o *animus* corresponde à convicção de que a norma costumeira atende a uma necessidade de ordem jurídica.

Ao lado do *jus scriptum*, figura o *jus non-scriptum*, mas não de existir entre eles contraposição. Não pode haver concorrência entre a lei e o costume, porque o sistema é uno. Uma coisa é a formação do costume, que independe da lei; outra, sua plena eficácia, que depende da convalidação legal. O poder do costume depende da coincidência entre a sua *ratio juris* e a da ordem legal, como assinala Betti. A eficácia das normas costumeiras está condicionada à realização dos propósitos que decorrem da teleologia imanente ao sistema.

Pode-se divisar, a respeito, três espécies de costume: o costume *secundum legem*, interpretativo da lei; o costume *praeter legem*, integrativo da lei; e o costume *contra legem*, revogatório da lei. Este último por destoar da teleologia do sistema não pode prevalecer.

Para fins de integração normativa, só nos interessa o costume *praeter legem*. A Lei de Introdução, por reenvio expresso, possibilita essa aplicação.

Quais são as condições necessárias para sua aplicação? A norma consuetudinária deve ser submetida à interpretação, bem como a uma pesquisa complementar, relativa ao confronto da prescrição costumeira com os critérios teleológicos objetivos da ordem jurídica.

Para que a norma costumeira possa ser aplicada, é necessária a pesquisa preliminar sobre sua existência, abrangendo esta a tipicidade social e o sentido de valor que esta traduz, bem como uma pesquisa adicional desses dados à luz da teleologia imanente ao sistema. Em primeiro lugar, impõe-se a análise da

58. Correia, Alexandre e Sciascia, Gaetano. *Manual de Direito Romano*, São Paulo, Saraiva, 1961, v. 1, pp. 22-23.

prova da observância, geral, prolongada e uniforme de determinados comportamentos; em segundo lugar, a pesquisa da *ratio juris* que essa tipicidade traduz em confronto com os valores do ordenamento jurídico. É o que ensina Emilio Betti.⁵⁹

Trata-se, *in casu*, de interpretação especial que se baseia em prova concreta da existência da norma mais a análise de sua compatibilidade com o estilo valorativo do sistema legal.

O costume *praeter legem*, assim, formulado, se destina a remediar a insuficiência do sistema normativo. Podemos defini-lo da seguinte forma: regra de conduta, supletiva das lacunas e integradora do sistema legal, derivada do uso prolongado, geral e uniforme, revestido da convicção, pela consciência comum do povo, de sua obrigatoriedade, regra cuja aplicação depende de prova das condições de sua existência e da compatibilidade com os princípios axiológicos imanes da referida ordenação, judicialmente verificados.

Os princípios gerais do Direito constituem outro método de integração das lacunas do sistema. A pesquisa desses princípios, para fins de integração normativa, está indicada expressamente no art. 4º da Lei de Introdução. Contudo, é certo que toda e qualquer tarefa interpretativa exige, necessariamente, o recurso e a invocação de um princípio geral. A interpretação é a pesquisa, no contexto sistemático de cada instituição, do princípio axiológico que a preside. Os princípios gerais do Direito se encontram subjacentes aos preceitos legais, reaparecendo por ocasião da interpretação.

O juiz, para realizar a integração, recorre a tais princípios, desde que sejam insatisfatórios os métodos anteriores.

Mas, o critério de gradação (analogia, costumes e princípios gerais do Direito) não é estritamente lógico. Todo e qualquer método conduz, invariavelmente, aos princípios gerais. Com efeito, aplicado a analogia, o juiz está, necessariamente, acolhendo um princípio geral. Por sua vez, reconhecendo o costume, o juiz está inserindo no sistema norma que se harmoniza com os esquemas valorativos legalmente consagrados.

Por fim fala-se na equidade como processo integrativo das lacunas. A equidade é, por natureza, o meio normal de integração do sistema normativo, o qual,

59. Betti, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*, trad. de Jose Luis de los Mozos, Ed. Rev. de Derecho Privado, pp. 31 e ss.

por sua tendência ao justo, não pode autorizar a permanência de omissões infringentes de seus objetivos éticos. Se o sistema legal é, por natureza, lacunoso, como assevera Maggiore, segue-se que ele deva ser completado e integrado por obra do juiz, a quem cabe intervir para o resguardo dos princípios estruturais das diversas instituições. Nesta hipótese, cabe ao juiz criar a norma supletória, de acordo com os princípios do Direito Natural que informam o sistema legal. Este, como já demonstramos, se baseia em valores de convivência. Tais valores possibilitam suprir as omissões de forma equitativa, quando falham os critérios anteriores.

A equidade, embora alinhada entre os processos de integração normativa desempenha, na verdade, função muito mais ampla. Não é um recurso extraordinário, e sim a maneira normal, correta e necessária de toda e qualquer interpretação judicial.

Vejam, agora, o desenvolvimento *supra-legem*, ou *praeterlegem*, destinado a superar as dissonâncias existentes entre a norma considerada injusta relativamente ao caso *sub judice*. Convém lembrar que esse processo é, sempre, *intra-jus*, porque se encontra vinculado à teleologia imanente do sistema. Segundo a lição de Karl Larenz, trata-se de um desenvolvimento "em consonância com os princípios gerais da ordem jurídica e com a dos valores constitucionais" O desenvolvimento *supra-legem* supera o marco da regulamentação legal, mas ele ocorre *intra-jus*, isto é, de acordo com a teleologia imanente ao sistema.⁶⁰

O método é viável porque a ordem jurídica tem amplitude maior do que a da lei. Contudo, certos pressupostos devem ser rigorosamente observados. Em primeiro lugar, o intérprete deve se guiar pelos "*princípios e valores que inspiram e sustentam a ordem jurídica*" Em segundo lugar, deve-se manter nos "*limites impostos pela ordem de valores fixada na Constituição*" É o que assinala Marcelino Rodriguez Molinero.⁶¹

Quando a norma particular existe, mas sua aplicação conduz a um resultado injusto, o preceito deve ser afastado. Diz Recasens Siches que, no caso, o juiz deve optar pelos princípios gerais do Direito e resolver o impasse de acordo com os critérios valorativos que inspiram o sistema. Na hipótese, cabe a pesquisa, por indução amplificadora, dos princípios gerais do Direito que são imanentes à estrutura normativa e que compõem a teologia do sistema.

60. Larenz, Karl. Obra cit., parte 2, cap. V.

61. Molinero, Marcelino Rodriguez. Obra cit., pp. 230 e ss.

Assim, são estes, em geral, os processos que são empregados para a resolução de todas as hipóteses de interpretação e de desenvolvimento *intra-legem* e *supra-legem*.

A observação atenta de todas as etapas dos procedimentos estudados revela que os mesmos possibilitam o adequado manejo dos esquemas legais para a solução equitativa dos casos concretos. É que, em todas essas situações, o juiz completa a obra do legislador, emergindo, assim, o Direito judicial de estimação.

A decisão judicial é um ato de compreensão e de vivência da decisão moral tomada pelo legislador, como adverte Helmut Coing.⁶² Compete ao juiz construir, mediante as valorações do sistema, as normas individualizadas das sentenças, respeitando, de um lado, a teleologia imanente do sistema e, levando em conta, por outro, os traços da situação convivencial.

A resolução da antinomia está na aplicação prudencial do Direito, como único meio para a obtenção da sentença justa. Só a prudência permite extrair da norma abstrata e genérica do ordenamento jurídico, a solução justa e adequada à singularidade do caso.

A seguinte lição de Jacques Maritain, relativamente ao ato moral, tem idêntica ressonância com referência à aplicação dos esquemas normativos: "*il ne faut pas oublier que la norme universelle, dans tout acte vraiment moral a à être rendue individuelle par le mouvement d'interiorisation prudentielle que l'intègre a la poursuite singulière des fins personnelles du sujet*" (*Neuf Leçons sur les Premières Principes de la Philosophie Morale*, p. 142).

6. Aplicação prudencial do Direito. Dimensão criadora da prudência. O silogismo prudencial. Prudência e "direito de situação"

Entretanto que a aplicação do Direito exige sempre uma construção prudencial. Segundo Helmut Coing, a aplicação do Direito deve levar em conta as valorações subjacentes à ordem jurídica e o julgamento do caso deve atentar às características essenciais da situação.⁶³ De fato, todos os procedimentos hermenêuticos estudados ao longo do presente trabalho evidenciaram que o intérprete deve transpor os objetivos éticos contidos no sistema normativo para o

62. Coing, Helmut. Obra cit., pp. 251 e ss.

63. Coing, Helmut. Obra cit., pp. 253 e ss.

caso concreto. A resolução dos problemas específicos também demonstrou que, em todo ato interpretativo, existe uma tomada de posição axiológica, na passagem do genérico ao específico.

Esta passagem seria uma aporia se não interviesse a equidade. A *epiqueya*, segundo rigorosa conceituação de Johannes Schuster, incluída no *Dicionário de Filosofia*, de Walter Brugger, é a "*justiça superior, acima do preceito genérico em virtude do qual é lícito ao homem agir contra a letra de uma norma jurídica obrigatória pelo rigor inadequado da mesma num caso concreto, sendo, apesar disso, sua ação conforme à mente do legislador*".⁶⁴

O juiz é o órgão criador do Direito porque, em última análise, é ele quem realiza a equidade. Não a equidade como corretivo da lei. Mas a equidade que está presente em toda e qualquer problemática hermenêutica. Solução justa é a solução adequada do caso, conveniente às suas condições e apropriada às circunstâncias.

Solução justa é, nesta ordem de considerações, a solução iluminada pela prudência. Conseqüentemente, a prudência tem dimensão criadora. É dela que decorre o Direito justo e equitativo.

A virtude operativa da prudência dirige a ação no domínio prático. Sendo o Direito ordenado à realidade concreta, ele permanece imperfeito em sua ordem, enquanto não-determinar a conduta convivencial concreta. Possui universalidade, enquanto se refere à descrição tipológica dos direitos subjetivos e dos deveres jurídicos. Mas, em última análise, dirige-se ao singular.

É a prudência que possibilita a união do conhecimento dos princípios gerais aos dos casos concretos do agir humano. Ela se funda no entendimento e o habilita a formar o juízo do que, em cada caso, exige o Direito normativo. É a regra de razão na conduta da vida, permitindo uma ligação entre as exigências éticas e a situação. É o meio para a realização do bem e do justo numa situação de existência.

Segundo Aristóteles, a prudência é a *recta ratio agibilium*. É a virtude que dispõe a inteligência a discernir o que deve ser feito e o que deve ser evitado na conduta da vida. É uma virtude do intelecto prático. Conduz a realizar determinadas ações que servem de meios adequados para alcançar determinados fins. A prudência se manifesta através do conhecimento, da valoração e da decisão. Nas duas primeiras

64. Schuster, Johannes. *Verbetes epiqueya*. *Dicionário de Filosofia Walter Brugger*, Herder, 1972, pp. 181-182.

se encontra o momento cognoscitivo; na segunda, o momento diretivo. É a lição de Joseph Pieper.⁶⁵

No caso da prudência jurídica, esta virtude possibilita a determinação do justo concreto, possibilitando ao juiz arquitetar e compor uma decisão coerente e dependente do sistema, sem menosprezo dos traços essenciais de que cada situação confidencial se reveste.

Tendo em vista as considerações acima referidas, algumas correntes doutrinárias têm repellido a forma estrutural silogística da sentença. Dizem que a operação judicial não pode ser reduzida a uma operação lógica, limitando-se o juiz a um simples ato de conhecimento.

Assim não-pensamos. Em primeiro lugar, o silogismo é uma forma normal do conhecimento humano e também se apresenta no conhecimento prático. Em segundo lugar, a Lógica se preocupa com o raciocínio correto, isto é, aquele que atende às regras da inferência. A preocupação relativa ao raciocínio verdadeiro, no caso, justo, é de outra ordem. A Lógica opera a partir da colocação das premissas. Ela se preocupa em saber se a conclusão pode ser necessariamente extraída das premissas. A ciência do pensamento correto é a Lógica Material.

Nada impede que o raciocínio jurídico justo, isto é, o que conduz a uma decisão equitativa, se manifeste estruturalmente de acordo com as regras de inferência da Lógica Formal.

Nesse mesmo sentido é a lição de Eduardo Garcia Maynez, *in verbis*: "*o problema lógico relativo à forma ou estrutura dos raciocínios que possibilitam a aplicação de normas abstratas aos casos concretos da experiência jurídica é completamente diverso do que consiste na formulação das premissas desses raciocínios*" E conclui: "*analisar a estrutura de um raciocínio é questão lógica; escolher corretamente as premissas em que descansam as inferências de um julgamento de um juiz ou um advogado é, ao contrário, questão jurídica, de caráter primordial*"⁶⁶

A aplicação do Direito, portanto, se manifesta de forma silogística. Cabe ao juiz formular o silogismo prudencial. O problema está na escolha certa das premissas, porque estas dependem de duas coisas: do estabelecimento do fato e da

65. Pieper, Joseph. *Virtudes Fundamentais*, trad. Marino e Silva e Beckert da Assunção, Lisboa, Aster, pp. 19 e ss.

66. Garcia Maynez, Eduardo. *Filosofia del Derecho*, 3ª ed., México, p. 198.

eleição da norma a ser aplicada. O raciocínio depende de regras lógicas, ditadas pela Lógica Formal e regras extralógicas, ditadas pela prudência. É a lição de Kalinowski.⁶⁷

Em suma: a aplicação prudencial do Direito é compatível com a sua formulação silogística. Como diz Jacques Maritain: "*a Lógica Formal ensina as regras para que o raciocínio seja bem construído, abstração feita do conteúdo dessas mesmas proposições*"⁶⁸

O raciocínio jurídico de ser formalmente bem construído e materialmente justo.

A aplicação prudencial do Direito revela ser inaceitável o "*Direito de situação*" ou o "*Direito alternativo*". Na verdade, o juiz se defronta com a lei, que prevê situações típicas, ou com a jurisprudência que apresenta soluções para casos similares, mas, nem sempre aquelas e estes coincidem com as situações conflituais específicas do julgamento. Muitas vezes, nem a lei nem a casuística trazem a adequada solução para a situação conflitual que, em sua individuação e contingência, não-coincidem, *in totum*, com a descrição legal ou a casuística.

Mas, não é possível apelar ao Direito de situação. Jean Dabin mostra ser impossível o existencialismo jurídico posto nestes termos. A própria noção de Direito Positivo exige a norma genérica, destacada dos fatos contingentes. A norma preestabelecida é necessária pela própria natureza do Direito. Se não fosse assim onde estaria a imperatividade? E mais: onde ficaria o caráter prospectivo da norma?

Além disso, a vinculação jurídica que se apresenta no caso *sub judice* reproduz as notas da bilateralidade e atributividade inerentes à conceituação normativa. Duas são as condutas que se interferem. Em qual delas estaria a "situação" a ser considerada? Impossível disjuntar o caso de sua solução normativa. O caso é sempre especial. Rigorosamente falando, inexistente o precedente. Mas, o juiz tem que aplicar o preceito genérico. É para aplicá-lo e não para dispensá-lo que o juiz necessita da virtude da prudência. Não existe o preceito singular para o caso singular, mas o preceito universal para o caso singular. Só a prudência permite considerar o preceito genérico e a peculiaridade da conduta do membro da comunidade engajado numa situação de juridicidade ou de antijuridicidade, de valor ou de desvalor.

67. Kalinowski, Georges. Obra cit., pp. 170 e ss.

68. Maritain, Jacques. Obra cit., pp. 26-27

7. Conclusões.

Tendo em vista as considerações expendidas ao longo do presente trabalho, podemos retrair, em alguns enunciados, as nossas conclusões:

1. A norma jurídica é, por natureza bilateral, atributiva. Estabelece entre os membros da comunidade uma relação de reciprocidade entre os direitos subjetivos e deveres jurídicos que lhes são prospectivamente atribuídos. Deve o intérprete pesquisar o sentido axiológico que anima o preceito normativo, revelando o *suum* de cada um dos participantes da relação intersubjetiva.

2. Contudo, as normas jurídicas estão contidas na ordem sistemática do ordenamento jurídico e se apresentam escalonadas em planos, de modo que a norma superior predetermina o conteúdo da norma inferior.

3. A interpretação vem a ser a operação que acompanha a passagem de um a outro degrau. Isto decorre das conexões lógicas e axiológicas decorrentes do sistema. A interpretação é um ato de conhecimento, de vontade e de criação normativa: de conhecimento, porque o intérprete exerce sua capacidade cognoscitiva para desvendar o texto da lei; de vontade, porque referida descoberta, revelando um marco de possibilidades, possibilita ao intérprete a escolha de uma delas para a solução do caso concreto; e de criação normativa, porque o intérprete, ao escolher uma solução, cria uma norma nova, individualizada, para a espécie. É o pensamento de Kelsen.

4. Falta, porém, a esta enumeração o essencial, a saber, o ato de valoração que propiciou a aplicação da norma superior e a criação da norma inferior. O ato de valoração se verifica em todas as etapas da aplicação do Direito. O intérprete, de início, conhece esquemas normativos que traduzem valores, isto é, ele descobre a "*teleologia imanente ao sistema*"; em seguida, escolhe uma das possibilidades, agindo através de juízos de valor, porque a escolha resulta da compreensão de um sentido de valor imanente à conduta e legalmente previsto; e, finalmente, ao criar a norma individualizada, atualiza e traduz, para o caso concreto, as valorações imanentes ao sistema.

5. O intérprete assume sempre posição axiológica. A interpretação é, assim, um ato de conhecimento, um ato de vontade e um ato de criação normativa, em que sobressai, em todas as etapas, a valoração. É o que preconiza a "jurisprudência dos valores"

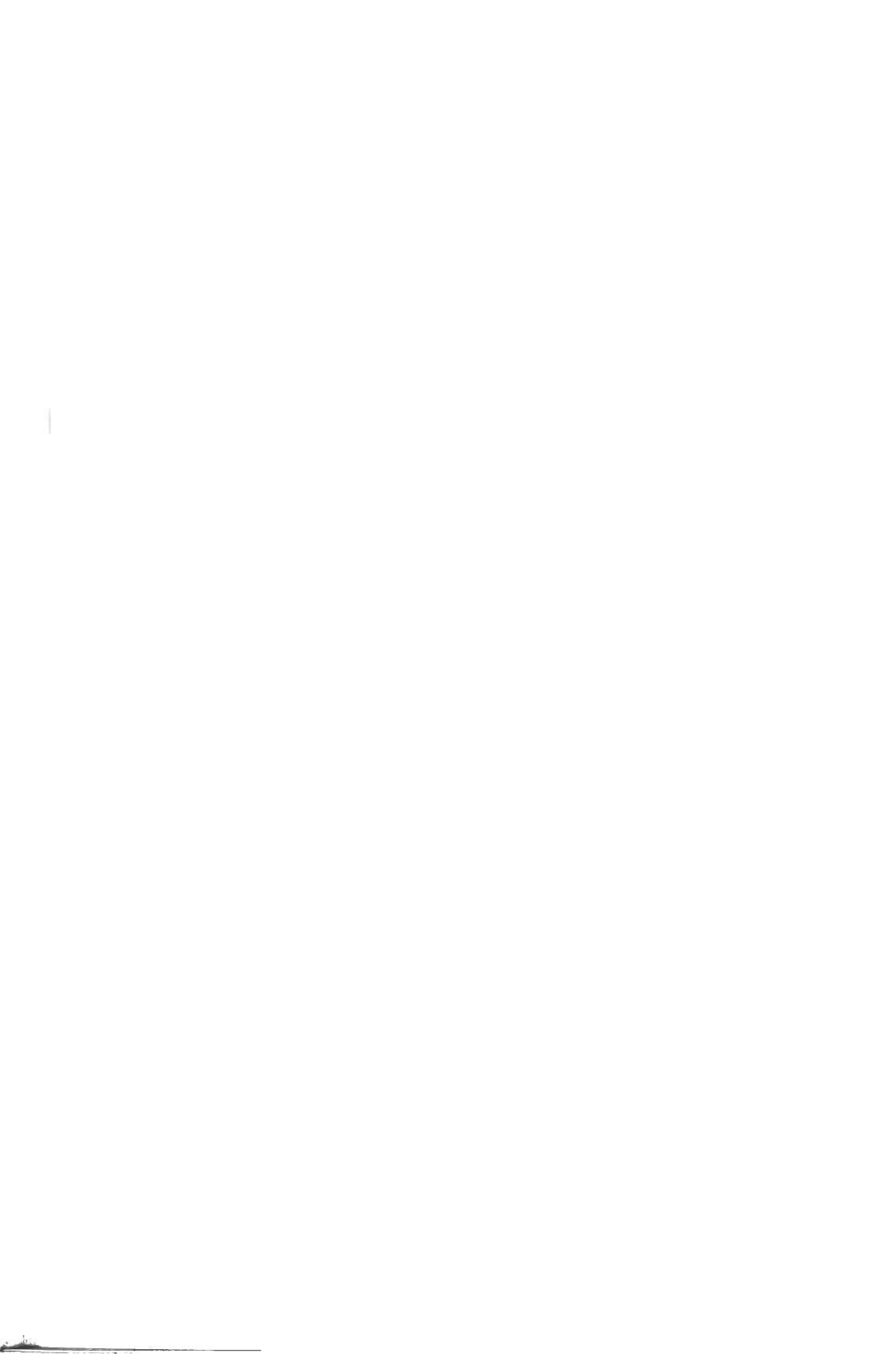
6. A via para a resolução da antinomia entre a norma e o caso está na construção prudencial da sentença. A tarefa do juiz se exerce no plano do concreto, nascendo sua decisão de uma luz normativa.

7. A prudência tem assento no entendimento e capacita o juiz a formar um juízo a respeito do que, em cada caso, exige a conduta humana em sociedade. A ordem jurídica, erigida segundo configuração típica, prescreve o dever e atribui o Direito para a generalidade dos casos. A prudência permite ao juiz traduzir as exigências axiológicas, contidas nos mandamentos legais, para os casos específicos.

8. A resultante desse processo de construção prudencial é a equidade, ou Justiça do caso concreto. Decisão equitativa é a que, na aplicação dos esquemas normativos aos casos concretos, na correção das antinomias e na integração das lacunas, considera as notas distintivas das situações conflituais, decorrente da "*natureza da coisa*". que foram desprezadas no processo de tipificação normativa.

9. O ciclo vital do Direito é, como vimos, um contínuo processo de interpretação e desenvolvimento *intra-legem* e *supra-legem*, que se realiza pelo juízo prudencial. Através deste, splende o Direito justo.

São Paulo, setembro de 1998.



DIREITO E JUSTIÇA EM SÃO TOMÁS DE AQUINO

Eduardo Carlos Bianca Bittar

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

Resumo:

O autor aborda as principais contribuições que se podem lançar sobre a obra tomasiana, abordando a ética e o Bem no homem racional, o Direito e a Justiça natural, passando pelas suas variantes com término entre o injusto e os vícios da própria Justiça.

Abstract:

The author approaches about the most important contributions of Saint Thomas' work, and yet the ethics, the Good in the rational man, the Law and natural Justice, going through her variants, finishing on the unfair and vices of the own Justice.

Unitermos: Justiça natural, definição da lei, regime das leis.

Sumário:

1. Razão especulativa, razão prática e sindérese; 2. A ética e o Bem no homem racional; 3. Justiça natural e Direito; 4. A Justiça e suas variantes; 5. Finalidade e funções da lei; 6. A definição da lei e seus elementos; 7. Relatividade e contingência da lei; 8. O regime das leis; 9. O injusto e os vícios da Justiça; 10. Aplicações práticas do conceito de Justiça; 11. Bibliografia.

1. Razão especulativa, razão prática e sindérese

Para que possamos apreender com precisão o conceito de Justiça (*iustitia*) e a sua aplicação entre os homens, excluindo-se, portanto, do âmbito de interesse desta pesquisa qualquer remissão mais aprofundada a discussões sobre a Justiça metafísica, como o é a discussão sobre a Justiça dos atos de Deus (*Dicendum quod necesse est quod in quolibet opere Dei misericordia et veritas inveniantur* –

Sum. Theol., quaest. XXI, art. IV), no contexto da *philosophia perennis* aquiniana, necessário se faz analisarmos a faculdade que distingue o homem dos demais seres: a razão (*ratio*).

O homem é composto de corpo e alma, sendo o primeiro a matéria precívél que colabora para o aperfeiçoamento da alma, criada por Deus. A alma é incorruptível, imaterial e imortal e relaciona-se com o corpo da seguinte forma: "*a alma está para o corpo assim como o ato está para a potência*" A alma constitui-se num princípio vital que distingue os seres conforme o grau evolutivo, assim:

- a. a *alma vegetativa* compõe os vegetais, que simplesmente executam as atividades das quais desconhecem a forma e o fim; são essencialmente materiais;
- b. a *alma sensitiva* compõe os animais, seres irracionais, que, dotados de sensibilidade, executam e apreendem a forma do agir;
- c. a *alma intelectual* é inerente aos animais racionais, capazes de executar, apreender a forma e o fim de suas ações; essa alma é de essência puramente espiritual.

Assim, enquanto o mais perfeito dentre os seres materiais, o homem, acumula as três faculdades a saber, *a vegetativa, a sensitiva e a intelectual* -, sendo que a última o particulariza e torna-o capaz de conhecer o fim de suas ações, os demais seres da *scala naturae* se limitam, no máximo, a reunir em sua estrutura intrínseca duas destas potências, como é o caso dos animais. As formas angélicas, por sua vez, estão destituídas de corporeidade, pairando independentemente do grilhão corporal, o que as afasta da área de interesse deste estudo.

Se a razão foi localizada, pode-se dizer, com São Tomás de Aquino, depurando-se este conhecimento, que a inteligência é "*a faculdade espiritual capaz de ultrapassar os dados sensíveis e de penetrar na essência das coisas* capaz de ler no interior dos seres"

Desta forma, seguindo o princípio do conhecimento descrito na definição escolástica de que *nihil est in intellectu quod non prius in sensu*, verificamos que se faz necessária a faculdade sensitiva para que haja o conhecimento e a apreensão do sentido da realidade. Parte-se do material para que se alcance o abstrato, do particular para que se alcance o geral. O método do conhecimento aqui referido radica-se nos principais postulados da filosofia aristotélica (*De anima; Parva Naturalia; Analytica Posteriora*), essencialmente empírica e sensitiva.

Também, pode-se dizer que o homem tem o princípio de seus movimentos em si mesmo, mas, diferentemente dos animais, consegue discernir os

fins aos quais almeja. Daí, falar-se na participação conjunta da vontade com a inteligência, de maneira que a causa final (inteligente) move a causa eficiente (vontade) e vice-versa. Deus lançou no homem, como motor universal que é (Motor Imóvel), a vontade para que siga no sentido do Bem (o próprio Deus). A inteligência consiste, então, num bem particular de pequena participação no bem universal que é Deus, ou, ainda, no dizer de Aristóteles: "*o princípio do ato da inteligência é mais elevado que a inteligência, é Deus*"

A possibilidade humana de escolher entre valores diametralmente opostos, a verdade real ou a verdade aparente, comprova a existência do livre arbítrio (*liberum arbitrium*), ou seja, da capacidade de julgar aquilo que é certo e aquilo que é errado, noção esta secularmente explorada, inclusive com valiosas contribuições da doutrina agostiniana. A nobreza do ato moral consiste em, através da inteligência, discernir o Mal do Bem e executar o escolhido através da vontade, destinando-se para um determinado fim -- o *télos* da filosofia peripatética. O ato moral de escolha do Bem é puramente racional. Mas como se alcança a racionalidade? Seguindo o pensamento escolástico-tomista, através da experiência.

O indivíduo, enquanto ser ético particular, une-se aos seus semelhantes no convívio social, pois racionalmente destina-se ao seu fim, mais facilmente alcançável pelo esforço e colaboração conjunta. É a sociedade. Mas esta nada mais é do que um agregado composto de várias unidades familiares, esta a mais natural e primeira forma de convívio humano, dirigida por uma autoridade que deverá ser prudente na escolha dos meios que conduzirão ao Bem Comum. Percebe-se nitidamente que o Doutor Angélico segue de perto o pensamento aristotélico no que concerne à ética do coletivo. Esta atitude faz, portanto, da racionalidade partilhada o motor para o alcance do Bem Comum.

Ainda podemos dizer que a faculdade intelectual, una e indivisa, age de duas formas: segundo a razão especulativa, ou seja, procura do conhecimento pelo conhecimento; segundo a razão prática, que tem por fim último a ação (execução, efetivação, atualização). É sobre o agir, sobre a razão prática que a ética incide. Na filosofia tomista este conceito encontra-se sob a denominação de *sindérese* (*sinderesis*), conjunto de conhecimentos genéricos e abstratos conquistados a partir da experiência habitual que norteia o ser na escolha e no discernimento entre o Bem e o Mal. Conclui-se, já neste passo da investigação, que o homem participa ativamente do mundo através da razão especulativa, procurando a descoberta e o entendimento das leis que regem o mundo e o cercam, e da razão

prática, agindo prudentemente no relacionamento com seu próximo, ou mesmo, no sentido de dominar a sua natureza instintiva: *sibi ipsi et aliis providens* (*Sum. Theol.*, I-II, q.91, a.2). Isso é o que se pode chamar de uma verdadeira *lex ethica naturalis*, que não deixa de corresponder a uma participação da lei eterna. Ainda aqui se vêem ecoar as palavras aristotélicas inscritas na *Ethica Nicomachea* (livro VII), que preceituam uma doutrina que faz do agir ético um agir pendular entre o vício e a virtude e se lastreia na escolha entre a dor e o prazer.

Toda esta especulação faz crer que o imperativo da razão sendo a distinção entre os seres, a capacidade de discernir, de escolher e de optar, far-se-á conduzir de acordo com o que esta mesma razão, por meio de seus processos seletivos de conhecimento, apreende como melhor. Este algo melhor deverá, para o homem, certamente, distar do que seria o melhor para o animal, para o que o concurso da racionalidade, imperando por sobre a instintividade, a impulsividade e a paixão instintiva, se faz de grande importância. Reminiscências platônicas na dicotomia irascível/racional podem aqui ser radicadas.

2. A ética e o Bem no homem racional

O homem, como ser racional por natureza, dotado de faculdades apetitivas e intelectuais próprias, é capaz de agir segundo as orientações dadas por ambas as faculdades. Assim, a *sindérese* (*sinderesis*) atua, para o ser agente, de modo a estabelecer o fim da razão prática, ou seja, o Bem. Mas o que é o Bem que guia a ação como causa final? O conceito, já definido anteriormente por Aristóteles, é: *bonum est quod omnia appetunt*. Assim, todo ser tem como fim o Bem, e o desejo maior de cada um é a atualização deste último, donde podemos afirmar que não existe o Mal como fim de uma ação, pois o Mal é a simples privação do Bem. Mais ainda, Aquino nega uma ontologia ao Mal, fazendo deste um estado de ignorância do Bem (*Dicendum quod, sicut ex dictis patet, malum quod in defectu actiones consistit semper causatur ex defectu agentis* – *Sum. Theol.*, quaest. XLIX, art. II; *Unde, cum malum sit privatio boni...* - *Sum Theol.*, quaest. XLIX, art. IV; *Dicendum quod nullum ens dicitur malum per participationem, sed per privationem. Unde non oportet fieri reductionem ad aliquid quod sit per essentiam malum* - *Sum Theol.*, quaest. XLIX, art. IV).

Todo o conjunto sinderético de informações acumuladas forma um grupo de princípios, que não são inatos, mas sim conquistados a partir da

experiência, que dirige a razão prática. O primeiro princípio da razão prática, assim dirigida em sua finalidade, será fazer o Bem e evitar o Mal (*bonum faciendum et male vitandum*), ou, nos próprios termos do Aquinatense: *Et ideo primum principium, in ratione practica, est quod fundatur supra rationem boni; quae est: bonum est quod omnia appetunt. Hoc est ergo primum praeceptum legis, quod bonum est faciendum et prosequendum et malum vitandum* (*Sum.Theol.*, I-II, q.94, a.2). O homem se guiará por princípios imanentes hauridos a partir da experiência que formam o que se pode chamar de uma lei natural, verdadeiro hábito interior. Esta lei natural apresenta características básicas, a saber:

- a. é racional: *rationis prima regula est lex naturalis*, uma vez que é fruto da razão prática e sinderética do homem;
- b. é rudimentar, ou seja, só pode ser considerada como princípio norteador ou origem do Direito, não correspondendo à sua totalidade;
- c. é insuficiente e incompleta, pois necessita do Direito Positivo, do qual é diretriz, para efetivar-se.

A conclusão é a de que é uma relação de débito recíproco entre o homem social e seu semelhante que dá lugar à existência da Justiça dentro da comunidade civil.¹

3. Justiça natural e Direito

Do que já foi dito até o presente momento, verificamos que São Tomás de Aquino, seguindo as lições do *Philosophus*,² aplicou em seu sistema filosófico a categoria do justo meio entre extremos opostos (*mesotés*), pois numa perfeita composição fornece à lei natural dois elementos que se conjugam harmonicamente: o racionalismo e a experiência (*empeiria*).

Por outro lado, formalmente falando, identificamos o justo e o bem como imutáveis, tidos em consideração absoluta e universal. Mas, materialmente falando, o justo e o bem assumem um caráter relativo, uma vez que, a partir do

1. *"Iustitia autem proprie dicta debitum necessitatis requirit: quod enim ex iustitia dicui redditur, ex necessitate iuris ei debetur"* Ainda: *"Iustitia enim, secundum Philosophum, in V Ethic., ad alterum est, cui debitum reddit"* (*Sum. C. Gent.*, cap. XXVIII, II, 1). E mesmo, *"Cum iustitiae actus sit reddere unicuique quod suum est"*. (*Sum. C. Gent.*, cap. XXVIII, II, 2).

2. *"Et ideo medium iustitiae consistit in quadam proportionis aequalitate rei exterioris ad personam exteriorem. Aequale autem est realiter medium inter maius et minus; ut dicitur in X Metaph. (lect. VII)"* (*Sum. Theol.*, quaest. LVIII, art. X).

momento em que são instituídos pelo homem, tornam-se contingentes no tempo, no espaço e segundo as variações da natureza humana (*Sum. Theol.*, I-II, q. 57, art. 2).

Desta maneira, concluímos que a lei natural é formada por dois tipos de princípios:

a. *prima praecepta*, que são os princípios sinderéticos imutáveis e universais;

b. *praecepta secunda*, que compõem a parte mutável do justo natural, consistindo em conclusões retiradas dos princípios primeiros. O ordenamento ético-jurídico parte do necessário para estabelecer conclusões e, como tudo o que é contingente,³ varia no tempo.

O justo natural diz respeito a homens e animais, quando tomado em uma consideração absoluta, mas apenas ao homem, quando existe um relacionamento do ato com suas conseqüências, mérito da faculdade racional humana capaz de estabelecer relacionamentos do tipo causa-efeito.

A Justiça (*iustitia*) e o Direito (*ius*) se interrelacionam, sendo que o Direito visa a poder estabelecer de maneira plena a Justiça. Logicamente, não são e não significam o mesmo. Mas o justo natural não pode estar plenamente contido no Direito. O Direito não é a Justiça, virtude moral maior,⁴ mas busca a mesma, não sendo o método dedutivo (silogismo) o mais apropriado nesta busca, pois algo que é sinderético só pode ser alcançado através da experiência empírica, e, portanto, através do método indutivo (do particular para o todo).

A lei natural (*lex naturalis*), como manifestação da lei eterna no mundo (*lex aeterna*), sorte de reificação racional-material de algo que possui quintessência espiritual, tem uma amplitude maior que a da moral, e esta, por sua vez, engloba o Direito. A Justiça moral demanda a adequação de todo ato humano ao seu fim e a forma como é executado este ato, enquanto que a Justiça legal se refere apenas ao ato exigido para o cumprimento de deveres sociais. Estes impõem ao homem uma conduta externa, e é aqui que aparece a prescrição legislativa, estabelecendo obrigações, criando situações, proibindo condutas (*Sed materia iustitiae est exterior operatio, secundum quod ipsa vel res cuius est usus, debitam*

3. "*Dicendum quod ratio humana non potest participare ad plenum dictamen rationis divinae: sed. suo modo. et imperfecte*" (*Sum. Theol.*, q. XCI, I-II, art. 3).

4. "*Unde et iustitia legalis, secundum quod ordinat ad bonum commune, potest dici virtus generalis...* Esta frase demonstra a magnitude da Justiça legal, e isto por ordenar toda a comunidade civil ao Bem Comum (*Sum. Theol.*, II-II, q. LVIII, art. 6).

proportionem habet ad aliam personam – Sum. Theol., quaest. LVIII, art. X). Também o Direito Positivo requer a atuação de uma autoridade que o institua, dando-lhe força coativa, enquanto que o Direito natural é algo que advém da razão humana e tem força própria dada pela natureza. Aqui se pode constatar a presença espectral da recorrente oposição *katà physin/ katà synthèken*, de sede aristotélica, entre o que é por natureza e o que é por força da técnica humana, a iluminar a explanação da temática.

4. A Justiça e suas variantes

As inúmeras classificações do *ius* ou do *iustum* apresentadas por São Tomás de Aquino representam a fusão da conceituação dada pelos juriconsultos romanos e daquela dada por Aristóteles (*Ethica Nicomachea*, livro V), esta última sempre presente e muito influente sobre o pensamento tomasiano em função de seu comprometimento com a filosofia peripatética, sobretudo em função de seus comentários à obra de Aristóteles (*La justicia: comentarios a el libro quinto de la Ética a Nicómaco*, trad. de Benito R. Raffo Magnasco, Argentina, 1946). De um lado, o filósofo grego entendia o justo político (*dikaion politikón*) como gênero maior capaz de englobar o justo legal (*dikaion nomikón*), e o justo natural (*dikaion physikón*), este próprio da natureza racional do homem. Então, o justo, em Aristóteles, obedece à seguinte árvore semântica, extraída da leitura do Livro V da *Ethica*: 1. justo total (*dikaion nomimón*); 2. justo particular (*dikaion ison*); 2.1. justo distributivo (*dikaion dianemetikón*); 2.2. justo corretivo (*diorthótikon dikaion*); 2.2.1. justo comutativo; 2.2.2. justo na relações não-voluntárias; 3. justo político (*dikaion politikón*); 3.1. justo legal (*dikaion nómikón*); 3.2. justo natural (*dikaion physikón*); 4. justo doméstico (*oikonomikòn dikaion*); 4.1. justo despótico (*despotikòn dikaion*); 4.2. justo conjugal (*gamikòn dikaion*); 4.3. justo paternal (*patrikòn dikaion*). De outro lado, divergindo da posição aristotélica, os juriconsultos romanos entendiam ser o *ius* passível de divisão em *ius naturale*, de acordo com a natureza animal do homem, de onde se origina o *ius gentium*, que, segundo a definição de Gaio *quasi quo iure omnes gentes utuntur* -, é o direito comum a todos os homens, e *ius positivum*, próprio da natureza racional do homem e sujeito a variações de acordo com a localidade onde se desenvolve.

Nos esforços de conciliação das concepções filosófica grega e jurídica romana, o Doutor Angélico acaba por elaborar não apenas uma conceituação eclética

a partir da mera fusão de ambas, mas uma teoria própria, na qual se congregam elementos da filosofia, da metafísica e do Direito, sem que se perca a noção da realidade e da imperiosa necessidade de efetivação da Justiça. E para esta concepção, a Justiça é uma virtude cardeal, e sua função consiste em dar a cada um o que é seu (*Ergo non sufficienter, per hoc, notificatur actus iustitiae, quod dicitur actus eius esse reddere unicuique quod suum est* - Sum. Theol., quaest. LVIII, art. XI).

E, nesta dimensão, para tudo há uma diretriz, que nos é dada pela lei eterna; a ordem, desejando-se ou não, existe e é imperativa, regente do todo, a partir da razão divina, que a tudo inspira. A lei eterna é o princípio e o fim do todo universal, pois, como diz São Tomás: "*todo o conjunto do universo está submetido ao governo da razão divina*" (Sum. Theol., I-II, q. 91, art.1, resp.).

Daí decorre, de maneira imediata, que uma coisa pode ser adequada a um homem pela própria natureza da coisa, configurando o direito natural, por exemplo, quando no relacionamento entre indivíduos dá-se x para receber x. E, ainda, que uma coisa pode ser adequada a um homem pelo estabelecimento de uma convenção, particular ou pública, conforme tenhamos um pacto limitado a relações inter-individuais ou consentimento geral dado pelo povo ou ordenado pelo príncipe que representa esse povo. Temos, assim, o Direito natural e o positivo.

O Direito natural, como categoria muito larga, recebe subclassificações, a saber:

a. *ius naturale strictissimo modo*, ou seja, a parte do Direito natural comum a todos os homens e animais ou, ainda, *quod omnia animalia docuit*;

b. *ius gentium*, que a modo de conclusão se deduz do Direito natural e consiste em capacidade exclusiva do homem, animal racional. Mas o *ius gentium* não se apresenta derivado unicamente do Direito natural, também do Direito Positivo, deduzido de modo conclusivo e consubstanciado em leis escritas-positivas.

O *ius positum*, por sua vez, à maneira de determinação, é derivado do Direito natural. É absolutamente imprescindível a sua existência em função da necessidade de aplicação da Justiça *inter homines*. O homem, encontrando-se no mundo terreno em companhia de seu semelhante, necessita de regras convencionais positivas para que possa garantir a pacificidade dessa interação no meio social. O Direito natural, enquanto categoria sinderética de princípios imanentes ao homem, é insuficiente, necessitando de leis positivas complementares (*lex*, o Direito escrito),

que acompanham as variações da natureza humana, suas imperfeições e as contingências oriundas da limitação do saber racional.

O Direito positivo, se adequado ao Direito natural, é um benefício para a comunidade civil, mas se estiver baseado na perversão da reta-razão (*recta ratio*), sendo-lhe uma corruptela, constituir-se-á em costumes irracionais e leis injustas, sem força coativa dada pela natureza (*Sum. Theol.*, I-II, q. 96, art. 4), mas somente por convenção.

Assim, de maneira sucinta, quando se fala em *ius* podem-se detectar as seguintes categorias:

a. *ius naturale*: comum a homens e animais;

b. *ius gentium*: racional, comum a todos os homens;

c. *ius positivum*: puramente convencional e relativo, assim como altamente contingente.

A Justiça legal, por sua vez, é aquela que diz respeito, *imediatamente*, ao Bem Comum (convívio pacífico na sociedade civil) e, *mediatamente*, aos particulares. Justamente por não abranger todas as virtudes, por ter seu âmbito de atuação limitado às relações que interessam à sociedade como um todo (nem todo vício será digno de punição, apenas aqueles que atentarem diretamente contra o desenvolvimento do meio social), a Justiça legal é completada pela Justiça particular. Esta última é responsável pela ordenação dos indivíduos na relação com os particulares, tendo, portanto, reflexos mediatos sobre o Bem Comum e imediatos sobre os particulares. É assim que verificamos a importância da existência do justo legal para "*ordenar os bens particulares ao Bem Comum*" (*Sum. Theol.*, II-II, q.61, art.1), complementado pelo juízo particular, referente à distribuição do que é devido a cada um segundo o objetivo social maior, ou seja, o Bem Comum, visando ao particular como singular dentro do todo.

Categoria de relevo dentro da doutrina tomista é aquela atinente à diferenciação entre Justiça comutativa e distributiva. A primeira é responsável pela regulação das relações entre particulares, entre as partes individuais componentes da esfera maior da sociedade. A segunda coordena o relacionamento da parte com o todo, de modo a atribuir a cada parte o que lhe é devido segundo seu mérito, capacidade ou participação dentro da sociedade.⁵

5. "*Potest autem ad aliquam partem duplex ordo attendi unus quidem, partis ad partem; cui similis est ordo unius privatae personae ad aliam. Et hunc ordinem dirigit commutativa iustitia, quae consistit in his quae mutuo fiunt inter duas personas ad invicem alius ordo attenditur totius ad*

Em ambos os casos a Justiça encontra-se presente como meio de equilíbrio na interação, estabelecendo a igualdade entre aqueles que se relacionam. Mas os critérios de igualdade diferem em um e outro caso. Destarte, na Justiça comutativa, das trocas, o critério de igualdade utilizado é o da média aritmética, ou seja, divisão em quantidade no exato meio. Por exemplo, numa compra e venda, se o comprador, após efetuada a negociação, permanecer com seis unidades de referência e o vendedor com quatro, existirá desigualdade, que será mediada pela Justiça comutativa de modo a que cada um receba cinco unidades, valores idênticos segundo uma média aritmética. Na Justiça distributiva, consistente na repartição dos bens dentro da coletividade segundo a maior ou menor participação meritória de cada qual, o critério de igualdade é a proporcionalidade, ou ainda, a proporção geométrica.⁶ Isto demonstra a expressão da participação da doutrina aristotélica no pensamento do Aquinatense, uma vez que estas noções aqui expostas se encontram cristalizadas na obra do *Philosophus* grego (*Ethica Nicomachea*, liv.V. III). O que diferencia a opinião de ambos os pensadores é que o filósofo peripatético dividia a Justiça legal, parte da Justiça social, em distributiva e corretiva, sendo que esta última abrangia as justiças comutativa e judicial. Para São Tomás, além de outras pequenas minúcias, fica suprimida a categoria da Justiça corretiva, igualando-se a esta a comutativa, restando apenas uma divisão global.

5. Finalidade e funções da lei

O Direito depende da lei para se consubstanciar no meio social. Mas a lei não é o Direito mesmo (*Et ideo lex non est ipsum ius, proprie loquendo; sed aliqualis ratio ius* - Sum. Theol., quaest. LVII, art. II). É pelo intermédio da Justiça, ideal do Direito, que a lei causa o Direito. A lei escrita vem a ser uma composição que reúne elementos de Direito natural e de Direito Positivo, e o faz inscrevendo-se entre os homens, intervindo nas relações humanas. Isto ocorre devido à necessidade

partes; et huic ordini assimilatur ordo eius quod est commune. ad singulas personas" (Sum. Theol., II-II, q. LXI, art. 1).

6. "Et ideo in iustitia distributiva non accipitur medium secundum aequalitatem rei ad rem; sed secundum proportionem rerum ad personas..." Ainda: "Et ideo dicit Philosophus. lib. V Ethic. (op. cit.), quod tale medium est secundum geometricam proportionalitem, in qua attenditur aequale non secundum quantitatem sed secundum proportionem" (Sum Theol., II-II, q. LXI, art. 2).

de que o que está positivado obedeça aos princípios naturais humanos para que esteja ordenado segundo a reta-razão (*recta ratio*), da *ordo naturalis*.

A finalidade da lei positiva é conduzir o homem para a virtude, ordenar as condutas dirigindo-as para o Bem Comum. Mas a lei não está adstrita a tornar imediatamente o indivíduo particular virtuoso; a lei visa a tornar o meio social pacífico o suficiente para que seja favorável à proliferação e ao cultivo das virtudes. Nas palavras de Aristóteles, a lei forma o bom cidadão, e não o homem bom, mas o bom cidadão pode vir a se tornar um homem bom, que é aquele que age retamente independentemente de ser ou não forçado por leis.⁷ Destarte, a lei não proibirá todos os vícios ou tudo aquilo que contrarie qualquer virtude, mas apenas os vícios que atentem contra o conjunto social. O particular estará adstrito à lei apenas no que concerne à necessidade de manutenção de virtudes conexas com o todo; nem todos os seus vícios serão recriminados, apenas aqueles que atingirem a outrem ou obstruírem o desenvolvimento da sociedade. A lei se preocupa com o interrelacional, com a conduta externa.

É de acordo com essa finalidade maior que a lei desempenha suas funções precípua, como:

- a. *imperare*: ordenar determinada conduta;
- b. *prohibere*: proibir aquilo que possa ser prejudicial ao convívio social;
- c. *permittere*: não proíbe a conduta e, ao mesmo tempo, não obriga, dando espaço para a escolha entre fazer e não-fazer aquilo que é permitido;
- d. *punire*: incidência da sanção quando da violação do princípio proibido.

Quanto a este último item, verifica-se sua eficácia na coação pelo temor que provoca (*cogens metu poenae*). O indivíduo, coagido pelo temor da sanção legal, será forçado a ordenar-se ao Bem Comum, podendo, desta forma, habituar-se a viver na virtude (a lei estará desempenhando uma função educativa, contribuindo mediatamente para o progresso do indivíduo), fazendo-se, então, na linguagem aristotélica, do bom cidadão, um homem bom. Mas a punição é própria

7. A respeito, anteriores reflexões já lançadas no Colóquio *Direito e Virtude*, 25 e 26 de abril de 1997 (dia 25, 14h00), sob o título *O homem bom e o bom cidadão na Ethica Nicomachea*, na FFLCH, Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, nos levaram a estas mesmas conclusões, discernindo-se as sutilezas também aqui expressas no texto tomasiano.

do Direito Positivo, não existindo qualquer fundamentação segundo o Direito natural.

6. A definição da lei e seus elementos

De maneira sucinta, a lei consiste numa "*ordenação da razão para o Bem Comum, promulgada pelo chefe que governa a comunidade*". Este discurso, não-obstante sintético, congrega os elementos, e não só alguns, mas todos os possíveis, necessários e fundamentais, que compõem o conceito de lei, segundo o Doutor Angélico. Iremos analisar mais detidamente cada um dos elementos que participam da essência do conceito de lei. Assim:

1. "*A lei é uma ordenação da razão*": a razão permite ao homem o discernimento entre o Bem e o Mal. A razão prática atuará no sentido de direcionar o homem, através de conceitos abstratos, gerais e sinderéticos, para o seu fim: o Bem. Para que um conjunto de atos se ordene ao Bem, é necessária a escolha dos meios mais apropriados para a consecução deste fim, ou seja, aqueles que estão segundo a reta-razão ordenados com o Bem.

No meio social, caberá ao legislador agir com *prudentia* na escolha dos meios máis apropriados para que se alcance o fim social, que é o Bem Comum.

Podemos discriminar o fim humano da seguinte maneira: segundo uma regra próxima que guia a vontade para o Bem; segundo uma regra primeira ou suprema que é a lei eterna ou divina. Assim, segundo a regra próxima, a lei ordena para a tranqüilidade temporal da cidade - *legis humanae finis est temporalis tranquillitas civitatis* (*Sum. Theol.*, I-II, q.98, art. 1). Segundo a regra suprema, dirigimo-nos para a felicidade total, para confundirmo-nos na universalidade do próprio Deus, no dizer do *Doctor Angelicus: Deus est primum principium omnis boni*.

A razão única, agindo através do intelecto prático, é a lei natural que se destina aos fins próprios, contingentes e relativos como tudo o que é humano; agindo através do intelecto especulativo, contempla a verdade universal, buscando o interior de si mesma. Mas a intercomunicação entre razão prática e especulativa permite que tenhamos a participação da lei natural na lei universal e a busca de fins que acabam por se confundirem.

2. "*promulgada*": a lei positiva que visa ao alcance do Bem Comum deve ser promulgada, ou seja, tem de ser-lhe dada publicidade para que se torne

acessível a todos aqueles que comungam de um convívio social. A lei promulgada não pode ser ignorada pelo homem por ser racional e capaz de discernir, ao contrário do animal irracional, que não age como senhor de seus instintos. O grande mérito da ação moral humana está em, através do livre arbítrio, optar por fazer o Bem e evitar o Mal, de acordo com a reta-razão e o princípio do justo meio virtuoso aristotélico. O desconhecimento da lei só pode ser alegado por aquele que ficou impossibilitado de conhecê-la por estar isolado, encarcerado...

3. "*pelo chefe que governa a comunidade*": o todo deve legislar para as partes. Assim, o chefe, como representante do todo, deve legislar para que as condutas particulares se ordenem ao todo. O particular não pode legislar, apenas emitir conselho. É o caso do *pater familias*, que estabelece normas de caráter familiar que não podem ter o caráter de leis, pois a família é a parte no conjunto social, e a parte deve ordenar-se àquilo que é geral ou representa o interesse do todo.

4. "*para o Bem Comum*": a lei deve conduzir ao Bem Comum como finalidade. O Bem Comum é algo que não se confunde com a mera somatória dos bens particulares daqueles que estão agregados numa sociedade, mas é algo que supera e transcende essa somatória. Os indivíduos que fazem parte desse conjunto preservam a qualidade de seres livres e independentes, devendo colaborar para a consecução do escopo maior. A Justiça legal tem como finalidade imediata o Bem Comum, mas tendo em vista que a sociedade é formada por seres singulares, estes se beneficiam da organização e do convívio virtuoso, exercendo a lei um papel indireto ou mediato de auxílio ao particular.⁸

O justo legal, segundo o Doutor da Igreja, que retoma a tripartição do *Philosophus* grego, pode ser exercido de três formas:

- a. por leis comuns: atingem todos os cidadãos, indistintamente;
- b. por privilégios: são leis dirigidas a particulares em casos especiais, proporcionalmente;
- c. por sentenças: aplicação da própria legislação.

Ainda podemos dizer que o fim último de todos os seres é o Bem Comum transcendental, *i.e.*, a própria Providência Divina. Daí a imperiosa necessidade de que a lei natural, assim como a lei positiva, estejam de acordo e participem da lei eterna. O Bem particular transcendental é o direcionamento do indivíduo a Deus, segundo a regra suprema que rege o apetite humano. Assim:

8. Cfr. Correia. *Ensaos políticos e filosóficos*. 1984

- a. Bem comum transcendental: destino de tudo;
- b. Bem particular transcendental: deve ordenar-se unicamente ao Bem comum transcendental;
- c. Bem comum temporal: é subordinado aos dois anteriores, mas subordina o Bem particular temporal;
- d. Bem particular temporal: é o Bem do particular na realidade temporal e contingente e subordina-se a todos os precedentes.

O chefe da comunidade civil deve empenhar-se em instaurar, promover e conservar a ordem, buscando ordenar a unidade social, obedecendo a três objetivos: a paz, a vida virtuosa dos cidadãos e a atribuição de bens materiais úteis para o desenvolvimento social. Os deveres do chefe da comunidade, orientados segundo a reta-razão, são os de suprir aquilo que falta, aprimorar o existente e corrigir o desordenado, para que o corpo possa caminhar num único e harmonioso ritmo, para que se realize o objetivo almejado, ou seja, a felicidade da comunidade. *Mutatis mutandis*, era esta a proposta aristotélica: realizar a *eudaimonia* da *pólis* por meio de um viver ordenado e racional, que podia se realizar espontaneamente pela simples amizade (*philia*), ou ainda, suprida pela Justiça como virtude (*dikaiosyne*).

Assim, no conjunto da filosofia tomista, como no da aristotélica, a política, a ética e a Justiça estão profundamente imbricadas, de modo a constituírem conhecimentos indissociáveis, a exemplo do que ocorre com os líquidos imiscíveis.⁹

7. Relatividade e contingência da lei

No mundo ocorrem duas espécies de fatos, que são o acidente e o fato natural. Este último obedece a princípios rígidos, inflexíveis de causa e efeito, de modo a permitir a previsão da ocorrência desses fatos a partir da simples observação da lei que o rege. A lei de causalidade só é desrespeitada quando da ocorrência do caso fortuito. Isto, em apertada síntese para o que segue.

O acidente (*accidens*), por sua vez, é uma espécie de fato que não se caracteriza por ser de absoluta e imperiosa ocorrência, mas pela relatividade e

9. Também, a respeito, anteriores reflexões já expostas e publicadas nos Anais do VIII Encontro Nacional de Filosofia da ANPOF Caxambu, 25 e 30 de setembro de 1998, sob o título de *Poder e legitimidade na teoria política aristotélica* (pp. 95-96), realização conjunta da ANPOF, da UNICAMP e da USP, com apoio do CNPq, da FAPESP, da FAPEMIG, do CAPES e da FINEP, nos levaram a estas mesmas conclusões.

contingência. Assim como a regularidade está para a previsibilidade, o acidente está para a imprevisibilidade. A ordem ético-jurídica, que trabalha com a conduta dos seres humanos, assim como todas as ciências sociais (assim ora chamadas as ciências do espírito), caracteriza-se por ser fruto da razão prática humana, ou seja, derivar de uma potência não só dependente, como também contingente. Não se pode prever todo tipo de acontecimento, dado o surgimento constante de novos fatos, novos problemas e novas ações numa sociedade permanentemente em evolução. As contingências obedecem a:

a. condições temporais: *gradatim ad imperfecto ad perfectum*, o homem caminha lenta e gradativamente do imperfeito para o perfeito com o decurso do tempo. Assim podemos verificar que caminhamos de legislações mais rudimentares para outras mais avançadas e, portanto, mais de acordo com a lei natural;

b. condições pessoais: de acordo com a maior ou menor capacidade humana de domínio sobre as paixões e os maus costumes, de acordo com a própria capacidade de compreensão variável de indivíduo para indivíduo. Assim, *verbi gratia*, uma alma jovem, por ser pouco experiente, tem uma capacidade de compreensão das ciências práticas (*philosophia*) muito menor que as almas mais experientes;

c. condições circunstanciais: variabilidade da natureza humana na determinação do conjunto de valores que definem aquilo que é justo e aquilo que é injusto. A natureza humana varia de uma localidade para outra, daí a necessidade imperiosa de que se estabeleçam leis adequadas a cada região, não existindo leis positivas universais e absolutas.

Todas as variações que possam ocorrer com uma lei ou são de acréscimo ou são de subtração. Destarte, a parte contingente da lei natural é a que decorre dos *praecepta secunda*, ou seja, conclusões retiradas dos *prima praecepta*, que são absolutos. A razão e o conhecimento humano alargam-se com o decorrer dos séculos e, como as conclusões só podem ser estabelecidas a partir do trabalho racional, conclui-se que a capacidade de extrair, a partir da lei natural (*lex naturalis*), conclusões aplicáveis à realidade dependerá do grau de evolução sinderético do ser humano. Filosoficamente, são essas conclusões variáveis extraídas a partir da mesma lei natural que informam o conteúdo da lei positiva.

São Tomás de Aquino, utilizando-se de profundo senso realista, em muito consequência dos estudos e investigações acerca de Aristóteles, afirma

categoricamente que o legislador não pode prever todos os casos que venham a ocorrer futuramente, tendo seu alcance limitado aos casos mais comuns. Se uma situação econômica surgir, por exemplo, deve-se preferir a lei omissa ou defasada para que se procure o Bem Comum. É nesse momento que a necessidade supera a lei, ensejando o nascimento do direito de desobedecer a lei, direito este exercitável por qualquer um, não dependendo da decisão do chefe da comunidade ou do legislador. Aqui há um ingrediente não-presente na teoria peripatética – pois, na *Ethica* a lei é posta para a defesa e segurança da comunidade política (*dikaion nomimón*, ou justo total), cujo desrespeito importaria na quebra do que é para todos –, ou seja, a garantia tomasiana da existência de um direito à resistência civil.

O que é natural ao homem pode falhar, pois muitas vezes pode não se adequar ao Bem Comum, que é a finalidade do próprio conjunto social. Aquilo que é contingente pode ser genericamente correto, mas não se adequar a casos particulares. Aristóteles, a este respeito, já dizia: "*Não devemos buscar o mesmo grau de certeza em todas as coisas*" (*Ethica Nicomachea*, I, cap. III, n. 1). Reiterando a posição do filósofo, o Aquinate afirma também: "*E sucede com freqüência que a observância de algum ponto da lei é útil à saúde comum e prejudicial em alguns outros*" (*Sum. Theol.*, I-II, q. 96, art. 6); ou ainda: "*natura autem omnis est mutabilis. Et ideo id quod naturale est homini, potest aliquando difecere*" (*Sum. Theol.*, II-II, q. 57, art. 2).

8. O regime das leis

O que é mais conveniente para a comunidade civil, estar sob um regime de leis ou de homens? Esta é uma questão clássica, que pasmou a Antigüidade por séculos, tendo sido recorrente recurso de argumentação entre os círculos sofistas. Por sua vez, elucidando a questão, o *Doctor Angelicus*, repudiando a paixão, opta pela mesma posição de Aristóteles (*Politica*, 1.287 a; 1.287 b) e de Platão (*Leis*, 644 D; 645 A; 674 B): o regime das leis. As razões para essa escolha são desta maneira apresentadas:

a. numa sociedade ampla, existe a necessidade de que os juizes sejam numerosos para que exista a verdadeira efetivação da Justiça. Destarte, é muito mais fácil que se encontrem poucos bons legisladores do que muitos juizes que possam ser considerados bons para o exercício do cargo;

b. o legislador (*legislatoris*), ao exercer sua função legiferante, procura prever os casos acessíveis à capacidade humana em momento anterior ao da ocorrência dos fatos. O juiz, por sua vez, irá analisá-los no momento de sua emergência. Se o juiz estiver submisso à lei, irá apenas executá-la;

c. o juiz (*iudex*), diante do fato, pode envolver-se subjetivamente no caso, sendo conduzido e deixando-se cegar pelo amor, pelo ódio, pelas paixões... deixando de existir a objetividade necessária à segurança de um julgamento apropriado. O legislador produz o corpo legislativo em abstrato, estando distante da ocorrência dos fatos que poderiam influenciá-lo.

O objeto da Justiça é o Direito (*Et hoc quidem est ius. Unde manifestum est quod ius est obiectum justitia* – Sum. Theol., quaest. LVII, art. I), que, por sua vez, é o efeito da lei. O ato da Justiça é o ato de julgar. Verificamos que o julgamento é algo imprescindível para a administração da Justiça entre os homens desde que: proceda de uma inclinação justa, do contrário será injusto; proceda de uma autoridade competente e instituída para o desempenho da função judicante, caso contrário será usurpada a sentença; seja proferida a sentença de acordo com a *recta ratio*, que guia a prudência do juiz, pois senão estaremos diante de uma sentença temerária.

Estamos verdadeiramente diante de um ciclo: a lei escrita deve instituir a lei natural (concretizá-la) para que tenhamos uma sentença baseada na lei escrita proferida segundo a reta-razão. Se a lei escrita for injusta, por motivo de ter sido promulgada segundo o mero arbítrio do legislador ou por não estar adequada a novos tipos de problemas surgidos em meio à constante escalada evolutiva humana, a sentença baseada nessa lei não será vinculativa ou obrigatória, pois uma lei só encontra força na natureza, e aquilo que contraria o Bem Comum, não tendo fundamento natural, não vincula os indivíduos.¹⁰ A noção do que participa do natural é, portanto, o termômetro do justo e do injusto.

A lei justa de ordenação do convívio social é produzida pelo legislador, obedecendo a um complexo de atos que possam lhe conferir o caráter de vinculatória por ter força natural. Numa primeira fase, chamada intencional, o legislador atua através do intelecto especulativo, escolhendo e elegendo, por um

10. "*Dicendum quod lex scripta, sicut non dat rolrer iuri naturali, ita nec potest eius rlorer minuere vel auferre: quia nec voluntas hominis potest immutare naturam. Ius autem positivum scriptura legis et continet et instituit, dans ei auctoritatatis rolrer*" Assim, também: "*Et ideo, si scriptura legis contineat aliquid contra ius naturale, inustitia est, nec habet vim obligandi*" (Sum. Theol., II-II, q. LV, art. 6).

juízo da razão, o meio mais adequado para que se alcance a meta colimada. Na fase executória, orientado pelo intelecto prático ou agente, ordena aos súditos a execução ou efetivação da intenção eleita primariamente por um ato de *imperium*, aplica a lei de acordo com o seu fim (*usus*). Não se pode omitir a promulgação como fase importantíssima para que se dê publicidade ao preceito legislativo.

Se a reta-razão orientou as decisões do legislador que ponderou as escolhas pelo justo meio segundo a lei natural, orientando as condutas para o Bem Comum, poderá fruir dos benefícios que advirão a esta sociedade, que rapidamente se encaminhará para seu fim.

9. O injusto e os vícios da Justiça

O exercício da Justiça pode ser viciado de muitas maneiras, então, teremos a descaracterização do seu conteúdo. A Justiça distributiva, que consiste na repartição de bens na sociedade civil segundo o mérito de cada qual, estará viciada caso utilize critérios falaciosos de atribuição. Por exemplo, se houver acepção de pessoa segundo sua riqueza na eleição de um cargo profissional, teremos um vício de Justiça. A Justiça comutativa, exercida na distribuição igualitária dos bens nas trocas entre particulares, pode ser viciada de múltiplas maneiras. Assim, pelo furto, pelo roubo, pela prisão arbitrária, pela violência, pela difamação ou pela desigualdade oriunda da violação dos respectivos direitos e deveres em contratos em geral, como compra e venda, locação, depósito, empréstimo e até em usufruto. Todos se regulam pelo princípio de que ambas as partes têm o direito à mesma quantidade (*Sum. Theol.*, II-II, q.61, art. 3).

O homicídio (quaest. LXIV), a violação da propriedade (quaest. LXVI), o julgamento parcial (quaest. LXVII), a acusação mentirosa (quaest. LXVIII), a participação desonrosa do advogado (quaest. LXXI) são todos exemplos de vícios que afetam de maneira direta ou indireta a Justiça.

Mas, se existem vícios que pervertem a Justiça, existem, também, virtudes conexas e mesmo participantes da Justiça como virtude maior, *lato sensu*. Assim a piedade filial, a religião, a liberalidade, a afabilidade, a veracidade... participam da ordem moral humana, permitindo um relacionamento social

harmonioso que favoreça o desenvolvimento dos valores humanos mais sublimes dentro da sociedade.¹¹

10. Aplicações práticas do conceito de Justiça

A propriedade privada encontra seu fundamento no *ius gentium*, uma vez que não é algo advindo da natureza, mas decorrente da convenção do homem, do *ius positivum*. Assim, se foi o direito próprio do homem racional aquele que instituiu a propriedade privada, cabe ao legislador equilibrar uma distribuição equitativa da mesma entre os indivíduos, de modo a evitar grandes disparidades sociais.

O matrimônio (*matrimonium*) é algo proveniente do *ius naturale strictissimo modo*, ou seja, daquela parte do Direito natural *quod omnia animalia docuit*. Isto se dá porque o homem integra a família como primeiro núcleo de convívio para depois congregar-se em sociedade. Mas o matrimônio humano difere da união impulsiva e instintiva do animal, pois encontra objetivos outros diferentes da mera procriação: a associação do homem com a mulher e a educação dos filhos. O casamento monogâmico é o próprio para a realização desses valores.

A escravidão é outra instituição do Direito das Gentes, não sendo derivada do Direito natural (*quod naturalis ratio inter omnes hominis constituit*, na definição do jurisconsulto romano Gaio).

Como decorrência natural de uma variação imensa de conclusões retiradas das premissas gerais do pensamento do Doutor Angélico, encontram-se, ainda, outras aplicações inevitáveis do conceito de Justiça depreendido da forma como foi elucidado. A saber:

- a. só o Estado tem o direito de matar em prol da sanidade do corpo social (*ius vitae ac necis*), amputando-lhe o membro degenerado;
- b. a legítima defesa é consentida desde que haja uma proporcionalidade entre reação e ameaça e, também, desde que a pretensão seja a autodefesa e não o assassinio da outra parte;
- c. o roubo e o furto não são considerados infrações quando o indivíduo se encontrar em uma situação de necessidade, ou seja, quando sua vida estiver dependendo do objeto do roubo.

11. "*Dicendum quod iustitiae, cum sit virtus cardinalis, quaedam aliae virtutes secundariae adiunguntur: sicut misericordia, liberalitas et aliae huiusmodi virtutes (...)*" (*Sum. Theol.*, II-II, q. LVIII, art. 12).

Estas são as principais contribuições que se poderiam lançar sobre as temáticas aqui lançadas como estimulantes da análise textual da obra tomasiana. Basta, pois, com o que se disse.

São Paulo, dezembro de 1998.

BIBLIOGRAFIA

- AMEAL, João. *São Tomás de Aquino*. 2ª ed., Porto : Livraria Tavares Martins, 1941.
- AQUINO, São Tomás. *Suma Contra os Gentios*. Trad. de Odilão Moura O.S.B. v. I, livros I e II. Rio Grande do Sul : Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, Universidade Caxias do Sul, Livraria Sulina Editora, 1990.
- _____. *Suma Teológica*. Trad. de Alexandre Correia. vs. II, III e IV 2ª ed. Rio Grande do Sul : Livraria Sulina Editora e Grafosul Indústria Gráfica Editora, 1980.
- _____. *Suma Teológica: do direito, da justiça e de suas partes integrantes*. Trad. de Alexandre Correia. São Paulo : Livraria Editora Odeon, 1937.
- _____. *Tratado de la ley; Tratado de la justicia; Gobierno de los príncipes*. Quinta edición. Traducción y estudio introductivo por Carlos Ignacio González. México : Editorial Porrúa, 1996.
- _____. *La justicia: comentarios a el libro quinto de la Ética a Nicomaco*. Trad. de Benito R. Raffo Magnasco. Buenos Aires, Argentina, 1946.
- _____. *Cursus philosophicus thomisticus: Naturalis philosophiae (secundum exactam, veram, genuinam Aristotelis et Doctoris Angelici mentem)*. Nova editio. Taurini (Itália) : Ex Officina Domus Editorialis Marietti, 1936.
- ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*. Madrid : Editorial Gredos: 1993.
- _____. *A Ética de Nicômaco*. Trad. Cássio M. Fonseca. Biblioteca Clássica, v. XXXIII. São Paulo : Athena Editora, 1940.

- BITTAR, Eduardo C. B. A teoria aristotélica da justiça. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 92, pp. 53-73. São Paulo, 1997.
- COPLESTON, F. C. *El pensamiento de Santo Tomás*. México, Argentina : Fondo de Cultura Económica, 1960.
- CORREIA, Alexandre. *Ensaio políticos e filosóficos*. São Paulo : Convívio, EDUSP, 1984.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *A justiça*. Direção de Miguel Reale. Trad. de Antônio Pinto de Carvalho. Coleção Direito e Cultura. São Paulo : Saraiva, 1960.
- GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Direito Natural - visão metafísica e antropológica*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991.
- MARTINELLI, Lucien. *Thomas d'Aquin et l'analyse linguistique*. Montréal; Paris : Institut d'études médiévales; J. Vrin, 1963.
- SERTILLANGES, A. D. *La philosophie de S. Thomas d'Aquin*. Nouvelle édition, revue et augmentée. Paris : Aubier, 1940.
- STEENBERGHEN, F. Van. *O tomismo*. Trad. e prefácio de J. M. da Cruz Pontes. Lisboa : Gradiva, 1990.
- VÁRIOS AUTORES. *Actas de la XIII reunión de amigos de la Ciudad Católica. Santo Tomás de Aquino, hoy*. Madrid : Residência del Pilar, Editora Spliro, noviembre de 1974.

QUESTÕES HERMENÊUTICAS: INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

A teoria da interpretação tem colocado duas questões essenciais:
a indagação sobre os objetivos da interpretação jurídica;
a indagação sobre os métodos (processo e regras); não se conferindo até aqui maior significado à questão relativa ao problema dos participantes da interpretação, questão que, cumpre ressaltar, provoca a práxis em geral.

Anota Häberle, que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada. Quem vive a norma acaba por interpretá-la. Cidadãos, órgãos estatais, o sistema público, a jurisprudência, a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação. A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juizes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta e que a práxis atua aqui na legitimação da teoria. É, portanto, graças ao trabalho hermenêutico de ajustamento entre normas e fatos tarefa em que se fundem, necessária e inseparavelmente, a interpretação e aplicação dos modelos jurídicos -, que se põe em movimento o papel do agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto.

Abstract:

The theory of the interpretation has been placing two essential subjects:

- the inquiry on the objectives of the juridical interpretation;
the inquiry on the methods (process and rules); if not checking larger meaning here to the relative subject to the participants' of the interpretation problem, subject that, it accomplishes to point out, it provokes the praxis in general.

Häberle writes down, that juridical norm doesn't exist, or else interpreted juridical norm. Who lives the norm ends for interpreting her. Citizens, state organs, the public system, the jurisprudence, the public opinion (...) they represent productive forces of interpretation. The judicial vinculation to the law and the judges' personal and functional independence cannot pilfer the fact that the judge interprets and that the praxis acts here in the legitimation of the theory. It is, therefore, thanks to the work adjustment hermeneutic between norms and facts task in that they are founded, necessary and inseparably, the interpretation and application of the juridical models -, that puts in movement the paper of the reducer agent of the distance between the generality of the norm and the singularity of the concrete case.

Unitermos: teoria da interpretação; individualização da pena.

1 - Da aplicação da pena

Há muito ensinava Feuerbach que: *"o fim da aplicação da pena é fundamentar a eficácia da ameaça legal, na medida em que sem ela tal ameaça seria vã (ineficaz)"*¹

Consoante esse ensinamento, o Código Penal brasileiro, em sua parte geral, e a Constituição Federal (art. 5º, XLVI), tornaram mais amplo o poder discricionário do juiz na tarefa de individualização da sanção penal. Trata-se, aliás, de decorrência obrigatória da criação de um leque de opções legislativas graças às penas denominadas substitutivas.² Destarte, em seu art. 59, o Código Penal estabelece com precisão, que se deve ter em vista o que se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, na fixação da pena. Foram conservados da sistemática penal anterior os seguintes critérios: os antecedentes, a personalidade do agente, os motivos, circunstâncias e atenuantes do crime. Inovou no *"comportamento da vítima"* *"Preferiu o Projeto a expressão culpabilidade, em lugar de intensidade do dolo ou grau de culpa, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena"*.³

2 Limites da pena de prisão

Um dos problemas essenciais no quadro da cominação, segundo René Ariel Dotti, se encontra nos limites estabelecidos para as penas. *"O nosso sistema dispõe rigidamente sobre os limites máximo e mínimo. Esta cautela é uma garantia*

1. Lehrbuch parágrafo 16, p. 39.

2. P. Nuvolone, *La Legge di Despenalizzazione*, Turim, p. 34. Considera o mestre ser uma nota característica da reforma a ampliação do poder discricionário do juiz. Uma discricionariedade motivada. Lei n. 7.209/84 - Exposição de Motivos n. 49 - ... *busca assegurar a individualização da pena sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim, o sentido individualizador do Código vigente, restrito à fixação da quantidade da pena, dentro de limites estabelecidos, para oferecer ao arbitrium iudicis variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo de sanção a ser aplicada"*

3. Lei n. 7.209/84. Exposição de Motivos, n. 50.

individual e resguarda o condenado dos abusos que podem ser cometidos em nome da defesa social, com o recurso à sentença indeterminada".⁴

O tema da possibilidade de fixação da pena em concreto abaixo do mínimo legal ganhou especial projeção na jurisprudência face ao brilhante relatório do ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (Acórdão ao Recurso Especial n. 68.120.0-MG-1996), que possibilitou a individualização e aplicação, no caso, de uma pena mais justa. A motivação do *quantum* da pena a ser aplicada é um elemento de garantia do condenado. "*O juiz tem de dizer não-somente por que razão condena, mas também por que aplica determinada pena especialmente no que respeita à quantidade*"⁵

No campo doutrinário, duas orientações eram seguidas no processo de fixação da sanção, antes da reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984. Uma de Roberto Lyra, que entendia que "*devem ser realizadas duas operações: primeiro estabelecendo a pena-base, apreciando-se simultaneamente as circunstâncias judiciais, as agravantes e atenuantes, para numa fase subsequente sopesar as demais agravantes e atenuantes na Parte Geral e na Especial*" Outra orientação, concebida por Nelson Hungria e dominante na jurisprudência adotada pelo Supremo Tribunal Federal, preconizava três etapas na fixação da pena. A última foi adotada pelo Código Penal vigente, conforme estabelece a sua Exposição de Motivos, n. 51: "*Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no art. 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes, incorporando-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento*"⁶

Para muitos, é inadmissível a fixação da reprimenda abaixo do mínimo legal (JTA Crim., 29:76). Orientação diversa, posiciona-se no sentido de que a pena em concreto poderá ser estabelecida abaixo do mínimo legal por incidência de circunstância atenuante obrigatória (Ac. 140.380/3-6 do TJSP; Ac. 8902072/0, do TRF 2ª Região). Miguel Loebmann sustenta posição semelhante, em artigo

4. René Ariel Dotti, *Bases e alternativas para o sistema de penas*, p. 352.

5. Hélio Tornaghi, *Curso de Processo Penal*, 6ª ed., II, p. 174; ver também José Rogério Cruz e Tucci, *A motivação da sentença no Processo Civil*, Saraiva, 1987.

6. Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, pp. 203-204; Nelson Hungria, *Novas questões jurídico-penais*, p. 159.

intitulado "As circunstâncias atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal" (*in: Revista dos Tribunais*, 676:391).⁷

Parece-nos que, por força do disposto no *caput* do art. 65 e do art. 68, ambos do Código Penal, é possível que a pena seja estabelecida abaixo do mínimo legal. Se assim não fosse, haveria ofensa aos princípios da igualdade e da legalidade, constitucionalmente garantidos. Lembre-se que as causas de especial diminuição da pena tem natureza subjetiva e as qualificadoras, objetivas e também são levadas em consideração no cálculo da pena.

3 Dos argumentos utilizados no Acórdão

Invoca com precisão, propriedade e clareza o erudito relator ministro Cernicchiaro, que o Código Penal está inserido no sistema jurídico, constituindo um ordenamento uno, coerente, harmônico e completo. A questão da pena surge, assim, como nova em todas as épocas. Suas teorias não constituem respostas acabadas a uma pergunta invariável por sua finalidade. O Direito não se reduz à lei, o juiz a "*um ser inanimado, cuja boca pronuncia as palavras da lei, não podendo moderar nem a força, nem o rigor daquela*"⁸

O poder de julgar não pode ser resumido em mera aplicação do texto da lei a situações particulares. Pelo contrário, ele é um meio de que o legislador se serve para alcançar os fins e promover os valores.

Isto nos leva a uma questão fundamental: em que medida é tarefa mais do juiz do que do legislador adaptar os textos legais às necessidades sociais? Com frequência o juiz distingue nitidamente entre a legislação em vigor (*de lege lata*) e a legislação desejável (*de lege ferenda*) e não se arroga poderes de legislador. Sem embargo, existem mecanismos especificamente jurídicos, que permitem interpretar e criar regras jurídicas novas. Isto ocorre, por que em caso oposto teríamos uma decisão injusta, inadequada ou não-razoável.

A eficácia protetora consiste precisamente em que o particular é para a ordem jurídica a "*medida de todas as coisas*", enquanto tem que responder com a sua pessoa apenas por aquilo em que conceitualmente é culpado.⁹ É nesse sentido,

7. Idem, *op. cit.*, p. 232. Ver, também, Sérgio Salomão Schecaira, Cálculo da pena e o dever de motivar *in: Rev. Brasileira de Ciências Criminais* (2), 6:161-170, abril/junho, 1994.

8. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1^a parte, Liv. I, Cáp. II, p. 440.

9. Warda, *Dogmatische Grundlagen des Richterlichen Ermessens im Strafrech*, p. 162.

admissível aplicar uma pena inferior ao mínimo legal, segundo o princípio da solidariedade, desde que no caso concreto se possa restaurar a paz social com sanções menos graves.

4 - Conclusões

A criação do Direito é sempre uma função política. Não-só o *ius dare* tem natureza política, também o *ius dicere*. Esta opção valorativa situa o Direito, em particular ao Direito Penal, no mundo da cultura e compreende a mudança de valores no tempo, afetando em sua produção a pena adequada. Nos primeiros grandes códigos do século XIX aparece, ao lado de penas rígidas ou indivisíveis, um sistema de penas elásticas ou divisíveis, entre cujo máximo e mínimo o juiz pode mover-se para escolher a magnitude precisa que corresponda a um caso e a um sujeito determinado (recorde-se o Código francês de 1810, as reformas de 1824 e 1832 e o Código bávaro de 1813, obra de Feuerbach).

Para Manuel de Rivacoba y Rivacoba,¹⁰ o juiz atua "*como o médico a respeito da enfermidade e a eficácia dos medicamentos*" A pena deve ser graduada como expressão singular de desvalor, ou seja, conforme a intensidade do injusto e da reprovação. A noção *avant la lettre* de alguns códigos¹¹ dá ao juiz um grande arbítrio, sempre porém submetido à lei, ou seja, mais que a sua letra, a seus fins e valores e exigem sempre ampla formação, critério e equilíbrio jurídicos, isto é, conhecimentos e perspicácia.

5 Quanto à Terminologia

"*Limites mínimo e máximo*"

Tulio Ascarelli¹² ensina que "*para que o operador do Direito possa cumprir o seu dever é crucial o trabalho de lapidação das palavras, a fim de que se possa extrair de cada uma delas seu 'mínimo' - do latim minimu que significa*

10. Manuel de Rivacoba y Rivacoba, La dosimetria en la determinación legal de las penas, in: *Rev. de Derecho Penal y Criminología*, 4, 752-1994; Función y aplicación de la pena.

11. Nesse sentido o argentino, art. 41, n. 2, segundo Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, pp. 448-449.

12. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriais*, Barcelona, Bosch, 1970.

menor, que está no grau mais baixo; no mínimo, no menor limite provável ou pelo menos"

Parece-nos, paradoxalmente, que a sentença brilhantemente prolatada por Vicente Cernicchiaro obedeceu o "*limite mínimo*" legal. Como isso foi possível? Vejamos:

O trabalho de captação e agrupamento de notas características, base do pensamento conceitual, traz em si seu próprio limite. Os conceitos trabalham de forma fragmentária, captando a realidade de maneira parcial, a medida que os dados concretos apresentem os elementos anteriormente separados na sua elaboração.¹³ Ocorre que a realidade sempre se mostra mais rica do que os conceitos podem prever. É preciso coordenar "*a descoberta das conexões de sentido em que as normas e regulações particulares encontram entre si com os princípios diretivos do ordenamento jurídico*"

O ordenamento jurídico, por suas necessidades de completude e coerência, não pode dispensar o uso de conceitos, mas estes muitas vezes abrangem uma área nebulosa. Como tentativa de superação do processo ontológico de elaboração dos conceitos surge o pensamento tipológico, já que a realidade sempre se mostra mais rica que os conceitos. Esta questão conduz-nos diretamente ao problema do "*pensamento jurídico*". A determinação daquilo que é *in concreto* juridicamente devido ou permitido é feita de um modo autoritário pelos órgãos aplicadores do Direito. Isto não quer dizer, segundo Karl Engisch¹⁴ que: "*a lei por si e de modo esgotante determine as concretas decisões e atos da Justiça e da Administração*". Lembra Engisch que é função dos tribunais moldar a vida da comunidade segundo pontos de vista de prática utilidade e equidade, inclusive segundo um critério de "*livre estimativa*". Ou seja, a lei é apenas um elemento entre os vários que concorrem para fixar o conteúdo do dever-ser concreto.

O que se pretende é obter, a partir da lei, uma decisão normativa concreta (de dever-ser). Diz-se então que o conceito tem seu âmbito de aplicação determinado pelos elementos de sua concepção. O tipo, por sua vez, se relaciona com os fatos por um processo de aproximação e não de subsunção.¹⁵ O tipo deve ser entendido aqui como modelo ou paradigma normativo, em que só há harmonia no

13. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*.

14. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, p. 63.

15. Giorgio De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

seu conjunto de elementos a medida em que preencherem a função para a qual surgiu no meio social, função esta que informa o valor que guia a estruturação do tipo.¹⁶

Nesta decisão, ora comentada, a discussão não se dá sobre se o fato se adequa ou não ao "limite mínimo" previsto pelo tipo, mas sim, quão perto ou quão distante está deste.

A pena-base foi fixada no mínimo legal (atendendo ao princípio da legalidade). A questão basilar, porém, é a de saber se a presença de uma (ou mais) circunstância atenuante autorizaria a redução abaixo do "mínimo" (no sentido de cálculo matemático).

No entanto, o que não tem sido bem apreendido é o que seja a linha de demarcação ou "limite" real que baliza a própria função do Direito Penal moderno (e que pertence ao domínio da interpretação). A interpretação não-só fornece o material para o confronto da subsunção como cria pontos de referência (conteúdo e alcance-extensão dos conceitos jurídicos).

Ficar aquém do limite mínimo da pena cominada, no caso em concreto citado, é tão-só a conseqüência lógica do princípio "in dubio pro reo" Nesse sentido, já afirmava Binding: "o Direito fala a sua própria língua" Nada mais legítimo que a escolha do método de interpretação conduza a resultados satisfatórios.

São Paulo, dezembro de 1998.

BIBLIOGRAFIA

- ASCARELLI, Tullio. *Teoria de la concurrencia y de los bienes inmatrimales*, Barcelona, Bosh, 1970.
- COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 1996.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1987.
- DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*, tese de concurso para professor titular da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1980.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

16. K. Larenz, *op. cit.*

- FEUERBACH, Paul J. Ansekm Von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts*, Gieben, Mitternaier Ed., 1847
- HÄBERLE, V *Probleme der Verfassungsinterpretation*, p. 293.
- HUNGRIA, Nelson. *Novas Questões Jurídico Penais*, Ria Ed. Nacional de Direito Ltda., 1945.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, 1989.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Cálculo da pena e o dever de motivar, *in: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 6, (2): 161-170, abril/junho, 1994.
- SILVA FRANCO, Alberto. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, São Paulo, RT, 6ª ed.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 174.

DIREITO INTERNACIONAL

CRIMES DE GUERRA

José Roberto Franco da Fonseca

Professor Associado aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Os crimes de guerra só podem ter por sujeito ativo indivíduos. São julgados por tribunais "ad hoc", até que se venha a instalar o recém criado Tribunal Permanente. A sanção cabível é de natureza penal (prisão, perpétua ou temporária). As violações de direitos fundamentais só podem ter por sujeito ativo o Estado. São julgadas por tribunais especiais permanentes (Estrasburgo, França e San Jose da Costa Rica). A sanção cabível é meramente política (sentença de natureza declaratória) ou é também acrescida de condenatoriedade (indenização civil). Crimes de guerra e direitos fundamentais são, assim, matérias que não se devem confundir.

Abstract:

Only individuals can practice war crimes, which are punished by "ad hoc" courts. This punishment consists on life or temporary imprisonment. Only States can practice violence against Human Rights. Those States will be judged by special permanent Courts (Strasbourg, France and San Jose of Costa Rica). The defendant State will be submitted either to merely political judicial statements or to civil indemnities charges. Therefore, war crimes and Human Rights are essentially different juridical matters, with different system of legal rules for eachother.

Unitermos: crimes de guerra; direitos fundamentais.

Sumário:

1. Introdução
 - 1.1. Importância e atualidade do tema
 - 1.2. Termos em que se coloca o problema e método adequado para sua solução
2. Direito Penal, Interno e Internacional
3. Crimes de guerra: evolução, estrutura e tipologia, juízo e sanções
 - 3.1. Evolução histórica
 - 3.2. Estrutura
 - 3.3. Tipologia
 - 3.4. Juízo competente e sanção cabível

4. Violação de direitos fundamentais. Evolução, estrutura e tipologia, juízo e sanção
 - 4.1. Evolução histórica
 - 4.2. Estrutura e tipologia
 - 4.3. Juízo e sanção
5. O Direito Internacional Humanitário
 - 5.1. Evolução histórica
 - 5.2. Estágio atual
6. Conclusões
 - 6.1. Crimes de guerra
 - 6.2. Violações de direitos fundamentais ("humanos")
 - 6.3. Direito Internacional Humanitário

1. Introdução

1.1. Importância e atualidade do tema

Em julho de 1998, em Roma, o grupo de trabalho das Nações Unidas conseguiu obter a aprovação de um projeto de estatuto do Tribunal Penal Internacional, a ser sediado em Haia. Houve sete votos contrários, na Conferência (EUA, Israel, China, Filipinas, Índia, Sri Lanka e Turquia), e 21 abstenções.

Tal ocorre, após décadas de exaustivas discussões e sucessivas reuniões da Conferência da ONU sobre prevenção da delinquência e tratamento de delinqüentes (desde 1980), cujas origens remontam ao projeto elaborado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (1954), seguido de projetos formulados pela Associação Internacional de Direito Penal.

O grande argumento contrário à legitimidade dos tribunais de crimes de guerra que se seguiram ao de Nuremberg (Ruanda, com sede na Tanzânia; e ex-Iugoslávia, com sede em Haia) repousava no princípio de proibição do juízo de exceção, não-natural e não pre-constituído. De feito, os três tribunais internacionais de crimes de guerra foram constituídos "*ad hoc*" (o primeiro pelos aliados vencedores; os dois últimos pelo Conselho de Segurança da ONU). A consciência jurídica da humanidade reclamava, assim, de há muito, uma Corte permanente (já que o princípio da anterioridade da lei penal não constituía qualquer problema técnico, desde a tipificação operada no *Estatuto de Londres*, de 8 de agosto de 1945).

1.2. Termos em que se colocam o problema e o método adequado para sua solução

A discussão do tema naqueles foros, todavia, encontrou duas vertentes de dificuldades sérias, que contribuíram para obnubilar as perspectivas de resultados daqueles trabalhos.

A primeira vertente de dificuldades consiste na própria estrutura dos encontros diplomáticos ocorridos: é da própria essência da atividade diplomática a não-exigência de formação técnico-científica de jurista de seu quadro de profissionais. Os juristas que participaram dos encontros eram, alguns deles, essencial e exclusivamente internacionalistas (sem e domínio da Teoria Geral do Direito Penal), com honrosas exceções.

A segunda vertente deriva do fato de que certos temas de Direito Internacional Público (sendo essa uma característica sedutora desse ramo da ciência jurídica, derivada de seu extremo dinamismo, porque inserido fortemente na dinâmica da História) foram indebitamente apropriados por leigos de todo gênero: desde simples militantes partidários ou de organizações não-governamentais ativistas, passando por profissionais da comunicação escrita e televisiva, até acadêmicos brilhantes em áreas específicas estranhas àquela em que tais temas se inserem. Ora, em matéria de Direito, a contribuição dos conhecimentos empíricos (feitos por imagens, sem abstração de seus elementos individualizadores sensíveis; sem recurso, pois, à transformação das imagens em idéias e conceitos, próprias do conhecimento não-vulgar, científico) muito longe de ajudar, traz confusões e dificuldades que só complicam a equação dos problemas.

O que se viu, então, em escritos nos periódicos e até em palestras nos meios acadêmicos foi algo estarrecedor. A temática dos crimes de guerra foi por alguns alargada e confundida com a dos direitos "humanos" (direitos fundamentais ou essenciais à personalidade), englobando-se, assim, na primeira categoria, uma segunda categoria lógico-científica substancialmente diversa dela (como se recordará). Grupos feministas aventaram que qualquer estupro (cometido por criminoso comum nos longínquos rincões do interior brasileiro) passasse a ser considerado "crime de guerra" (uma das razões que motivaram o voto contrário dos EUA, que têm soldados sediados em vários pontos do mundo; e de Israel, que, estrategicamente, mantém núcleos de colonização em áreas litigiosas). Houve, até, quem propusesse que essa estratégia de estabelecer colônias fosse tipificada como

"crime de guerra" (passei a imaginar a preocupação do Chile, que mantém colônias estratégicas na Antártica).

Como dar tratamento adequado ao tema? Obviamente, não é possível tal tarefa senão com a revisão da Teoria Geral do Direito Penal, pois crimes de guerra são espécie do gênero crime. Sem o conhecimento da estrutura tridimensional do crime (gênero), não é admissível se tratar das diferenças específicas do tema em estudo.

De conseqüência, a metodologia adotada neste trabalho desdobrar-se-á: a. numa preliminar e introdutória distinção, através de precisões terminológicas, entre "crimes de guerra", "direitos fundamentais" e "Direito Humanitário", três categorias autônomas no Direito Internacional, para se obter a compreensão (específica) e a extensão (genérica) do tema; b. numa segunda fase, já-analítica, a exposição da estrutura, tipologia e jurisdição no atinente, de um lado, aos crimes de guerra, e, de outro lado, aos direitos fundamentais individuais; c. numa terceira fase, a exposição da evolução e estágio atual do Direito Internacional Humanitário (categoria também autônoma com relação às duas anteriores).

2. Direito Penal, Interno e Internacional

Uma primeira importante tarefa é definir a topologia dos crimes internacionais, na grande divisão fundamental entre Direito Penal Interno, de um lado, e Direito Penal Internacional, de outro.

Começemos pelo Direito Penal Interno. Por seu turno, esse corpo de normas desdobra-se em regras de direito substancial, tipos: (a. crimes territoriais; b. crimes transnacionais ou "de caráter internacional") e em regras de direito interespacial ou Sobredireito, atinentes à extraterritorialidade excepcional das regras substanciais internas.

Crimes territoriais são os tipificados nas leis internas, quer codificadas quer extravagantes. Crimes transnacionais ou "de caráter internacional" para adotar a terminologia sugerida por Igor Karpets, são os para cuja execução o agente ou a ação percorrem mais de um território estatal (tráfico de escravos, terrorismo, tráfico de mulheres e crianças, narcotráfico, pirataria, apoderamento ilícito de aeronaves - que são os arrolados por Celso Albuquerque Mello - aos quais acrescentaria espionagem e contrabando). São também tipificados no ordenamento jurídico interno, mas sua especificidade consiste no fato de ocorrer, aí, a fixação do juízo

competente pelo lugar da detenção do agente, quando haja convenção internacional a respeito: de consequência, a lei penal aplicável será a "*lex fori*" (portanto, reafirma-se o princípio geral da territorialidade da lei penal).

Já a segunda categoria do Direito Penal Interno, a de regras interespaciais ou de Sobredireito (que o eminente jurista uruguaio Manuel A. Vieira denomina Direito Penal Internacional, antepondo o termo Penal para distingui-lo do Direito Internacional Penal propriamente dito), constitui-se das normas sobre a excepcional extraterritorialidade conferida ao Direito Penal Interno substancial brasileiro, contidas no art. 7º, incs. I (a, b e c), II (b e c), do Código Penal. É o caso de crimes contra a vida ou liberdade do presidente da República ou contra o patrimônio ou fé-pública da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e respectivas autarquias ou contra a administração pública brasileira por quem esteja a seu serviço. É também o caso de crimes praticados por brasileiros no Exterior, desde que o agente ingresse no território nacional (caso em que não poderá ser extraditado, em razão de sua nacionalidade).

Se todo esse conjunto constitui o que chamamos Direito Penal Interno, qual será o conteúdo do Direito Penal Internacional?

Começemos por afirmar que só concebemos como "regras penais internacionais" aquelas que atendam a dois requisitos essenciais: a. natureza internacional da respectiva fonte (tratado ou convenção); b. ação ou omissão que causem dano relevante a bem de que é titular a humanidade ou a sociedade internacional (portanto, delitos "vagos", em que não se leva em conta a individuação das pessoas que sofrem a ação - adotando-se a denominação que para esse caso usam os juristas alemães).

Restringe-se, pois, o âmbito do Direito Penal Internacional aos crimes internacionais ("crimes de guerra"), que são os três grupos tipificados no *Estatuto de Londres*, de 8 de agosto de 1945, que instituiu o Tribunal Militar "*ad hoc*" de Nuremberg, a saber: a. crimes contra a paz; b. crimes de guerra em sentido estrito, isto é: atos cometidos no curso da guerra; c. crimes contra a humanidade.

3. Crimes de guerra: evolução, estrutura e tipologia, juízo e sanções

3.1. Evolução histórica

Formulou-se, no mundo cristão medieval, o conceito de "guerra justa" Seus fundamentos foram lançados por Santo Agostinho no século V. ampliados por Santo Isidoro de Sevilha duzentos anos após e confirmados por Santo Tomás de Aquino, no século XIII.

Tais fundamentos serviram de premissas para a argumentação de Francisco de Vitória, ao discutir a justiça ou injustiça da guerra de conquista movida pelos espanhóis na América.

Quando a Europa vivia o sistema multipolar do Concerto Europeu, cientes da fragilidade do equilíbrio de poderes, as potências se reuniram em Haia, em 1899, para uma primeira Conferência da Paz, para evitar a guerra ou, na pior das hipóteses, regular alguns atos de guerra. Numa segunda Conferência, em 1907, celebraram-se diversas convenções (declaração de guerra e armistício; proibição de envolver na guerra os não-combatentes; proibição de ataques a lugares ou populações desprovidos de importância estratégica; proibição de armas e manobras desumanas; o estatuto da neutralidade).

Eclodiu, nesse ínterim, a primeira Grande Guerra.

Terminada esta, o Tratado de Versalhes estipulou (arts. 227 a 230) que o Kaiser seria levado a julgamento por ofensa contra a moralidade internacional e a santidade dos tratados (pois rompera com os acordos da Haia, alegando que a guerra envolvia Estados não-signatários), perante tribunal a ser instalado com cinco juízes (EUA, França, Grã-Bretanha, Itália e Japão). Entretanto, tendo o Kaiser conseguido asilo junto à Holanda, que não o extraditou por entender políticos os crimes a ele imputados, somente alguns militares foram julgados na Alemanha, por tribunais locais.

Em 1920, o comitê de juristas encarregado pela Sociedade das Nações de elaborar o estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, ancestral da atual Corte Internacional de Justiça, propôs paralelamente a criação de um Tribunal Penal Internacional permanente, mas a Assembléia Geral da Liga rejeitou tal proposta.

O que ocorre é que, até então, a iniciativa da guerra era ato lícito. O que se procurava juridicamente regular eram os atos ("*ius in bello*") praticados no curso da guerra.

Em 1928, todavia, revolucionam-se tais conceitos, com o Pacto Briand-Kellog: nesse documento, firmado originariamente entre EUA e França, com a adesão posterior de sessenta países (praticamente toda a comunidade internacional de então), passava-se a considerar a iniciativa de guerra como ato ilícito internacional.

Em 26 de junho de 1945, foi assinada a Carta das Nações Unidas, que, em seu artigo 2º, § 4º, proscree definitivamente a guerra, considerando-a ato ilícito: "*os membros da Organização, em suas relações internacionais, abster-se-ão de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado*"

Concomitantemente, em 8 de agosto, do mesmo ano, instituíram os aliados, pelo *Estatuto de Londres*, um Tribunal Militar Internacional, sediado "*ad hoc*" em Nuremberg, para julgar os criminosos de guerra nazistas, composto por quatro juízes (EUA, França, Grã-Bretanha e União Soviética); assim como um segundo Tribunal Militar em Tóquio, com onze juízes, para julgar crimes de guerra cometidos por japoneses.

Em 1949, em Genebra, celebram-se quatro Convenções, numeradas de I a IV, regulando a proteção: a. dos feridos e enfermos na guerra terrestre; b. dos feridos, enfermos e náufragos na guerra naval; c. dos prisioneiros de guerra; d. dos civis em tempo de guerra. Era o desdobramento do acervo pactuado na mesma Genebra, em 1864 e em 1925. Consolidava-se, assim, o incipiente Direito Humanitário.

Em 22 de fevereiro de 1993, por meio da resolução n. 808, o Conselho de Segurança da ONU criou o Tribunal Internacional para crimes de guerra cometidos em 1991 na ex-Iugoslávia. Em novembro de 1994, nova resolução do Conselho de Segurança criou Tribunal semelhante para Ruanda. O primeiro seria sediado em Haia e o segundo, na Tanzânia. A criação desses dois foros criminais internacionais veio trazer importante inovação na matéria: é que, nos dois casos, ocorreram guerras-intestinas, não interestatais clássicas. Tal evolução, pois, mostra que, no estado atual, o campo de abrangência do Direito Penal Internacional não se limita às guerras entre Estados; ao contrário, suas normas passam a aplicar-se, também, às guerras civis.

Em julho de 1998, conforme já-antecipado na Introdução deste trabalho, resolveu-se, em Roma, aprovar proposta de grupo de trabalho da ONU, apresentada à Conferência para tal fim, no sentido da criação de um Tribunal Penal Internacional permanente, a ser sediado em Haia.

3.2. Estrutura

Como todo delito, o crime de guerra é objeto cultural tridimensional: fato típico, antijurídico e culpável.

Analisemos cada um desses três planos em que se pode escandir a estrutura dessa modalidade criminosa.

No plano do fato típico, temos: a. sujeito ativo; b. ação ou omissão; c. resultado: dano incidente sobre bem jurídico de que é portador ou titular; d. adequação típica: subsunção do fato à norma penal. O sujeito ativo deve agir por vontade livre e deve ser imputável.

Desde logo, observe-se que sujeito ativo somente pode ser a pessoa física. Embora na doutrina alemã (Otto Gierke) e alguns franceses sustentem que a pessoa jurídica é realidade fáctica dotada de vontade própria e autônoma, a tradição do Direito Penal brasileiro nunca aceitou a responsabilidade penal de grupo coletivo de pessoas. A recente edição da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (que dispõe sobre crimes de lesão ao meio ambiente), todavia, representou uma ruptura de tal tradição e, a nosso ver, grave retrocesso cultural (recordando-nos o processo penal pitoresco movido por monges medievos contra a sociedade das formigas, que em caráter continuado furtavam açúcar ao monastério).

Lembre-se, aqui, a ponderação de René Ariel Dotti (*in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11/201, 1995): "*No sistema jurídico positivo brasileiro, a responsabilidade penal é atribuída, exclusivamente, às pessoas físicas. Os crimes ou delitos e as contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos*" Também Ivette Senise Ferreira ensina: "*Sem entrar em considerações a respeito da vontade da pessoa jurídica, se existe ou se é desvinculada da vontade de seus membros, discutida pelos civilistas, as maiores objeções que podemos fazer ao reconhecimento dessa responsabilidade na área penal resumem-se em duas questões fundamentais: a. a personalidade das penas, que importa na sua individualização, na medida da culpabilidade do agente; b. as*

exigências da verificação da culpabilidade, como juízo de reprovação pessoal, que implica a existência da imputabilidade (condição pessoal), consciência da ilicitude (estado pessoal) e inexigibilidade de outra conduta (só tem conduta a pessoa humana)" (pp. 102-103). A eminente penalista com maestria apontou a consciência da ilicitude, privativa do indivíduo, como o fulcro da teoria da culpabilidade; voltaremos a esse ponto, quando da análise desse terceiro plano do fenômeno tridimensional ora analisado.

Já houve quem, como Pella ("*La criminalité collective des États et le Droit Penal de l'avenir*" Bucarest, Imprimerie de l'État, 1926, prefácio; "*La guerre-crime et les criminels de guerre*" in *Révue de Droit International des sciences diplomatiques et politiques*, Genebra-Paris, Éditions A. Pedone, 1946, pp. 63 e ss.), tenha proposto o Estado como sujeito ativo do crime de guerra. Mas o próprio Pella, que elaborou projeto de Código Penal Internacional como suplemento ao segundo trabalho acima referido, propõe as seguintes sanções (contra Estados): a. diplomáticas (protesto, ruptura de relações); b. jurídicas (seqüestro de bens de cidadãos); c. econômicas (bloqueio, embargo); d. outras (multa, privação de representação em organizações internacionais etc.). Tal proposta recebeu a procedente crítica de Igor Karpets: "*se se examina o sistema de sanções proposto pelo Prof. Pella se vê com facilidade que estas não têm nada em comum com os princípios do Direito Penal nem com o castigo penal*" (pp. 24-25)..

Ademais, se se rememoram os ensinamentos da Teoria Geral do Estado e se se recorda que o Estado não é senão a síntese integrativa resultante de pelo menos três elementos (território, povo e governo), verifica-se cristalinamente que a idéia de um Estado criminoso é um absurdo jurídico, enquanto que governantes criminosos são uma realidade.

Ainda no primeiro plano, o do fato típico, contemplemos agora a figura do sujeito passivo. Como entendemos que se trata de delito "vago" (como atrás já-mencionado), as pessoas mortas, torturadas ou deportadas não são os sujeitos passivos dos crimes de guerra, mas simples objetos materiais da ação delituosa. Sujeito passivo (titular do bem jurídico lesado) é a humanidade, ou a comunidade internacional.

Quanto ao segundo plano estrutural dos crimes de guerra, o da antijuridicidade, formula-se aí juízo de valor, de que a tipicidade é indício, "*ratio cognoscendi*" (Mayer), ou fundamento, "*ratio essendi*" (Mezger).

Quanto ao terceiro plano, o da culpabilidade, nele é que se encontra o grande e definitivo argumento contra a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, do Estado em particular. Na teoria da culpabilidade penal, evoluiu-se da mera concepção psicológico-naturalística (que pode até ser suficiente para explicar a vontade, ínsita no plano da tipicidade) para a moderna concepção normativa (Reinhard Frank, Freudenthal, Schmidt, Mezger). O dolo passou modernamente a ser concebido como consciência da antijuridicidade. E consciência, como ensina John Searle, de Berkeley, em publicação recente, é resultado de um processo neurobiológico, exclusivamente admissível no indivíduo. Por isso refere-se Jiménez de Asúa aos "elementos intelectuais" e "elementos afetivos" do dolo, para distingui-lo da mera vontade (p. 387).

3.3. Tipologia

O *Estatuto de Londres*, de 8 de agosto de 1945, em seu art. 6º, tipifica três grupos de "crimes de guerra": a. "crimes contra a paz" (direção, preparação, desencadeamento ou prosseguimento de uma guerra de agressão ou de uma guerra de violação dos tratados, concertado ou em conluio para a execução de qualquer um dos atos precedentes); b. "crimes de guerra" em sentido estrito (violação de leis e costumes de guerra: assassinato, maus-tratos ou deportação para trabalhos forçados ou para qualquer outro fim das populações civis nos territórios ocupados, assassinato ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou de náufragos, execução de reféns, pilhagem de bens públicos ou privados, destruição sem motivo estratégico de cidades e aldeias, ou devastações que as exigências militares não-justifiquem); c. "crimes contra a humanidade" (assassinato, exterminação, redução à escravidão, deportação ou qualquer outro ato desumano cometido contra populações civis, antes e durante a guerra; ou, então, perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições, tenham ou-não constituído uma violação do direito interno dos países onde foram perpetrados, hajam sido cometidos em consequência de qualquer crime que entre na competência do Tribunal ou em ligação com esse crime).

Como se vê da tipificação acima, os crimes agrupados sob "b" ("crimes de guerra" em sentido estrito) constituem violações ao chamado "Direito Humanitário", elaborado em Genebra, em 1864 e 1925, depois aperfeiçoado nas Convenções I, II, III e IV, de 1949.

Já o genocídio subsume-se no grupo dos crimes sob "c" ("crimes contra a humanidade"). A Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, assinada em Paris, a 11.12.1948, tornou tal ato ilícito internacional punível mesmo quando cometido em tempo de paz (art. 1º), tendo as partes contratantes assumido o compromisso de elaborar, nos seus ordenamentos penais internos, as regras de tipificação e cominação de penas adequadas (art. 5º).

O Código Penal vigente dispõe, no art. 7º: inciso I, alínea "d", que o crime de genocídio fica sujeito à lei penal brasileira, embora cometido no Exterior, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil, ainda que tenha havido condenação ou absolvição no Exterior. O Anteprojeto governamental de reforma da Parte Especial do Código Penal tipifica o genocídio no título XIV ("*Dos crimes contra o Estado Democrático*"), capítulo IV ("*Dos crimes contra a humanidade*"), no art. 396, cominando-lhe pena de reclusão, de oito a quinze anos, além da pena correspondente à violência.

3.4. Juízo competente e sanção cabível

Enquanto ao juízo competente para apreciar os crimes de guerra, houve nessa matéria importante evolução.

Os três primeiros tribunais penais internacionais (o da Primeira Guerra, que não chegou a instalar-se; e os de Nuremberg e Tóquio, em 1945) foram criados "*ad hoc*" pelos aliados vitoriosos e seus integrantes foram por estes designados.

Já o quarto e o quinto (ex-Iugoslávia, em 1993, com sede em Haia; e Ruanda, em 1994, com sede na Tanzânia) foram também constituídos "*ad hoc*" (por falecer um Tribunal Internacional Penal permanente), mas foram instituídos pelo Conselho de Segurança da ONU, que ostenta as seguintes características importantes: a. é órgão internacional, de proeminência na estrutura das Nações Unidas; b. é órgão desinteressado e imparcial quanto aos conflitos (intestinos, repita-se) apreciados.

Um terceiro passo, nessa linha de evolução para o aperfeiçoamento e consolidação pragmática do Direito Penal Internacional, seria a criação de Tribunal permanente, o que se noticia ter ocorrido em Roma, em julho de 1998. Como ainda não foi divulgado o inteiro teor das resoluções adotadas a respeito, esperemos que

esse promissor passo não tenha sido prejudicado por circunstâncias que nosso pessimismo cauteloso apontou na Introdução deste trabalho.

As sanções cabíveis para os crimes de guerra, obviamente, são de natureza penal (morte ou privação, perpétua ou temporária, da liberdade dos indivíduos aos quais foram imputados).

4. Violação de direitos fundamentais. Evolução, estrutura e tipologia, juízo e sanção

4.1. Evolução histórica

Desde que se afirmou, no plano do Direito Penal Internacional, que o ser humano, individualmente considerado, era titular de obrigações (responsabilidade penal) na órbita internacional, era normal que se operasse evolução no sentido reverso da medalha, isto é: aqueles direitos subjetivos públicos do indivíduo, inerentes à personalidade (portanto, à dignidade humana), oponíveis contra o Estado, podem e devem aspirar a tutela jurídica no plano internacional, não-só no plano do Direito Público interno.

Em matéria de direitos individuais fundamentais no plano internacional, são tutelados os chamados de "primeira geração" a saber: os que costumam mais freqüentemente sofrer agressões por parte do Estado (vida, integridade física, liberdade de locomoção, liberdade de pensamento e de comunicação, liberdade de associação, liberdade de crença e culto, liberdade de trabalho, liberdade de acesso a/ou participação no poder, igualdade perante a lei).

Em 1949, reuniram-se os países europeus e celebraram uma Convenção de "Direitos Humanos" criando um Tribunal e uma Comissão, sediados em Estrasburgo.

Em 1959, o mesmo modelo foi adotado por Estados americanos, que celebraram Convenção e, em Protocolo anexo, criaram Tribunal e Comissão, sediados em San Jose, Costa Rica.

Usando do Direito Internacional como estratégia, a civilização ocidental vem procurando difundir a aceitação universal de valor cultural fundante de suas regras: o valor da dignidade do ser humano (que se traduz juridicamente por justiça e, no plano internacional, paz e segurança).

4.2. Estrutura e tipologia

Enquanto nos crimes de guerra o sujeito ativo do ato ilícito é sempre um indivíduo, pessoa física (como ficou descrito no ítem 3), em matéria de direitos fundamentais o agente ativo da violação é sempre o Estado, pessoa jurídica de Direito Público. Se o fato for tipificado penalmente no ordenamento interno, não mais se trata de violação de direitos fundamentais, mas crime (homicídio, tortura de preso, castigos corporais praticados por agentes estatais, por exemplo). Nesse caso, não se tratando de violação de direito fundamental mas de crime, o agente não é o Estado, mas o indivíduo, pessoa física, que em seu nome agiu (ilicitamente, em razão de existir o tipo penal). Se a violação não for tipificada como crime no ordenamento interno, só então haverá falar em violação de direitos fundamentais e, por isso, o agente violador é o próprio Estado, pessoa jurídica de Direito Público.

É óbvio que também no caso de o ato ser penalmente tipificado, mas se registre quer a omissão quer a comissão dos órgãos estatais encarregados, produzindo como resultado a impunidade do criminoso, também nesse caso o fato transmuta-se de crime, imputável ao indivíduo, para agressão a direitos fundamentais, imputável agora e como tal ao Estado.

Quanto à tipologia dos direitos fundamentais, remete-se o leitor ao que acima ficou dito (4.1) com referência à sua conceituação. Os direitos fundamentais são os inerentes à personalidade, ao passo que os direitos adquiridos provêm de diversos títulos aquisitivos (compra-e-venda, herança, título de crédito, doação, decreto ou lei estatais, etc.).

4.3. Juízo e sanção

No plano do ordenamento jurídico interno, as violações de direitos fundamentais são controladas pelo Poder Judiciário nacional, através de "*writs*" sumaríssimos ("*habeas-corpus*" mandado de segurança), ao contrário do que ocorre com os direitos adquiridos, que são tutelados por ações comuns (ordinárias e especiais).

Esgotada a jurisdição nacional e persistindo a violação, a pretensão pode ser levada, por meio de "*notitia*" à Comissão de San Jose, Costa Rica, se o Estado-violador é membro da Convenção Interamericana de 1959, ou à Comissão de

Estrasburgo, se o Estado-transgressor for membro da Convenção Européia de 1949. Em qualquer dos casos, a Comissão, após investigações, pode entender que existe "*fumus boni iuris*" na "*notitia*"; formada tal "*opinio*", a Comissão deduz, em nome próprio, a pretensão do autor da notícia perante a Corte de Justiça respectiva. Trata-se, como se vê, da figura que a Teoria do Processo denomina "substituição processual" uma vez que a pessoa física ou jurídica não tem legitimidade processual.

Suponhamos, agora, que a vítima não tenha o vínculo pátrio de nacionalidade do Estado-agressor e, mais, que este não seja membro quer da Convenção européia quer da interamericana. Neste caso, o Estado-nacional do ofendido pode exercer-lhe proteção diplomática, através também da substituição processual, mas agora perante a Corte Internacional de Justiça, para ali pleitear, em nome próprio, a condenação indenizatória de interesse de seu súdito (v. casos clássicos "Nottebohm" "Barcelona Traction" e inúmeros outros).

Examinemos, agora, a natureza da sentença e das sanções eventualmente aplicáveis.

A sentença é ou meramente declaratória (carga, aliás, presente preliminarmente em qualquer tipo de sentença, como preleciona Pontes de Miranda), caso em que a sanção, nela implícita, é de natureza política (o Estado é declarado praticante de ato ilícito, por violar obrigação jurídica contraída na Convenção), ou declaratória, acrescida de um "*plus*" condenatório (sanção indenizatória civil).

Não há cogitar, portanto, de sanções penais (até porque o Estado, réu na ação, não está sujeito a sanção penal), nem o ilícito é penal, senão político).

5. O Direito Internacional Humanitário

5.1. Evolução histórica

Essa nova dimensão do Direito Internacional Público tem suas origens na atividade desenvolvida por Henri Dunant, que, na batalha de Solferino (em plena guerra entre Áustria, de um lado, e França e Sardenha, de outro, em 1859), ficou horrorizado com atrocidades a que assistiu e, de conseqüência, obteve a convocação de sucessivas reuniões de cidadãos suíços e agentes governamentais, até a criação da Cruz Vermelha Internacional. Embora essa entidade não constituísse uma organização no sentido técnico-clássico (por não ser intergovernamental), inspirou,

em Genebra, em 22 agosto de 1864, a assinatura de uma Convenção sobre Melhoria de Condições dos Militares Feridos em Campanha.

Durante o século XVIII, havia regras jurídicas costumeiras, que visavam à tutela: a. dos feridos e enfermos; b. dos médicos, enfermeiros e capelães; c. dos hospitais, enfermarias e seus veículos; d. dos prisioneiros de guerra; e. da população civil não-beligerante (J. Francisco Rezek, p. 374).

Em 1899 (primeira Conferência da Paz) e em 1907 (segunda Conferência da Paz), em Haia, estipularam-se regras sobre armas e a atividade dos beligerantes.

A partir dos quatro convênios celebrados em Genebra, em 1949, recebe grande impulso o Direito Internacional Humanitário. Dois Protocolos adicionais às Convenções de 1949 foram assinados em Genebra em 1977: o primeiro (conflitos internacionais) abrange, nessa categoria, as lutas armadas de libertação nacional); o segundo estende as regras jurídicas humanitárias ao campo da guerra civil, intestina (excetuados meros movimentos de insurreição, que não cheguem a caracterizar beligerância).

5.2. Estágio atual

Contemporaneamente, o Direito Internacional Humanitário vem tomando rumos, imprevisíveis anteriormente, de grande importância para a realização de seus valores.

Duas vertentes merecem aqui serem referidas. De um lado, têm-se celebrado tratados visando à proscrição de armas químicas e bacteriológicas, desde 1972, aperfeiçoando os sistemas de controle para efetivação das proibições já estipuladas desde o Protocolo de Genebra, de 17 de junho de 1925. Nessa mesma vertente, proibem-se acesso a tecnologias sensíveis, produção de armas nucleares e realização de testes quer no ar, quer no solo, quer no subsolo ou no mar; ao mesmo tempo, esforçam-se as potências em redução gradativa de seu arsenal nuclear. Revela-se, assim, o Direito Internacional Humanitário como novo e eficiente instrumento de garantia de paz e segurança mundiais.

De outro lado (e essa é uma vertente de desenvolvimento também revolucionário), esse ramo do Direito passou a abranger situações que nada têm, em tese, com a situação típica da guerra. Com efeito, em tempo de paz, novas regras têm surgido para atender às aspirações humanitárias ínsitas no valor próprio do Direito,

que é a idéia de Justiça. Refiro-me a recentes tratados, que foram assinados ou estão sendo negociados, respeitadamente a transferência de presos condenados, para fins de execução criminal. Inspira-se tal tendência na verificação de que, posto que penalmente condenado, o preso deve ter tratamento humanitário, o que certamente lhe será proporcionado no lugar de sua nacionalidade ou onde tenham domicílio seus familiares.

6. Conclusões

6.1. Crimes de guerra

- São os únicos crimes "internacionais" Seus tipos (crimes contra a paz, crimes de guerra em sentido estrito e crimes contra a humanidade) têm como modelo de expressão ou cognição o *Estatuto de Londres*, de 1945, fonte portanto inequivocamente internacional.

- O agente (sujeito ativo) é o indivíduo (penalmente imputável), em cenário de guerra (internacional ou intestina).

- O juízo competente, até o momento, consistiu em tribunais "ad hoc" (Nuremberg montado por beligerantes vencedores; Bósnia e Ruanda montados pelo Conselho de Segurança da ONU). Em Roma, fala-se em Tribunal permanente.

- A sanção cabível é a estritamente penal (morte ou prisão, perpétua ou temporária; tendo sido a primeira excluída para Bósnia e Ruanda).

- Não se confundem com crimes "de caráter internacional", para cuja execução o sujeito ativo ou a ação percorre territórios de vários Estados (tráfico de pessoas, narcotráfico, atos de terrorismo, contrabando, espionagem): estes são crimes tipificados nos ordenamentos internos e o juízo competente é também o nacional do Estado onde for detido o agente.

6.2. Violações de direitos fundamentais ("humanos")

- Não são ilícitos penais: a sanção que ensejam é de natureza política (sentença meramente declaratória) ou indenizatória civil (sentença condenatória).

- O agente é sempre unicamente o Estado.

- O juízo competente é a Corte de Estrasburgo (se o Estado é europeu e membro da Convenção de 1949) ou a Corte de San Jose, Costa Rica (se se tratar de membro da Convenção Interamericana de 1959). Se o Estado-violador não for

membro de nenhum desses tratados e o sujeito passivo da violação for estrangeiro, o Estado-patrial da vítima pode exercitar, perante a Corte Internacional de Justiça, em Haia, a proteção diplomática de seu súdito, pleiteando, no interesse deste, condenção indenizatória civil.

- Se o sujeito ativo do ilícito é agente estatal e o fato está tipificado no ordenamento penal interno, é óbvio que, então, não há falar em direitos fundamentais, mas em mero crime, prevista sanção penal para o agente.

6.3. Direito Internacional Humanitário

- Originariamente, circunscrevia-se à consolidação convencional de leis e costumes atinentes à guerra, internacional ou instintiva (em Haia e em Genebra). Sua violação, no curso da guerra, subsume-se no tipo previsto como "crimes de guerra em sentido estrito", no *Estatuto de Londres*, de 1945.

- A moderna tendência desse ramo do Direito Internacional é extrapolar tais limites, para abranger certas situações em tempo de paz, de que é exemplo a execução das sentenças condenatórias privativas de liberdade impostas a criminosos domiciliados no Exterior, propiciando-se a transferência de presos estrangeiros.

São Paulo, setembro de 1998.

7. Bibliografia

- ACCIOLY, H. e SILVA, G. E, do Nascimento e. "*Manual de Direito Internacional Público*" S. Paulo, Saraiva, 12ª ed., 1996.
- ASUA, Luis Jiménez de. "*La ley y el delito*" Buenos Aires e México, Ed. Hermes, 2ª ed., 1954.
- BASSIOUNI, Cherif M. "*International Criminal Law*" Nova Iorque, Transnational Publishers Inc., 1986-7, 3 vs.
- BLISCHENKO, I. e ZHDANOV, N. "*El terrorismo*" trad. de M. Ciutat, Moscou, Ed. Progreso, 1983.
- BONAVIDES, Paulo. "A nova universalidade dos direitos fundamentais", in - "*Nomos*" Fortaleza, vs. 9-10, ns. 1 e 2, jan.-dez. 1990 e 91.
- BRUNO, Aníbal. "*Direito Penal*" t. I, Rio de Janeiro, Forense, 4ª ed., 1984.

- CONOT, Robert. "*Justice at Nuremberg*", Nova Iorque, Harper & Row, 1983.
- COOPER, Robert W. "*The Nuremberg Trial*" Nova Iorque, Penguin, 1947.
- FERREIRA, Ivette Senise. "*Tutela penal do patrimônio cultural*" S. Paulo, Rev. Tribs., 1995.
- FONSECA, J. R. Franco da. "Dimensão internacional dos direitos fundamentais da pessoa" in "*Revista da Faculdade de Direito*", S. Paulo, 1993, v. 88, pp. 487 e ss.
- GARCIA AMADOR, F V. "*Dimensiones actuales del Derecho Internacional Público*" (comunicação ao XVII Congresso), IHLADI, Madri, 1992.
- KARPETS, Igor. "*Delitos de carácter internacional*" trad. de Pérez Castul, Moscou, Ed. Progreso, 1983.
- LAFER, Celso. "*A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*" S. Paulo, Cia. das Letras, 1991.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. "*Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*" Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- LUNA, Everardo da Cunha. "*Estrutura jurídica do crime*", Recife, UFPE, 1970.
- MELLO, Celso de Albuquerque. "*Direito Penal e Direito Internacional*" Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978.
- _____. "*Introdução ao estudo da sanção no Direito Internacional Público*", Rio de Janeiro, Univ. Gama Filho, 1995.
- PELLA, Vespasien V "*La criminalité collective des états et le droit pénal de l'avenir*" Bucarest, Imprimerie de l'État, 1926.
- _____. "La guerre-crime et les criminels de guerre" in "*Révue de Droit International des sciences diplomatiques et politiques*", Genebra-Paris, Éd. A. Pedone, 1943, pp. 63 e ss.
- RANGEL, Vicente Marotta. "A Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu vigésimo aniversário" in "*Problemas Brasileiros*", S. Paulo, n. 70, 1969.
- _____. "*Direito e Relações Internacionais*" S. Paulo, Rev. Tribs., 5ª ed., 1997.
- REALE, Miguel. "*Introdução à Filosofia*" S. Paulo, Saraiva, 1988.
- REALE JÚNIOR, Miguel. "*Antijuridicidade concreta*" S. Paulo, J. Butschatsky, 1973.
- REZEK, J. F "*Direito Internacional Público*" S. Paulo, Saraiva, 1989.
- RIPOLLÉS, Antonio Quintano. "*Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*" Madri, Instituto F de Vitoria, 1955.

- SMITH, Bradley F. "*O Tribunal de Nuremberg*" trad. de Henrique de Araújo Mesquita, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1979.
- TAYLOR, Telford. "*The anatomy of the Nuremberg Trials*" Nova Iorque, Knopf, 1992.
- VIEIRA, Manuel A. "*Derecho Internacional Penal y Derecho Penal Internacional*" Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1969.
- WELZEL, Hans. "*Derecho Penal Alemán*", trad. J. B. Ramirez e S. I. Perez, Santiago, Ed. Jurídica, 3ª ed. espanhola, 1987.

Vertical text or markings on the left edge of the page, possibly a page number or reference code.

DIREITO PROCESSUAL

PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA LEI DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Walter Piva Rodrigues

Professor Doutor do Departamento de Direito Processual e Mestre em Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

*Augusto Tavares Rosa Marcacini**

Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Univerdade de São Paulo

Resumo:

O artigo ensejou palestra proferida pelos autores durante Semana de Estudos Jurídicos promovida pelo Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto da Faculdade de Direito da USP. O referido artigo embasa, ainda, a divulgação de anteprojeto de lei, reproduzido a final do artigo, para adaptar a atual lei, em vigor desde 1950, em matéria de assistência judiciária. Sua substituição por uma nova lei não-só está sendo necessária por força de leituras jurisprudenciais mas, ainda, pelo fato de que houve profundas alterações na dinâmica de acesso à Justiça, tendo em vista nova tábua de direitos e garantias processuais, assegurados pela Constituição de 1988.

Abstract:

This article is a brief of a lecture by the authors during an official event promoted by the Law Office of USP Law School's Student Council. It is a general comment about a draft law concerning Legal Aid proposed in that opportunity to substitute the law that rules this subject. Legal Aid in Brazil is regulated since 1950 by a federal law that has been changed several times. In the opinion of the authors, the actual law should be reviewed deeply in order to better assure the new rights established in 1988 by the new Constitution. The proposed draft law is reproduced by the end of the article.

Unitermos: assistência judiciária; justiça gratuita; assistência jurídica integral e gratuita à população carente; acesso à Justiça; defensoria pública.

* Este co-autor do presente artigo apresentou à FDUSP, em 1993, Dissertação de Mestrado sobre o tema "Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita", sob orientação do Prof. Dr. Luiz Carlos de Azevedo.

1. Apresentação

O texto que se segue representa a síntese das exposições feitas pelos seus subscritores na IV Jornada de Direito Processual, organizada pelo Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto, e realizada no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, entre 6 e 10 de outubro de 1997. Neste evento foi, pela primeira vez, tornado público o *Anteprojeto de Lei de Assistência Jurídica Integral e Gratuita* que aqui é exposto. Com a intenção de ampliar o debate sobre a Assistência Jurídica e sobre o anteprojeto vem à luz, agora, o presente artigo, juntamente com o nosso convite para que o leitor apresente suas críticas ou sugestões. O interessado poderá fazê-lo por carta, dirigida à "*Mesa de Debates sobre Assistência Jurídica à População Carente*", Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Rua Riachuelo, 185, 5º andar, São Paulo (SP), ou pelo correio eletrônico, enviando-a para mrcacini@usp.br.

2. Histórico do anteprojeto

Desde 1993, por iniciativa conjunta do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e do Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto, foi instaurada a "*Mesa de Debates sobre Assistência Jurídica à População Carente*" reunindo professores, alunos de graduação e pós-graduação desta Faculdade, para estudo dos temas e problemas relativos à prestação de assistência jurídica. E, como fruto das atividades da Mesa, resolveu-se elaborar um anteprojeto de lei, em substituição a atual Lei n. 1.060/50.

Feito o esboço inicial, o anteprojeto foi objeto de discussão entre os integrantes da Mesa, resultando no trabalho que segue ao final deste artigo.

3. A necessidade da Lei n. 1.060/50

No momento atual, em que a legislação processual passa por significativa reforma, na busca de um processo melhor e mais justo, oportuna se mostra a revisão da nossa velha Lei de Assistência Judiciária. E o que não faltam são motivos para alterá-la.

Editada sob a égide do Código de 1939 que regulava custas e sucumbência de modo diverso do sistema atual alguns dos dispositivos da LAJ que ainda mantêm redação original só fazem sentido no contexto daquele sistema. Este é o caso, por exemplo, dos §§ do art. 11 e do art. 12.

Quem lê o § 1º, do art. 11, sem prestar atenção ao sistema contemporâneo à edição da lei, pode pensar que o legislador quis, propositadamente, que os honorários de sucumbência, em favor do advogado do beneficiário, fossem inferiores ao teto de 20% estabelecido no sistema atual. Ora, naquela época não havia regra semelhante à do art. 20, § 3º, do Código vigente, estabelecendo que os honorários serão arbitrados entre 10% e 20% do valor da condenação. O princípio pelo qual o vencido deva, sempre, pagar os honorários do advogado da parte contrária só viria à luz com a edição da Lei n. 4.632/65. Até então, pelo texto original do Código de 39, o pagamento de honorários era restrito aos casos em que a parte agisse de modo temerário, quando a ação resultasse de dolo ou culpa, ou, ainda, nos casos de "*absolvição da instância*". E só em 1973 a lei viria a estabelecer que os honorários devem oscilar entre 10% e 20%.

O § 2º deste mesmo artigo, visto no contexto atual, parece não ter sentido, ou ser fruto de erro de grafia, trocando-se "*vencido*" por "*vencedor*". Mas não é, e por estranho que pareça, fazia sentido em 1950.

O art. 12, por sua vez, ao suspender a exigibilidade do pagamento das verbas de sucumbência, fala apenas em "*custas*", pois a condenação a honorários, no sistema anterior, não era a regra. Hoje, tendo sido generalizada a condenação do vencido a custas e honorários, não se pode pensar que só das primeiras o carente está dispensado, porque apenas delas trata a lei.

Outro fator a estimular uma revisão da LAJ é o fato de que este diploma se encontra hoje muito emendado, e algumas das alterações feitas comprometeram sua coerência, ou interna, ou com o sistema processual. Em sua redação original, o art. 4º exigia a instrução do pedido de gratuidade com a exibição de atestado de pobreza. Por isso, o art. 6º ao tratar do pedido feito no curso da ação, faz menção às provas da condição de necessitado. Com o tempo, o art. 4º foi sendo modificado, até atingir a redação atual, segundo a qual a mera declaração da parte é bastante para a obtenção do benefício. Mas o art. 6º foi esquecido, dando a impressão de que o pedido feito ao longo do processo precise ser instruído, o que é ilógico. Igualmente, no nosso modo de ver, o recurso de apelação previsto na lei para atacar a decisão que concede ou denega a gratuidade está em desacordo com o

sistema do Código, embora o art. 17 tenha sido alterado pela Lei n. 6.014/73, que adaptava ao novo sistema processual várias leis extravagantes.

Por último, as idéias em torno do benefício evoluíram. Nossa Constituição atual promete uma "*assistência jurídica integral e gratuita*", o que vai além da mera gratuidade processual ou da assistência judiciária, regidas na Lei n. 1.060/50. Esta lei confunde os conceitos de justiça gratuita e assistência judiciária e, não raro, os intérpretes do Direito não distinguem destes dois primeiros o novo conceito contido na Constituição. Em especial, muito se discute se o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição, ao falar em *comprovação* da insuficiência de recursos, teria revogado a Lei n. 1.060/50, no que tange a suficiência da mera declaração de pobreza, para obtenção do benefício. Os que assim pensam, *data venia*, não-só confundem os conceitos de assistência jurídica integral e de justiça gratuita, como ainda, no âmbito da Justiça Estadual, ignoram o texto da Constituição do Estado de São Paulo, cujo art. 3º reza:

"O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que 'declararem' insuficiência de recursos"
(grifamos)

Estes pontos acima enunciados, por vezes, desaguardam em questões processuais controvertidas, que impedem ou embaraçam a concessão do benefício ou a defesa do assistido.

Estas são as razões a motivar uma revisão da Lei de Assistência Judiciária. E, mais do que novas emendas ao seu texto, que já parece uma colcha de retalhos, melhor seria uma nova lei. Propomos, então, em substituição, este anteprojeto, trazido adiante.

Em linhas gerais, o anteprojeto procura consolidar os pontos positivos da LAJ e das interpretações jurisprudenciais que se fizeram sobre ela, além de tornar mais precisos os aspectos procedimentais de concessão da gratuidade. E, indo um pouco além, o anteprojeto sugere também algumas novidades, bastante oportunas.

4. Comentários ao anteprojeto

4.1. Aspectos gerais

O anteprojeto é dividido em três títulos. O primeiro, "*Da Assistência Jurídica Integral e Gratuita*", contém disposições gerais e define quem faz jus ao benefício. O segundo título, "*Da Justiça Gratuita*" cuida da concessão da gratuidade processual, ficando o terceiro, "*Da Assistência Jurídica*", encarregado de regular a forma da prestação de serviços jurídicos, judiciais ou extrajudiciais, ao carente de recursos.

4.2. Da assistência jurídica integral e gratuita.

Neste primeiro título, encontramos cinco pontos principais, que merecem destaque:

Em primeiro lugar, o projeto esclarece que a Assistência Jurídica Integral compreende a "Justiça Gratuita" e a "Assistência Jurídica" buscando superar a confusão conceitual existente na atual lei (art. 1º § único).

Em segundo lugar, vê-se o deslocamento do Poder Público Municipal, da posição de mero colaborador ocupada na Lei n. 1.060/50, para a posição de devedor principal da prestação de assistência jurídica integral e gratuita. A Constituição Federal, ao dizer que "*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*" (art. 5º, LXXIV), certamente fala em "Estado" como ente político, o que abarca todas as três esferas administrativas. Tal é, inclusive, a posição de José Carlos Barbosa Moreira, que, em seu artigo intitulado "*O Direito à Assistência Jurídica: Evolução do Ordenamento Brasileiro de Nosso Tempo*" (in Revista de Processo n. 67, pp. 124 a 134), assim interpreta esta promessa constitucional:

Examinemos o texto: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" A primeira observação, um tanto óbvia, é a de que "Estado" designa aí, como em muitos outros dispositivos (v.g., arts. 5º, LXXXIII, 196, 205, 215, 217, 218, 226, 227, 230), toda e qualquer

entidade político-administrativa: não apenas a União e os Estados-membros. Também o Município, p. ex., no âmbito próprio de sua atuação, tem o dever de assistir, e também em face dele poder surgir para o necessitado, nesse âmbito, a pretensão à assistência. Pouco importa que só a União, os Estados e o Distrito Federal sejam competentes para legislar sobre "assistência jurídica e defensoria pública" (art. 24, XIII): não há confundir competência legislativa e competência administrativa, que nem sempre coincidem.

Quis a Constituição individualizar o órgão a que incumbirão "a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º LXXIV": conferiu tais atribuições à Defensoria Pública, cuja existência se tornou obrigatória na União, no Distrito Federal, nos Territórios e nos Estados (art. 134 e seu § único). Daí tampouco se tira argumento capaz de excluir para os Municípios o dever de assistir, até porque - como adiante se ressaltará - as atribuições mencionadas não esgotam o âmbito da "assistência jurídica integral"

Em terceiro lugar, temos a inclusão das Faculdades de Direito públicas e privadas como colaboradoras dos Poderes Públicos para promover o acesso à justiça; diante da atual exigência curricular da disciplina de Prática Jurídica, a ser ministrada obrigatoriamente pelas Faculdades de Direito, o texto proposto estimula uma sintonia entre esta atividade acadêmica e a prestação de assistência à população carente (art. 2º).

O quarto ponto a destacar é a determinação para a criação de um fundo, que terá como fonte, no mínimo, 1% das custas judiciais, para custear os benefícios instituídos no anteprojeto (art. 3º).

Em quinto e último lugar, as pessoas jurídicas foram expressamente incluídas como possíveis beneficiárias da gratuidade, atendidos os requisitos do anteprojeto (art. 4º, II); para não engessar as possibilidades de concessão de gratuidade processual, o art. 5º, § 3º, prevê concessão parcial do benefício para as

pessoas não definidas expressamente no art. 4º, dando margem para que o juiz, caso a caso, defira o benefício para permitir o acesso à justiça.

4.3. Da justiça gratuita

Fiel à divisão de conceitos, neste segundo título o anteprojeto regula não-somente a concessão da gratuidade processual.

No primeiro capítulo, é definida a extensão do benefício, começando por distinguir seus dois efeitos: a dispensa de antecipação das despesas processuais e a suspensão da exigibilidade das verbas decorrentes da sucumbência. Segue-se um rol de despesas cuja antecipação é dispensada, a título meramente exemplificativo, apenas para não deixar dúvidas a seu respeito. Foram incluídas verbas frequentemente controvertidas, além das já-mencionadas na atual lei, com o intuito de pôr fim às discussões em torno de sua dispensa ou-não. Mas não se trata de enumeração taxativa, como se depreende do inciso X, que dispensa o beneficiário de *"todas as demais despesas, cujo pagamento seja necessário para o exercício do direito de ação ou defesa, para a produção de prova, para a prática de atos processuais ou para lhes dar eficácia"*

Este inciso X, na verdade, encerra o verdadeiro significado do benefício da gratuidade processual. O pobre deve ser dispensado de todas as despesas decorrentes de sua participação no processo. De nada adiantaria isentar o pobre do pagamento da taxa judiciária, permitindo o ingresso em juízo, se, depois, para bem atuar no processo necessitar gastar o dinheiro que não tem. Entendido o acesso à justiça não apenas como a possibilidade de estar em juízo, mas como *"acesso à ordem jurídica justa"*, não se justifica exigir do pobre qualquer pagamento necessário à sua boa atuação no processo. É irrelevante, até, distinguir quem é o credor desta despesa. Pode ser o próprio Poder Público, como podem ser os cartórios extrajudiciais, ou qualquer particular. Todos têm o dever de colaborar com a realização da justiça, guardadas as possibilidades de cada um. Como, entretanto, o devedor principal da gratuidade processual é o Estado, resta ao particular cobrá-lo regressivamente. É o que estabelece o art. 9º, § 5º dando ao particular título executivo judicial para ressarcir-se das despesas que teve ou dos créditos que deixou de receber, em virtude da dispensa concedida ao assistido. O mesmo se dá quanto aos honorários do advogado do assistido, que podem ser cobrados do Estado, nos termos do § 6º, deste mesmo artigo.

O art. 6º amplia expressamente o conceito da gratuidade processual, que não se restringe à dispensa de pagamentos, mas pode também, dadas as necessidades do caso concreto, constituir-se de um *fazer* por parte do Estado ou do particular. A regra se inspirou na necessidade das partes, que moram no interior, de se deslocarem para a Capital ou centros maiores, para realizar exames sangüíneos, situação que é bastante freqüente em ações declaratórias de paternidade. De que adianta poder fazer o exame técnico gratuitamente se o pobre sequer pode custear a passagem de ônibus para levá-lo ao local? Por isso, a regra permite ao juiz, caso a caso, determinar as providências necessárias para superar o óbice encontrado pela parte para atuar no processo, seja ele qual for, assegurado ao particular o direito de regresso contra o Estado.

No segundo capítulo deste título, é regulado o procedimento de concessão da gratuidade processual.

O art. 10 dispõe que o pedido não depende de forma expressa, nem de petição autônoma, podendo ser formulado conjuntamente com qualquer ato processual, nos próprios autos do processo. E, para sua concessão, em qualquer momento processual, basta apenas a declaração do postulante de que é necessitado, afirmação esta que se presume verdadeira.

Como novidade, o art. 11 exige que o juiz, tendo dúvidas quanto ao cabimento do benefício, peça esclarecimentos ao postulante, antes de indeferir o pedido. Muitas vezes, tem o juiz razoáveis dúvidas acerca do cabimento do benefício, diante das aparências que o caso encerra; entretanto, deve ser dada ao beneficiário a oportunidade de esclarecê-las, já que, para requerer a gratuidade, não teve ele a obrigação de expor fundamentadamente sua situação patrimonial. A regra evita que o benefício seja indeferido de plano, diante de situações aparentes que não representem a realidade. Evidentemente, este pedido de esclarecimentos complementares só terá lugar quando, pelo conteúdo dos autos, existir algum elemento a levantar suspeita sobre a capacidade econômica do assistido, devendo o juiz, neste caso, fundamentar sua decisão com a exposição dos motivos que ensejaram a sua dúvida. Não pode a exigência tornar-se regra, sob pena de dificultar o acesso à justiça do necessitado.

Nos arts. 12 a 15, há a descrição de um breve procedimento para a impugnação do benefício pela parte contrária, admitida inclusive a realização de audiência para colheita de prova oral, caso se faça necessário.

O art. 16 define os efeitos da decisão concessiva da gratuidade. Tendo natureza declaratória (reconhece a condição legal de necessitado), e não constitutiva, a decisão concessiva atinge inclusive custas ainda não pagas, mas referentes a fatos ou atos anteriores à sua concessão.

Os recursos e seus efeitos estão definidos nos arts. 17 a 20. Não se admite recurso contra a decisão que concede de plano o benefício. Isto porque tal decisão foi fundada exclusivamente na presunção de veracidade da declaração prestada pelo beneficiário, sem ouvir-se eventuais argumentos da parte contrária. O recurso contra tal decisão levaria ao órgão superior matéria não-apreciada pelo juiz da causa. Portanto, neste caso, deve a parte contrária, em primeiro lugar, apresentar sua impugnação. Já do indeferimento liminar, evidentemente, deve caber recurso por parte do postulante da gratuidade. Igualmente, a decisão que resolve o incidente de impugnação da gratuidade, mantendo ou revogando o benefício, deve ser passível de recurso.

Quanto ao recurso cabível, melhor se mostra o agravo. A atual Lei n. 1.060/50 contém regra anômala dentro do sistema processual, definindo a apelação como recurso cabível contra um ato que, seguramente, não é uma sentença, pois não põe fim a processo algum. A utilização do agravo se mostra mais técnica e evita discussões que freqüentemente se vê no dia-a-dia do foro, vez que o agravo ora é havido como cabível, ora não, quando a decisão recorrida é proferida nos próprios autos do processo.

Ponto importante deste capítulo é a regra inserta no art. 19. Tal dispositivo assegura a gratuidade processual ao postulante, mesmo diante de decisão denegatória, havendo a interposição de agravo de instrumento. Até que a decisão negativa fique coberta pela preclusão, a parte deve gozar da gratuidade, sob pena de ser violado o seu direito de acesso à justiça, por uma decisão equivocada. Não se trata, aqui, de concessão de efeito suspensivo, no sentido exato do termo, pois nada há para suspender diante de uma decisão que denegue uma pretensão, qualquer que seja ela. A regra estabelece, sim, o princípio pelo qual a parte deve poder gozar da gratuidade, enquanto discute ter direito a ela. Parece-nos absurdo exigir que o pobre pague, por exemplo, as custas do recurso em que pede para ser reconhecido o seu direito de não-pagar. Como, nestes casos, convém que a questão seja resolvida o quanto antes, para continuar usufruindo do benefício a parte deve manejar o recurso de agravo de instrumento, e não o retido. Para a parte contrária, porém, fica a opção entre os dois tipos de agravo, conforme sua conveniência.

No art. 20, estão previstas sanções, que se limitam aos casos em que ficar evidenciado que a parte agiu maliciosamente, ao postular a gratuidade. Não se deve punir aquele que, razoavelmente, se achando com direito ao benefício, não foi assim considerado pelo juiz. O que se deve sancionar com rigor é a mentira, ou a omissão de fato relevante que o postulante, evidentemente, deva conhecer. Ou, então, aplica-se também a pena quando o requerente, sem esconder sua situação patrimonial vantajada, postula a gratuidade processual em evidente abuso.

O art. 21, fechando este capítulo, dispõe que a decisão acerca da concessão do benefício está sujeita à preclusão. Como consequência, somente fatos supervenientes a ela poderão motivar novo pedido, ou impugnação. Fatos pretéritos, alegados ou-não, não permitem reabrir a questão.

4.4. Da assistência jurídica

A assistência jurídica consiste na prestação gratuita de serviços jurídicos, podendo ser dividida em assistência judiciária, que é o patrocínio de causa judicial, e em assistência jurídica extrajudicial, consistente no serviço de orientação jurídica. A assistência jurídica não se confunde com a justiça gratuita, que é a isenção do pagamento das despesas decorrentes do processo. A assistência jurídica consiste numa prestação positiva devida pelo Estado ao carente de recursos.

Definida a assistência jurídica, no primeiro capítulo deste título, o segundo capítulo cuida do prestador deste serviço.

Necessário se faz, por primeiro, definir quem está prestando esta atividade, que tem natureza de serviço público, para distingui-lo daqueles que estão ou prestando um favor a pessoas determinadas, ou atuando profissionalmente em favor de pessoas pobres, mas visando a futura remuneração com o recebimento de honorários decorrentes da sucumbência.

Segundo o anteprojeto, presta serviço público de assistência jurídica não-só a Defensoria Pública ou órgão público equivalente, mas também *"as entidades privadas que desempenhem esta função como sua finalidade"* bem como *"os advogados que desempenhem esta função por determinação judicial ou convênio com o Poder Público"*.

Como ao prestador de assistência jurídica deve ser dado um tratamento diferenciado, quando em juízo, mostra-se coerente equiparar estes dois últimos sujeitos à Defensoria Pública, reconhecendo que sua atividade é igualmente

um serviço público. Isto porque, em última análise, o tratamento diferenciado é concedido ao pobre por eles atendido, sendo contrário à isonomia privilegiar o carente atendido pelo Estado, em detrimento daquele que, normalmente por insuficiência do serviço oficial, é atendido por órgão não-estatal. O que têm em comum estes sujeitos, elencados no art. 23, é o fato de estarem "*de portas abertas*" para o público em geral. O serviço está disponível para qualquer um, desde que carente de recursos. Não ocorre, em nenhum dos três casos, a mútua escolha que normalmente opera entre cliente e advogado, fato que se verifica quando o advogado particular atua gratuitamente como um favor dirigido a determinada pessoa, ou visando a honorários ao final da causa. Nada há a desmerecer estes últimos. Apenas não lhes daremos as vantagens concedidas ao prestador de assistência jurídica, pois não há razão para o tratamento diferenciado.

Neste capítulo, em parte retornando ao que dispunha o antigo Estatuto do Advogado, mas indo além de suas disposições, confere-se ao estagiário de direito maior capacidade postulatória, restrita aos casos em que atuar como prestador de assistência jurídica (art. 24).

No art. 25 são enumeradas as facilidades conferidas em juízo ao prestador de assistência jurídica, relativas às intimações, ao prazo dobrado, à proibição de citação na pessoa do patrono e à possibilidade de outorga de mandato por termo nos autos.

Para solucionar interminável controvérsia quanto aos limites do segredo de justiça, o art. 26 autoriza vista dos autos em cartório "*às pessoas expressamente autorizadas pelo prestador de assistência jurídica*", sejam elas inscritas na OAB ou-não. A medida visa a permitir o acompanhamento de processos por estudantes de direito ainda não-inscritos nos quadros da Ordem, facilitando o trabalho do órgão prestador.

Finalmente, o último capítulo trata do acesso do pobre ao órgão prestador de assistência jurídica. Mais uma vez, basta a mera declaração de que preenche as condições da lei, que se presume verdadeira e só pode ser elidida diante de verificação sócio-econômica que demonstre o contrário (art. 32, I, letra "c").

Em caso de inexistência, na localidade, de órgão prestador, ou de recusa deste em atender o carente, este poderá ser atendido pessoalmente, no fórum local, de acordo com o procedimento previsto nos arts. 28 a 31. Importante será, no futuro, se e quando este anteprojeto vingar, dar a mais ampla publicidade do conteúdo destes artigos, pois a mera presunção de conhecimento da lei, com sua

publicação no *Diário Oficial*, não será o bastante para informar o pobre sobre esta possibilidade, que se abre a ele, de pedir assistência jurídica.

Para dar maior segurança de que o carente saberá a quem recorrer, quando réu na ação, o art. 285 insere modificação no corpo do Código de Processo Civil. Inclui-se mais um requisito formal para a validade da citação: "*a informação de que o réu, se for pobre, poderá ser defendido gratuitamente por órgão prestador de assistência jurídica, constando do mandado o endereço do órgão oficial, se existir no local, ou indicações de como proceder para obter a assistência na Comarca*". É sabido que o réu pobre, uma vez citado, freqüentemente não sabe onde ou a quem se dirigir para ser defendido. Quando chega a um órgão prestador de Assistência Jurídica, muitas vezes já se dirigiu anteriormente ao Serviço Social, à Delegacia, às Igrejas, em prejuízo não-só do prazo para defesa, como também do seu tempo de trabalho e da sua já parca remuneração. A regra, simples de ser cumprida, procura superar o problema e diminuir os casos de revelia motivados, não pelo desinteresse, mas por impossibilidade econômica e falta de informação.

5. O anteprojeto

TÍTULO I - DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA

Capítulo I Disposições Gerais

Art. 1º O benefício da Assistência Jurídica Integral e Gratuita, previsto no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, regula-se pelo disposto nesta Lei.

Parágrafo único A Assistência Jurídica Integral e Gratuita compreende:

- I a Justiça Gratuita;
- II - a Assistência Jurídica.

Art. 2º Os Poderes Públicos Federal, Estadual e Municipal, independentemente da colaboração que possam receber da Ordem dos Advogados do Brasil e das Faculdades de Direito públicas e privadas, promoverão o acesso à justiça dos carentes de recursos.

Art. 3º - A União e os Estados terão o prazo de um ano para criação de um fundo de assistência jurídica, para custeio dos benefícios previstos nesta Lei.

Parágrafo único Serão destinados ao fundo de que trata este artigo, obrigatoriamente, 1% (um por cento) das custas judiciais arrecadadas pela União ou pelo Estado, além de outras fontes a serem instituídas com sua criação.

Capítulo II do beneficiário

Art. 4º Considera-se necessitado, para os fins de concessão de Assistência Jurídica Integral e Gratuita, nos termos desta Lei:

I a pessoa natural, cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas e despesas decorrentes do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família;

II - a pessoa jurídica sem fins lucrativos, de natureza assistencial ou filantrópica, prestadora de serviços gratuitos à comunidade em geral, que não tenha condições financeiras de arcar com as custas e despesas decorrentes do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo da sua atividade.

Parágrafo único - O direito à Assistência Jurídica é personalíssimo, não se transmitindo aos sucessores a qualquer título.

TÍTULO II DA JUSTIÇA GRATUITA

Capítulo I Do benefício da Justiça Gratuita

Art. 5º - O benefício de Justiça Gratuita compreende:

I a dispensa de antecipação das despesas processuais;

II a suspensão da exigibilidade das verbas decorrentes da sucumbência.

§ 1º Considera-se despesa processual, para os fins desta lei:

I a taxa judiciária e demais custas processuais devidas ao Estado;

II as despesas de locomoção dos Oficiais de Justiça;

III - as despesas com as publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV - as indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito de regresso contra a Fazenda Pública;

V os honorários devidos a terceiros, cujos serviços sejam necessários ao processo, tais como peritos, tradutores, intérpretes e depositários;

VI as custas e emolumentos extrajudiciais, relativos a atos necessários para o exercício do direito de ação ou defesa, para a produção de prova, para a prática de atos processuais ou para lhes dar eficácia;

VII as despesas com extração de cópias necessárias para a formação de agravo de instrumento, carta de sentença, carta precatória, formal de partilha, mandado de citação ou intimação, ou para a prática de atos processuais;

VIII as despesas postais;

IX a caução para propositura de ação rescisória;

X - todas as demais despesas, cujo pagamento seja necessário para o exercício do direito de ação ou defesa, para a produção de prova, para a prática de atos processuais ou para lhes dar eficácia.

§ 2º A publicação de editais em jornal, quando determinada em lei, será feita apenas no órgão oficial.

§ 3º O juiz concederá parcialmente a Justiça Gratuita para as pessoas não-elencadas nos incisos I e II do artigo anterior, toda a vez que o pagamento integral das custas e despesas constituir óbice ao acesso à justiça.

Art. 6º - Quando a falta de recursos do necessitado, mesmo gozando dos benefícios relacionados no artigo anterior, constituir óbice ao seu comparecimento ou à prática de atos processuais, o juiz determinará as providências necessárias para permitir o acesso à justiça, conforme as peculiaridades do caso, podendo requisitar bens e serviços públicos ou particulares, ressalvado a estes últimos o direito de regresso contra a Fazenda Pública.

Art. 7º - O benefício da Justiça Gratuita compreende todos os atos do processo, em todos os graus de jurisdição, não sendo motivo para sua rejeição o tipo de pedido formulado pelo autor, a natureza do direito material envolvido no litígio nem o fato de ser o requerente defendido por advogado particular.

Art. 8º Sendo vencedor da causa o beneficiário de Justiça Gratuita, a parte contrária será condenada ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da lei processual, bem como de todas as despesas que não foram antecipadas, valendo a sentença como título executivo judicial em favor do credor.

Art. 9º Sendo vencido o beneficiário de Justiça Gratuita, aplica-se o disposto neste artigo.

§ 1º O beneficiário será condenado ao pagamento das despesas adiantadas pela parte contrária e honorários advocatícios, nos termos da lei processual, mas o crédito não será exigível até que o vencido perca a condição legal de necessitado.

§ 2º - Se dentro de cinco anos o vencido não perder a condição legal de necessitado, a obrigação será tornada definitivamente inexigível.

§ 3º - Compete ao credor, em procedimento preparatório a ser desenvolvido segundo o rito previsto nos arts. 801 a 803, do CPC, provar a perda da condição legal de necessitado, como requisito indispensável para a instauração da execução.

§ 4º Será extinto o processo de execução, de ofício ou a requerimento da parte, quando o credor não provar que a obrigação se tornou exigível, nos termos do parágrafo anterior.

§ 5º Os créditos devidos ao particular em decorrência da não antecipação de despesas ou da requisição de bens e serviços, serão suportadas pela União, quando a causa houver tramitado nas Justiças Federais ou nas Justiças Estaduais, nos casos previstos no art. 109, §3º, da Constituição Federal, ou pelo Estado, quando a causa houver tramitado perante a Justiça Estadual, valendo a sentença como título executivo judicial em favor do credor. Com a instituição do fundo de que trata o art. 3º desta Lei, o pagamento poderá ser feito administrativamente, sem prejuízo do direito do credor de promover a execução judicial.

§ 6º - Aplica-se o disposto no parágrafo anterior quanto aos honorários do advogado do beneficiário, se este não for atendido por órgão oficial ou por agente prestador remunerado pelo poder público, caso em que o juiz, na sentença, fixará o valor dos honorários.

Capítulo II Do procedimento para concessão de Justiça Gratuita

Art. 10 - O pedido de Justiça Gratuita independe de forma específica, podendo ser feito na própria petição inicial, contestação, conjuntamente com outro ato processual ou em petição autônoma a ser juntada nos próprios autos

do processo, mediante declaração de que é necessitado, nos termos do art. 4º, incisos I e II desta Lei.

Parágrafo único Presume-se verdadeira, até prova em contrário, a declaração a que se refere este artigo.

Art. 11 O pedido de Justiça Gratuita será deferido de plano pelo juiz; havendo dúvida quanto ao seu cabimento, o juiz determinará que o requerente preste esclarecimentos quanto aos pontos duvidosos, no prazo de 5 (cinco) dias, decidindo em seguida.

Parágrafo único A menos que, em razão das provas já constantes dos autos ou das manifestações do requerente, ficar inequivocamente demonstrado que o requerente não preenche a condição legal de necessitado, o benefício deverá ser deferido.

Art. 12 - A parte contrária poderá impugnar o pedido de Justiça Gratuita a qualquer tempo, em petição autônoma, que será autuada em apartado, sem suspender o processo, alegando a inexistência ou perda superveniente da condição de necessitado e especificando as provas que pretende produzir.

Art. 13 Sobre a impugnação, será ouvido o requerente, no prazo de 5 (cinco) dias, especificando as provas que pretende produzir.

Art. 14 Havendo necessidade de prova oral, o juiz designará audiência para esse fim.

Art. 15 - Colhidas as provas, ou não havendo provas a serem produzidas, o juiz decidirá o incidente.

Art. 16 A decisão que conceder a Justiça Gratuita atinge todas as antecipações de despesas ainda não efetuadas pelo beneficiário, mesmo que decorrentes de fatos ou determinações anteriores ao requerimento da gratuidade.

Art. 17 Da decisão que concede de plano o benefício não cabe recurso.

Art. 18 Da decisão que indefere de plano o benefício, ou da que resolve o incidente, caberá o recurso de agravo.

Art. 19 Havendo a interposição de recurso contra o indeferimento do benefício, o requerente gozará da Justiça Gratuita até sua decisão final; mas, neste caso, o recorrente não poderá se utilizar do agravo retido.

Art. 20 A decisão que acolher a impugnação cominará multa ao requerente, em favor da parte contrária, de até dez vezes o valor das despesas, se:

I - houver alegação de fato inverídico ou a omissão de fato relevante pelo requerente;

II - o pedido de gratuidade for notoriamente improcedente.

Art. 21 Preclusa a questão da concessão da Justiça Gratuita, novo pedido ou impugnação só poderão ser fundados em fatos supervenientes.

TÍTULO III - DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Capítulo I Do benefício da Assistência Jurídica

Art. 22 - O benefício da Assistência Jurídica compreende:

a) a prestação de assistência judiciária aos legalmente necessitados, em processo judicial ou administrativo;

b) a prestação de assistência judiciária aos réus revéis em processo criminal;

c) a prestação de orientação jurídica extrajudicial aos legalmente necessitados.

Capítulo II Do prestador da assistência jurídica

Art. 23 Consideram-se prestadores de assistência jurídica, para os fins desta Lei:

I a Defensoria Pública, ou órgão público que exerça função equivalente;

II - as entidades privadas que desempenhem esta função como sua finalidade;

III - os advogados que desempenhem esta função por determinação judicial ou convênio com o Poder Público.

Art. 24 Os acadêmicos de Direito inscritos no quadro de estagiários da OAB poderão atuar na prestação da assistência jurídica, nos termos deste artigo.

§ 1º - Os estagiários atuarão no processo sempre em conjunto com advogado, e sob a supervisão deste.

§ 2º Os estagiários poderão praticar todos os atos do processo isoladamente, salvo os seguintes, que deverão ser praticados por advogado, podendo o estagiário subscrevê-los em conjunto:

- I petição inicial;
- II queixa-crime;
- III - contestação;
- IV defesa prévia;
- V exceção de suspeição ou de impedimento;
- VI memoriais e alegações finais;
- VII recursos e contra-razões de recurso.

§ 3º - Mediante autorização do advogado da causa, com referência nominal ao estagiário, este poderá atuar nas audiências de conciliação, instrução e julgamento, bem como fazer sustentação oral em qualquer instância ou tribunal.

§ 4º A autorização a que se refere o parágrafo anterior poderá ser passada previamente, por escrito, ou oralmente, se o advogado estiver presente ao ato.

Art. 25 Ao prestador de assistência judiciária aplicam-se as seguintes disposições:

I o prestador designado no art. 23, inciso I, desta Lei, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em todos os graus de jurisdição;

II - o prestador designado no art. 23, inciso II, desta Lei, poderá ser intimado por publicação no órgão oficial, mas da intimação deverão constar obrigatoriamente, além dos requisitos previstos na lei processual, sob pena de nulidade:

a) o nome da entidade prestadora;

b) o nome dos advogados, estagiários e estudantes de Direito que representam o assistido, podendo o juiz limitar, ao máximo de 5 (cinco), os nomes que constarão da publicação; havendo tal limitação, deverão constar da intimação os nomes que a parte houver indicado, dos quais ao menos 1 (um) deverá ser advogado;

III - ser-lhe-ão contados em dobro todos os prazos processuais para manifestação nos autos, em todos os graus de jurisdição; o prazo em dobro para a resposta do réu independe de prévio requerimento dentro do prazo normal;

IV não se fará a citação do assistido na pessoa do seu patrono, nas hipóteses de reconvenção, oposição, embargos à execução, embargos de terceiro;

poderá o patrono, contudo, aceitar expressamente a citação, a fim de permitir o prosseguimento da ação principal;

V o mandato poderá ser outorgado por termo nos autos; será dispensada a juntada de instrumento de mandato quando a parte for representada em juízo pela Defensoria Pública, ou órgão público que exerça função equivalente, ressalvados:

a) os atos previstos no art. 38 do Código de Processo Civil;

b) o requerimento de abertura de inquérito por crime de ação privada, a propositura de ação penal privada ou o oferecimento de representação por crime de ação pública condicionada.

Art. 26 - Nos processos que correm em segredo de justiça, além das partes e seus procuradores, será autorizada a vista dos autos em cartório às pessoas expressamente autorizadas pelo prestador de assistência jurídica.

Capítulo III - Do acesso do necessitado ao prestador de Assistência Jurídica

Art. 27 - A simples declaração do necessitado de que preenche as condições estabelecidas no art. 4º desta Lei lhe permitirá o acesso ao órgão oficial prestador de assistência jurídica.

Art. 28 - Não havendo, na localidade, órgão oficial prestador de assistência jurídica, ou havendo recusa no atendimento, o necessitado poderá se dirigir ao fórum local, onde, na falta de outra determinação pela lei de organização judiciária, será atendido:

I pelo escrivão do primeiro ofício cível, se na Comarca houver varas especializadas;

II pelo escrivão do primeiro ofício, se na Comarca houver mais de uma vara, sem especialização;

III pelo escrivão do ofício único.

Art. 29 - O escrivão tomará por termo a declaração de pobreza e os motivos que levaram o necessitado a procurar a assistência, apresentando-a ao juiz, independentemente de autuação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Art. 30 - O juiz apreciará o pedido de gratuidade, com a oitiva do necessitado, se for o caso, e decidirá o pedido no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Art. 31 Deferido o pedido, o juiz ordenará o atendimento do carente pelo órgão oficial, se existente no local, ou pela Ordem dos Advogados do Brasil, que indicará advogado para atender ao beneficiário.

Parágrafo único Nos municípios em que não existem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, o próprio juiz nomeará advogado para prestar a assistência jurídica.

Art. 32 São justos motivos para a recusa no atendimento ao carente:

I pelo Defensor Público ou pelo advogado indicado:

- a) ter sido constituído pela parte contrária, ou ter-lhe dado orientação a respeito dos fatos da causa;
- b) já ter orientado o necessitado, manifestando sua opinião contrária ao direito que pretende pleitear;
- c) a realização de verificação sócio-econômica, que demonstre que o postulante não preenche a condição legal de necessitado.

II - pelo advogado indicado:

- a) estar impedido de exercer a advocacia ou não a estar exercendo por mais de 3 (três) anos;
- b) ter necessidade de se ausentar da sede do juízo para atender a outro mandato anteriormente outorgado ou para defender interesses próprios inadiáveis.

Parágrafo único - Será preferido para o atendimento do necessitado o advogado por ele indicado e que declare aceitar o encargo.

Art. 33 - O art. 285 da Lei n. 5.869, de 11.01.73 (Código de Processo Civil), passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 285 Estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu, para responder; do mandado constará obrigatoriamente, sob pena de nulidade:

I - que não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor;

II - a informação de que o réu, se for pobre, poderá ser defendido gratuitamente por órgão prestador de assistência jurídica, constando do mandado o endereço do órgão oficial, se existir no local, ou indicações de como proceder para obter a assistência na Comarca.

Art. 34 Fica revogada a Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.

Art. 35 - Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação.

São Paulo, outubro de 1997

TRABALHOS ACADÊMICOS

DIREITO DOS ANIMAIS

Irene Patrícia Nohara

Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Os animais não chegaram a atingir, em nosso ordenamento, o patamar de sujeitos de direitos. Sua proteção, no âmbito constitucional, insere-se no direito dos homens à um meio ambiente ecologicamente equilibrado. O presente trabalho discute a situação dos animais na legislação brasileira: as normas que os tutelam, os órgãos responsáveis pela aplicação da política de proteção à fauna, e outros aspectos de interesse de todos os cidadãos, uma vez que, além da fauna ser considerada como bem público, nossos problemas ambientais desencadeiam preocupações em nível mundial.

Abstract:

Animals didn't get to achieve, in our juridical system, the category of subject of rights. Its protection, in constitutional ambit, inserts in men's right to a balanced environment. The present work discusses animals' situation in Brazilian legislation: the norms that protect them, the responsible institutions for the application of the protection's politic to the fauna, and other aspects of all the citizen's interest once, besides the fauna to be considered as a public property, our environmental problems unchain concerns in world level.

Unitermos: fauna; flora; proteção e direito dos animais.

1. Introdução

Poderíamos falar, no contexto brasileiro, em direitos dos animais, concebendo-os como potenciais sujeitos de direitos? Onde se insere a questão da proteção do animal no âmbito constitucional? Teria o Brasil um efetivo sistema de órgãos fiscalizadores para efetivar sua legislação ambiental? Teria a prática da caça sido banida em nosso País? Quais órgãos seriam responsáveis pela fiscalização da fauna? Pode o Estado legislar sobre fauna? Existem institutos capazes de garantir uma participação de maior peso dos cidadãos na defesa dos animais?

Esse trabalho não tem por objetivo nenhuma apologia zoófila extremada, mas tão-somente o de levar - através da análise da Constituição Federal aliada à legislações específicas e doutrinárias, o que deveria ser do conhecimento de todos os cidadãos brasileiros: nossos problemas ambientais, que estão sempre desencadeando preocupações mundiais.

A fauna silvestre, como bem público, já considerada pelo legislador como fator de bem-estar do homem na biosfera deve ser preservada, como bem cita Paulo Affonso Leme Machado:¹ *"a parte do valor estético de manter uma flora e uma fauna ricamente variadas, há também razões práticas para fazê-lo. Descubrem-se muitas vezes que certas plantas têm qualidades médicas ou outras verdadeiramente únicas. Os animais têm ainda muito para nos ensinar. Assim, o órix (em desaparecimento) pode viver indefinidamente sem beber: daí pode vir a ser de grande importância como fonte de proteínas em regiões áridas à medida que a população mundial for sendo obrigada a espalhar-se por elas. Quem sabe do que as populações futuras poderão precisar? É pura loucura desperdiçar a reserva de variações genéticas tão penosamente elaboradas em milhões e milhões de anos"*

2. O animal como parte do meio ambiente

A proteção dos animais insere-se, no âmbito de nossa Constituição Federal, na parte concernente ao Meio Ambiente, do Título III Da Ordem Social, especificamente no seu art. 225: *"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem 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"*

Segundo comentários de José Cretella Júnior,² a norma do art. 225 mal teria sentido se não fosse completada pelo § 3º do mesmo, que estabelece: *"as condutas ou atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados"*; porém o autor indaga onde estão as sanções e quais as penas aplicáveis.

1. Paulo Affonso Leme Machado. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 402.

2. José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, p. 4.518.

Já Marco Antonio Azkoul³ considera o texto inédito por responsabilizar penalmente também a pessoa jurídica, composta de todos os seus representantes legais e observa que o Decreto-Lei n. 2.645 de 10.07.1934, Lei de Proteção dos Animais, e a Lei n. 5.197, sobre a Proteção da Fauna, passaram a ser integradores da norma constitucional nos moldes acima.

Prevê também a Constituição, no inciso I, § 1º do mesmo art. 225, o manejo ecológico das espécies e ecossistemas. Portanto, segundo Cretella,⁴ compete ao Poder Público prover a transferência de seres vivos, de um meio nocivo a outro meio benéfico, bem como a dos ecossistemas (considerando por ecossistema "o conjunto de seres vivos de um dado meio ambiente e dos elementos não-vivos que lhe são vitalmente ligados").

Há no inciso VI, deste mesmo parágrafo de incumbências do Poder Público, referência à promoção de educação ambiental e conscientização pública para a preservação do meio ambiente, ou seja, entre outras coisas, alertar o cidadão para que se conscientize da participação ativa que deverá ter na preservação das florestas, da fauna, dos cursos de água...

Lembrando Joaquim Luiz de Osório,⁵ Azkoul admite que seria um passo para o reconhecimento do direito dos animais encerrar na coletividade elementos de "civilização e educação sentimental"⁶

No entanto, é no sétimo inciso do referido artigo que a questão da proteção do animal é aludida de forma mais direta, pois tal regra incumbe ao Poder Público: "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade"

3. O animal: sua tutela jurídica e a fauna silvestre como bem público

Se procurarmos no *Vocabulário Jurídico*⁷ a palavra animal, nele encontraremos a seguinte explanação: "quando em poder do homem, o animal se

3. Marco Antonio Azkoul, *Crueldade Contra os Animais*, p. 68.

4. *Ibid.*, p. 4.519.

5. *Ibid.*, p. 63.

6. A educação "sentimental" é, nessa perspectiva, um senso de obrigação moral resultante da prescrição de padrões de comportamento.

constitui como bem seu, e assim dele pode dispor, vendê-lo, dá-lo ou trocá-lo, desde que tenha qualidade e capacidade para alienar os bens que lhe pertencem." Essa conotação deriva do Direito Romano, que classificava os animais como *res nullius*,⁸ ou seja, coisa sem dono e passível de apropriação por parte de qualquer pessoa.

O próprio art. 593 do Código Civil prescreve que são coisas sem dono e sujeitas à apropriação: "*I — os animais bravios enquanto entregues à sua natural liberdade; II — os mansos e domesticados que não forem assinalados, se tiverem perdido o hábito de voltar ao lugar onde costumam recolher-se*", salvo se o dono o procurar. Porém o inciso I deste artigo foi revogado pela Lei n. 5.197 de 03.01.1967 que tem, no seu art. 1º, a seguinte redação: "*Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição caça ou apanha.*"

Ou seja, os animais bravios ou silvestres foram transformados em propriedade do Estado, segundo Paulo Affonso Leme Machado,⁹ para bem de uso comum do povo. Não são considerados um bem patrimonial por sua utilidade pública e para a proteção do equilíbrio ecológico (a Lei n. 5.197 não se restringe à tutela dos animais, mas engloba também o seu habitat).

Assim os animais encontram-se tutelados, ao menos os que vivem naturalmente fora do cativeiro, basicamente pelas Leis n. 5.197, de 03.01.67 e n. 7.653, de 12.02.88; especificamente a fauna marinha, animais que tenham a água "*como o seu normal ou mais freqüente meio de vida*" encontra-se disciplinada no Decreto-Lei n. 221, de 28.02.67, conhecido como Código de Pesca, que dispõe sobre proteção e estímulos à pesca. No que concerne aos domésticos, também enquadrados no art. 5º da Lei n. 5.197, segundo Ann Helen Wainer,¹⁰ são protegidos pelo ainda atual Decreto n. 24.645, de 10.07.34.

7. De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, p. 153.

8. Thomas Markey, *Curso Elementar de Direito Romano*, p. 79.

9. *Ibid.*, p. 402.

10. Ann Helen Wainer, *Legislação Ambiental Brasileira*, p. 85.

4. A Lei n. 5.179, de 03.01.67

A Lei n. 5.179, de 03.01.67, dispõe sobre a proteção à fauna e cria seu Conselho Nacional de Proteção, ampliando a antiga conceituação de fauna, conforme o Decreto n. 24.645, de 10.07.34, para estender a proteção da norma aos ninhos, abrigos e criadouros naturais de animais fora do cativeiro.

Atribui ao Poder Público competência para criar Reservas Biológicas Naturais, estaduais ou municipais, onde são proibidas as atividades de utilização, perseguição, caça, apanha ou introdução de espécies da fauna, bem como modificação de seu meio ambiente.

A Lei n. 7.653, de 12.02.88, ampliou as penas a serem aplicadas de modo a reprimir os crimes contra animais; porém Ann Helen Wainer afirma que de nada adianta uma reforma isolada na legislação,¹¹ "*é preciso que haja uma ação enérgica dos órgãos fiscalizadores de modo a prevenir crimes contra a natureza, e, quando não possam ser prevenidos, que sejam instaurados inquéritos e levantados a julgamento dos infratores*"

5. A diferença entre o animal e o homem

Luc Ferry, em seu livro *A Nova Ordem Ecológica: a árvore, o animal e o homem*, indaga se a diferenciação do animal em relação ao homem teria legitimidade para tirar daquele os seus direitos.

Segundo o autor, Descartes, com o seu humanismo acentuado, distinguiu tanto e tão-bem os homens dos animais que considerou estes simples máquinas. Já Rousseau, em seu *Discurso Sobre a Desigualdade dos Homens*, referiu-se à aptidão dos homens para elaborar um universo que rompe com a dimensão natural da vida social ou biológica, porém frisando que, apesar da qualidade de agente livre, o homem se prejudicaria se afastasse muito da regra que lhe é prescrita.

Para Ferry admitir que o valor de uma criatura é função de sua complexidade biológica é o mesmo que se desejar uma concepção graduada de direito. Apesar de as dificuldades de Rousseau em distinguir o "selvagem" do

11. *Ibid.*, p. 86.

animal, a exigência ética mais fundamental dos modernos, o altruísmo, é "antinatural" em seu próprio princípio, pois requer uma forma de interesse.

Ou seja, se não fôssemos tão diferentes dos animais, na perspectiva ética, nem ao menos sentiríamos piedade frente ao seu extermínio, e dessa diferença se caracteriza nossa "antinatureza."

Para a filosofia crítica, como para o judaísmo, o homem é o ser da antinatureza, e como tal o "ser-para-a-lei" deve prescrever leis e padrões de comportamento, primeiramente, porque temos a liberdade de quebrá-los e, em segundo plano, porque isso impregnará nosso senso de obrigação moral.

Afirma o autor que é inegável que o animal desperte no homem tanto os sentimentos de sadismo quanto a compaixão e, como não existe a possibilidade de sadismo em objetos inanimados, o animal, como ser "animado" que é, possuiria um interesse legítimo em que paremos de torturá-los.

Porém, pode-se constatar que apesar da luta constante em favor da consolidação dos direitos dos animais e o reconhecimento destes como sujeitos de direito, ou mesmo, da promulgação da "Declaração Universal dos Direitos dos Animais" divulgada em 1978, a efetivação das normas que visam proteger os animais deu-se mais em função da percepção da possibilidade de um desequilíbrio ambiental em escala mundial do que propriamente da constatação de que os animais possuem direitos intrínsecos porque guardam semelhanças conosco.

6. As três ecologias segundo Ferry

Luc Ferry identifica três formas diversas assumidas pelos teóricos ecológicos para defender a natureza: a primeira, parte de uma visão antropocêntrica, em que o homem prejudicará a sua própria existência se continuar devastando o meio ambiente – portanto, não considera o animal como um ente de valor absoluto em si. A segunda, parte do princípio utilitarista de que todos os seres suscetíveis de prazer e dor devem ser considerados sujeitos de direitos e tratados como tal (opinião que se faz presente no mundo anglo-saxão). Os animais são, então, tratados em pé de igualdade com os homens. A terceira, investe o ecossistema de um valor intrínseco superior ao da espécie humana, defendendo um "contrato natural" no seio do universo no qual este tornar-se-ia sujeito de direitos.

Os comentários de Cretella Júnior¹² à Constituição Federal, de 1988, refletem claramente uma construção teórica de justificativa à defesa do meio ambiente de tendência antropocentrista: a ação humana vai aos poucos "*afetando o equilíbrio do meio circunvizinho e, nas últimas décadas, em razão do avanço tecnológico e do aumento extraordinário da população mundial, constituiu-se uma ameaça flagrante ao próprio destino da humanidade que, sem a menor dúvida, se extinguirá, a não ser que os governantes e toda comunidade internacional, em conjunto, detenham a ação predatória do homem, que se faz sentir por motivos imediatistas traduzidos em omissões e atos positivos, destruidores da vida terrestre, marinha, atmosférica e estratosférica*"

7. Competência para legislar sobre fauna

Segundo o art. 24 da Constituição Federal, em seu inciso VI, legislar sobre fauna é competência concorrente da União e dos Estados. A União não reservou para si o monopólio da legislação sobre a fauna, somente sobre a caça. Os Estados e Municípios poderão prever disposições legais subsidiariamente ao que concerne à proteção da fauna.

Paulo Affonso Lemme Machado¹³ relata que a Constituição de 1891 não previa competência para legislar sobre fauna ou caça; a de 1934 no seu art. 5º dava competência privativa à União legislar sobre caça; porém, seu § 3º afirmava que as leis estaduais poderiam, atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal; a de 1937, no seu art. 16 (item XIV) assegurava a competência privativa da União para legislar sobre caça, mas seu art. 18 permitia que os Estados legislassem para suprir eventuais deficiências da lei federal, ou atender a peculiaridades locais, desde que não ignorassem as exigências da lei federal, ou, em não-havendo lei federal, até que essa regulasse sobre caça; na de 1946 a União legislava sobre caça, não sendo excluída a competência estadual supletiva ou complementar para essa matéria.

Somente a Constituição de 1967 mudou o sistema da caça; em seu art. 8º, XVII, L, § 2º estabelecia legislar sobre caça como competência exclusiva da União, e a própria Lei n. 5.197 foi elaborada sob a égide da Constituição de 1946.

12. *Ibid.*, p. 4.516.

13. *Ibid.*, p. 400.

8. A caça

A caça profissional, aquela que tem fins econômicos, é proibida: o Código de Caça de 43 a permitia, porém atualmente só é permitida a caça amadora preenchidos certos requisitos legais, e, segundo o art. 6º da Lei n. 7.653, de 1988, embora origine diminuição das espécimes de nossa fauna, a prática fica controlada pelo Poder Público.

Segundo José Afonso da Silva,¹⁴ a lei deixa possibilidade de caça esportiva em terras de domínio privado, o que contraria a regra de que a fauna é propriedade do Estado, também autoriza e até estimula formação e funcionamento de clubes e sociedades amadoristas, de caça e tiro ao voo (objetivando espírito associativista para a prática desse esporte), assim como construção de criadouros destinados à criação de animais silvestres para fins econômicos e industriais.

9. Política de proteção à fauna no país e alguns institutos de tutela da fauna e preservação contra a crueldade dos animais

A política de proteção à fauna do País ainda não está completamente definida, há algumas regras da Lei n. 5.197, de 67, cujo art. 36 instituiu o CNPF Conselho Nacional de Proteção à Fauna, órgão consultivo e normativo de política de proteção à fauna do País, organizado pelo Decreto n. 97.633 de 10.09.1989, integrado no Ibama, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis, com finalidade de estudar e propor diretrizes gerais para:

I — Criação e implantação de Reservas e áreas Protegidas, Parques e Reservas de Caça e áreas de lazer;

II — O manejo adequado da fauna;

III — Temas de seu interesse peculiar que lhe sejam submetidos pelo presidente do Ibama.¹⁵

14. José Afonso da Silva, *Direito Ambiental Constitucional*, p. 132.

15. Regulando a política nacional do meio ambiente o Ibama (e sua atuação) está regulamentado pela Lei n. 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, cujo art. 2º dispõe: "é criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. entidade autárquica de regime especial, dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Interior com a finalidade de formular, coordenar, executar e fazer executar a política nacional do meio ambiente e da preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos naturais renováveis" Já o Decreto n. 97.946, de 11 de julho de 1989 dispõe

Marco Antonio Azkoul¹⁶ indica de uma forma mais pragmática alguns institutos que podem ser destinados à proteção "*sistemática do meio ambiente e as suas criaturas, bem como a eficaz tutela da fauna e prevenção de todas e quaisquer formas de crueldade contra os animais*" são eles: o mandato de segurança, o mandato de injunção, a ação popular, os juizados especiais e também o processo legislativo popular (o *referendum* e o *plebiscitum*), não-obstante a previsão desses mecanismos, de modo a aumentar a participação direta do cidadão no Estado Democrático de Direito, nem todos se caracterizam por estar cumprindo efetivamente a finalidade pela qual foram criados.

10. Conclusão

Estamos ainda longe de elaborar um sistema no qual o animal é considerado com um valor intrínseco, respeitando sua individualidade, vida e lhe atribuindo direitos em pé de igualdade com os homens, como desejavam os utilitaristas ou mesmo defende Luc Ferry; porém Ann Helen Wainer¹⁷ afirma que a regulamentação ambiental da legislação brasileira, em nível constitucional, é uma das mais avançadas do mundo.

Atualmente, a questão de defesa dos animais não deveria mais ser apreciada com preconceito — há muitas pessoas que associam a preocupação com os animais aos movimentos ecológicos mais acentuados, que defendem que o ecossistema tem valor intrínseco superior ao da espécie humana. Sem negligenciar a construção teórica da "*terceira forma de ecologia*" e sua influência no cenário mundial; ela é de difícil aplicação no estágio de desenvolvimento que se encontra a humanidade.

Deve-se apreciar a questão da defesa dos animais como causa de desequilíbrio do sistema que também nos envolve, e não como uma forma de exclusão dos direitos dos homens.

Quando se fala em direito dos animais também está referido o direito do homem a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia

sobre a estrutura básica do Ibama e dá outras providências, sendo complementado também pela Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981 (considerando as alterações da Lei n. 7.804 de 18 de julho de 1989).

16. *Ibid.*, p. 77.

17. *Ibid.*, p. 109.

qualidade de vida, impondo-se, pelo art. 225 da Constituição Federal, ao Poder Público e especificamente - à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as futuras e presentes gerações.

11. Anexo

Declaração Universal dos Direitos dos Animais

(Proclamada pela UNESCO em sessão realizada em Bruxelas em 27.01.1978)

Preâmbulo: Considerando que cada animal tem direitos; considerando que o desconhecimento e o desprezo destes direitos levaram e continuam a levar o homem a cometer crimes contra a natureza e contra os animais; considerando que o reconhecimento por parte da espécie humana do direito à existência das outras espécies animais, constitui o fundamento da coexistência das espécies do mundo; considerando que os genocídios são perpetrados pelo homem e que outros ainda podem ocorrer; considerando que o respeito pelos animais por parte do homem está ligado ao respeito dos homens entre si; considerando que a educação deve ensinar à infância a observar, compreender e respeitar os animais.

PROCLAMA-SE

Art. 1º Todos os animais nascem iguais diante da vida e têm o mesmo direito à existência.

Art. 2º a. Cada animal tem o direito ao respeito.

b. O homem, enquanto espécie animal não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais ou explorá-los, violando este direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviço dos outros animais.

c. Cada animal tem o direito à consideração, à cura e à proteção do homem.

Art. 3º a. Nenhum animal deverá ser submetido a maltrato e a atos cruéis.

b. Se a morte de um animal é necessária, deverá ser instantânea, sem dor nem angústia.

Art. 4º a. Cada animal que pertence a uma espécie selvagem, tem o direito de viver livre no seu ambiente natural terrestre, aéreo ou aquático e tem o direito de reproduzir-se.

b. A privação da liberdade, ainda que para fins educativos, é contrária a este direito.

Art. 5º a. Cada animal pertence à uma espécie, que vive habitualmente no ambiente do homem, tem o direito de viver e crescer segundo o ritmo e as condições de vida e de liberdade, que são próprias de sua espécie.

b. Toda modificação deste ritmo e destas condições impostas pelo homem para fins mercantis é contrária a este direito.

Art. 6º a. Cada animal que o homem escolher para companheiro tem o direito a uma duração de vida, conforme a sua natural longevidade.

Art. 7º a. Cada animal que trabalhe tem o direito a uma razoável limitação do tempo e intensidade do trabalho, a uma alimentação adequada e ao repouso.

Art. 8º a. A experimentação animal, que implica em um sofrimento físico e psíquico, é incompatível com os direitos do animal, que seja uma experiência médica, científica, comercial ou qualquer outra.

b. As técnicas substitutivas devem ser utilizadas e desenvolvidas.

Art. 9º No caso do animal ser criado para servir de alimentação, deve ser nutrido, alojado, transportado e morto sem que para ele resulte ansiedade ou dor.

Art. 10 a. Nenhum animal deve ser usado para divertimento do homem.

b. A exibição dos animais e os espetáculos, que utilizem animais, são incompatíveis com a dignidade do animal.

Art. 11 a. O ato que leva à morte de um animal sem necessidade é um biocídio, ou seja, um delito contra a vida.

Art. 12 a. Cada ato que leva à morte de um grande número de animais selvagens, é um genocídio, ou seja, um delito contra a vida.

b. O aniquilamento e a destruição do ambiente natural levam ao genocídio.

Art. 13 a. O animal morto deve ser tratado com respeito.

b. As cenas de violência de que os animais são vítimas, devem ser proibidas no cinema e na televisão, a menos que tenham como fim mostrar um atentado ao direito dos animais.

São Paulo, janeiro de 1996.

12. Bibliografia

AZKOUL, Marco Antonio. *Crueldade contra os Animais*. São Paulo : Plêiade, 1995, p. 233.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2ª ed., v. 8, 1993.

FERRY, Luc. *A Nova Ordem Ecológica: a árvore, o animal e o homem*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo : Ensaio, 1994.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo : RT, 3ª ed., 1991, p. 595.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo : Saraiva, 8ª ed. 1995.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro : Forense, 11ª ed., 4v., 1993.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo : Malheiros, 2ª ed., 1995.

WAINER, Ann Helen. *Legislação Ambiental Brasileira: Subsídios para a História do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro : Forense, 1991, p. 138.

O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Mariane Baldrighi

Aluna do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

"O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio enriquece e reforça os direitos humanos existentes e traz à tona outros direitos em novas dimensões"¹

Resumo:

A autora aborda desde a doutrina dos Direitos Humanos, princípio sagrado do liberalismo, iniciando o trabalho com a noção de meio ambiente, os aspectos jurídicos, as conferências que vieram auxiliá-lo, e terminando com a consagração do Direito Ambiental Internacional, isto é, o conjunto de princípios e regras que geram direitos e obrigações para os Estados, as organizações internacionais e indivíduos.

Abstract:

The author approaches from the doctrine of the Human Rights, sacred beginning of the liberalism, beginning the work with the environment notion, the juridical aspects, the conferences that came to aid him, and finishing with the consecration of the International Environmental Right, that is, the group of beginnings and rules that generate rights and obligations for States, the international organizations and individuals.

Unitermos: Direitos Humanos; Direito Ambiental Internacional; proteção constitucional.

1. Trindade, Antônio Augusto Cançado. "Meio Ambiente e Desenvolvimento: Formulação, Natureza Jurídica e Implementação do Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano" *RPGE*, Fortaleza, 9,11: 11-42, 1992.

I Introdução

A doutrina dos Direitos do Homem,² não-obstante apresentar no seu bojo o jusnaturalismo, se expandiu no século XVIII, quando se tornou elemento básico da reformulação das instituições políticas. Tornou-se, portanto, um dos princípios sagrados do liberalismo.

Incorporada a nova terminologia de *direitos fundamentais*, a sua doutrina apresenta uma grande capacidade de incorporar desafios. Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as *liberdades públicas*,³ a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os *direitos econômicos e sociais*, a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade da vida humana, com os *direitos de solidariedade*.

Neste sentido, verifica-se que o reconhecimento dos direitos sociais realizado pela Constituição da República de Weimar, em 1919, não pôs termo à ampliação do campo dos direitos fundamentais. O surgimento de uma terceira geração de direitos fundamentais está relacionado, não mais à vida e à liberdade, mas à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos das diferentes nações.

A doutrina destes novos direitos, denominados "*de solidariedade*", ainda não está solidificada, existindo muita controvérsia quanto à sua natureza e ao seu rol, uma vez que a sua identificação se deu apenas em 1979, na obra de Karel Vasak. Esta geração desenvolveu-se no plano internacional, devido às sucessivas reuniões da ONU e da UNESCO e aos conseqüentes documentos, como a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981, e a Carta de Paris para uma nova Europa, de 1990.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁴ quatro são os principais desses direitos: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio

2. A expressão "Direitos do Homem" foi repudiada pelo movimento feminista, que a considerava machista e, por isso, logrou impor, em substituição, a correta terminologia de *direitos humanos*, direitos humanos fundamentais, de que *direitos fundamentais* são uma abreviação.

3. No meio jurídico, "*liberdades públicas*" designam as prerrogativas reconhecidas e protegidas pela ordem constitucional. Contudo, se a expressão serve para designar os direitos declarados em 1789 e em outras declarações de cunho liberal, ela é pouco adequada num mundo que reconhece entre as referidas "prerrogativas" direitos no plano econômico e social que transcendem as meras liberdades. Modernamente, porém, ela é empregada no sentido de *direitos fundamentais*.

4. Ferreira Filho, Manuel G. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo, Editora Saraiva, 1996.

ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade. A eles alguns acrescentam o direito à autodeterminação dos povos e o direito à comunicação.

Visando a uma maior contribuição neste novo campo jurídico, esta resenha tem como escopo analisar o Direito ao Meio Ambiente, o mais elaborado dos direitos de terceira geração, tendo em vista conceitos constitucionais, aspectos jurídicos, destacadamente no campo da responsabilidade, estudos de Direito Comparado e de Tratados Internacionais. Abordando tais características, é possível identificar o meio ambiente como direito fundamental e sua relação com os demais direitos humanos.

II Conceitos Preliminares

A - Noção de meio ambiente

A Carta Magna, de 1988, utiliza a expressão "meio ambiente" consagrada em nosso Direito Positivo, que é redundante e repetitiva, pois a noção de meio já inclui a de ambiente. O conteúdo da palavra ambiente é indicativo de espaço ou lugar que envolve os seres vivos e as coisas.

O ambiente é simultaneamente um meio e um sistema de relações, formados por um conjunto de componentes físicos e de equilíbrio de forças que condiciona a vida de um grupo biológico.⁵ Pode ser definido como um complexo de relações entre o mundo natural e os seres vivos que influencia a sua vida e o seu comportamento.

Neste sentido, conforme aponta José Afonso da Silva,⁶ o ambiente compõem-se de um complexo de elementos naturais, culturais e artificiais: meio ambiente natural, abrangendo o solo, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna, em suma, a biosfera; meio ambiente cultural, formado pelo patrimônio artístico, histórico, turístico, paisagístico, arqueológico; meio ambiente artificial, integrado pelo espaço urbano construído, tais como edificações, ruas, praças, áreas verdes, equipamentos públicos.

5. Pierre George, *L'environnement*, Paris, PUF, 1973.

6. José Afonso da Silva. *Direito Ambiental Constitucional*. 2ª ed.. São Paulo, Malheiros Editores, 1995

A civilização tem tido grande progresso, porém tem degradado constantemente a biosfera. Atualmente, vivem no mundo cerca de 5,5 bilhões de pessoas, com cerca de 1 bilhão nos países desenvolvidos e abastados, estes, sobretudo, fazendo mau-uso dos recursos da natureza e prejudicando seriamente o ecossistema. Justifica-se, pois, os diversos congressos que foram realizados, principalmente a Conferência de Estocolmo, de 1972, e a Conferência realizada no Rio de Janeiro, vinte anos depois.

B - Ecologia

Trata-se de um termo que penetrou no campo do Direito Positivo como um ambiente ecologicamente equilibrado, ecossistema. A palavra "ecologia" designa o estudo da adaptação dos organismos vivos ao meio no qual vivem e foi usada pela primeira vez em 1836, introduzida na ciência de Haeckel, famoso biólogo alemão, discípulo de Darwin, que a empregou numa nota de rodapé do livro *Morfologia Geral dos Organismos*.

A ecologia resume hoje em dia uma preocupação fundamental da humanidade, dada a atividade predatória do homem realizada através do emprego irracional da tecnologia e da indústria, resultando, a partir do século XX, em uma intensa degradação da natureza. Surgem conceitos novos, como o de *ecossistema* (1935), ecologia econômica, dinâmica de populações, sucessões bióticas.

Na década de 80, aparece uma teoria em ecologia denominada "*Hipótese Gaia*", também denominada tendência do sistema universal biocibernético-homeostase, formulada por James Lovelock e Lynn Margulis. A Terra é simbolizada com o nome da deusa grega "Gaia" "*nascida após o caos e mãe universal de todos os seres*"⁷ O sentido da tese é de que a vida se controla a si mesma, isto é, as condições físicas e químicas da superfície, os oceanos, a atmosfera, a flora e a fauna permitem condições adequadas para o surgimento da vida. Daí uma nova ciência dos sistemas que examina as inter-relações da ecosfera.

A atividade predatória do homem tem provocado uma intensa tentativa de proteger a Terra e o ambiente natural, permitindo sistemas ecologicamente equilibrados, conducente a evitar maiores tragédias.

7. Botkin, Daniel B. Repensando o ambiente, *Diálogo*, 25, 3:60-5, 1992; Commelin, Pierre. *Nova mitologia grega e romana*, 7ª ed. Briget, 1941.. Lovelock. *Gaia: a new look at life on Earth*, 1979.

C A biodiversidade

A biodiversidade significa o conjunto das espécies animais e vegetais do planeta. Há uma certa dificuldade de estimar o número de espécies em extinção, porém os especialistas calculam que cerca de um quarto da diversidade biológica da Terra corre o risco de extinção no espaço de trinta anos.

Conforme o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), uma das principais ameaças à biodiversidade é a devastação das atuais florestas tropicais. As matas tropicais agasalham mais da metade das espécies do planeta, porém cobrem tão-somente 7% da superfície da Terra.

Os países desenvolvidos já devastaram as suas matas, enquanto que os subdesenvolvidos ainda, em boa parte, as conservam; daí o conflito entre ambos, pois os países ricos condenam em demasia os em desenvolvimento, procurando bloquear o desmatamento nas florestas tropicais, como no Brasil tem sido feita uma grande campanha contra a queima de florestas tropicais. Formou-se este antagonismo: os países ricos detêm a tecnologia, os países pobres monopolizam a diversidade biológica ou a biodiversidade. Algumas vezes surgem acordos como, por exemplo, a indústria farmacêutica Merck que utiliza uma espécie de planta medicinal, que celebrou um acordo com o Governo da Costa Rica, comprometendo-se a investir um milhão de dólares no levantamento da biodiversidade lá existente.

III Aspectos jurídicos do meio ambiente

A Lei n. 6.938, de 31.08.81, no seu art. 3º I, conceitua o meio ambiente como:

"o conjunto de condições, leis, influências, interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas"

É este meio ambiente objeto do *Direito Público*, em particular do Direito Ambiental, assegurado pelo art. 225 da CF, desdobramento do direito à vida,

o primeiro dos direitos, como se apresenta no *caput* do art. 5º da Magna Carta. Sem o meio ambiente adequado não há vida.

Trata-se, pois, de um direito absoluto, tal como o direito à vida, na medida em que é "*um direito fundamental, não-sujeito à institucionalização jurídica, e o é, também, enquanto direito efetivável e passível de garantia perante todos, que têm de se abster de atos, de comportamentos que violem esse direito, dentro do chamado dever geral de abstenção*"⁸

Simultaneamente, caracteriza-se como *direito comum de todos*, e todos têm a obrigação, dentro da óptica do moderno Direito Social, de defender e preservar o bem-objeto desse direito e de atender à sua *função social*.

Conseqüentemente, regula-se não o conteúdo desse direito, já que é absoluto, mas os limites de direitos sobre os bens ambientais e o respectivo exercício. Nesse conjunto, encontram-se os instrumentos jurídico-ecológicos, como o estudo de impacto ambiental, as reservas ecológicas, tudo a desembocar na responsabilidade pelas agressões e lesões ao meio ambiente tanto na órbita civil quanto na penal, a abranger as pessoas jurídicas.

Por se tratar de um direito comum de todos, solidário, exercitável e passível de efetivação e de proteção individual, em termos de legitimação no uso dos meios processuais correspondentes, estes não apenas estão franqueados aos Poderes Públicos, ao Ministério Público ou outras instituições, mas igualmente a cada pessoa física, porque como Direito Social, o Direito Ambiental envolve a participação do Poder Público, da sociedade civil, de cada um com vistas ao fortalecimento nacional e internacional da luta em favor do meio ambiente.

Faz-se fundamental além do "*fortalecimento, individual e coletivo, da moralidade, do civismo, do amor a si mesmo e ao próximo, pois que a agressão ao meio ambiente se insere no complexo de violência, que se manifesta das mais diversas formas e em que está imersa a humanidade*"⁹ também uma educação ambiental, conforme o inciso VI do citado art. 225:

8. Sérgio de Andréa Ferreira, A natureza jurídica do meio ambiente, in *Boletim de Direito Administrativo*, 11:680-81, 1994.

9. *Id.*, *ibid.*

"promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente"

Conforme os litígios de Direito Ambiental, que envolvem a "justiça jurídica e a justiça social", pode-se identificar, no regime da vigente Constituição Federal, uma ação ambiental pública, uma ação ambiental popular, uma ação ambiental individual, conforme a legitimação para a sua propositura, ou seja, no Brasil, efetivado por via de ação civil pública (CF art. 129, III) ou popular (CF, art. 5º, LXXIII).

Em se tratando da classificação dos bens ambientais, o desembargador do TRF Sérgio de Andréa Ferreira, determina quatro classes de *domínios*: o domínio público, o particular, o comum de todos, o social. A própria Magna Carta identifica algumas áreas como *patrimônio nacional*, no art. 225, § 4º:

"A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso de recursos naturais"

São todos, segundo declara o desembargador, no entanto, bens ambientais porque *"exercem função ambiental e, nessa mensuração, estão afetados à nossa esfera de vida e integram o meio ambiente. Por isso, com muita propriedade, a CF alude à função ecológica desses bens"* no inciso VII do art. 225:

"proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade"

Existe uma ampla legislação protetora tanto da fauna quanto da flora, incluindo códigos, como os Código de Caça (Lei n. 5.197, de 03.01.1967), da Pesca (Decreto-Lei n. 221, de 28.02.1967) e o Florestal (Lei n. 4.771, de 15.09.1965), cujos dispositivos são geralmente descumpridos.

IV O ecodesenvolvimento ou desenvolvimento sustentado: o conflito entre o direito ao meio ambiente e ao desenvolvimento

*"O homem de hoje usa e abusa da natureza como se fosse o último inquilino deste desgraçado planeta, como se atrás dele não se anunciasse um futuro. A natureza converteu-se assim num bode expiatório do progresso"*¹⁰

Em aproximadamente quatro séculos de industrialização, representando menos que os milênios da era agrícola, houve uma drástica depreação do meio ambiente, provocando a morte de rios, chuvas ácidas, extinção da biodiversidade, destruição de monumentos e bens culturais.

Como destruidores da natureza cabe mencionar cerca de um milhão de toneladas de petróleo vazadas anualmente nos oceanos, os acidentes nucleares de Three Mile Island e de Chernobyl, os testes nucleares de Mururoa, grandes marés negras do Atlântico Norte, cerca de 180 milhões de toneladas anuais de lixo doméstico, hospitalar ou industrial só dos EUA, o próprio impacto da destruição humana em imponentes relíquias da arquitetura. Os ataques da chuva ácida que ameaçam a beleza da alvenaria gótica da secular catedral francesa de Rouen. A biodiversidade apresenta um ritmo alucinante de extinção. Dez por cento das espécies de plantas do mundo estão ameaçadas de extinção definitiva, e com elas aproximadamente trinta tipos de animais e insetos que dependem delas para a sua sobrevivência.¹¹

10. Ramón Martín Mateo, *Derecho ambiental*. Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.

11. Carlos Roberto de Siqueira Castro, O direito ambiental e o novo humanismo ecológico, *RF*, 317:68, 1992

Não-obstante, dificilmente se pode abordar o direito a um meio ambiente sadio em isolamento, porque não se pode considerá-lo sem referência a outro direito do gênero, a saber, o direito ao desenvolvimento como um direito humano. Neste contexto, é mister destacar a necessidade de conciliação do processo do desenvolvimento com a preservação do ambiente, formulando um novo humanismo ecológico e a substituição de uma economia de degradação por uma economia de preservação do ambiente.

Por isso é que se fala de um *desenvolvimento sustentado* (*sustainable development*), ou seja, como assinala Carlos Roberto Siqueira de Castro, "o progresso civilizatório compatibilizado com os padrões de preservação da natureza"¹²

Divulgou-se a expressão *desenvolvimento sustentado* ou *ecodesenvolvimento* a respeito de uma política ambiental que não-bloqueie o desenvolvimento, porém com uma gestão racional dos recursos naturais. O *desenvolvimento sustentado* pode ser entendido como o "desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das futuras gerações atenderem às suas próprias necessidades, isto é, melhorar a qualidade de vida humana dentro dos limites da capacidade de suporte dos ecossistemas"¹³

Por conseguinte, como abordou Cançado Trindade, pode ocorrer que o "princípio do 'desenvolvimento sustentável' forneça um possível vínculo entre o direito ao desenvolvimento e o direito a um meio ambiente sadio. O meio ambiente e o desenvolvimento não de ser enfocados conjuntamente, o que se aplica a regiões desenvolvidas assim como em desenvolvimento do mundo, criando obrigações para todos tendo em mente a comunidade internacional como um todo, e as gerações presentes assim como futuras: nesse sentido o desenvolvimento sustentável veio a ser tido não-só como um conceito, mas como um princípio de direito internacional contemporâneo"¹⁴

12. *Id.*, *ibid.*

13. *Cuidando do planeta Terra (uma estratégia para o futuro da vida)*. São Paulo, publicação conjunta de UICN - União Internacional para a Conservação da Natureza. PNUMA - Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente e WWF - Fundo Mundial para Natureza, 1991

14. Antônio Augusto Cançado Trindade, Meio Ambiente e Desenvolvimento: formulação, natureza jurídica e implementação do direito ao desenvolvimento como um direito humano, *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará*, Fortaleza - 9(11):11-42, 1992.

A Assembléia Geral das Nações Unidas na Resolução n. 44/228, de 22.12.89, a Declaração de Brasília sobre o Meio Ambiente, adotada na Reunião de cúpula Latino-Americana e Caribenha, de 1989, a Declaração Ministerial sobre Desenvolvimento Sustentável e Ambientalmente Sadio de Bangkok, de 1990, o Simpósio de Beijing sobre Países em Desenvolvimento e Direito Ambiental Internacional, de 1991, afirmam e insistem na promoção do desenvolvimento sustentável e ambientalmente sadio em todos os países; reconhecem que o meio ambiente e o desenvolvimento eram indivisíveis e não poderiam ser considerados em isolamento um do outro, relacionando-se o conceito de interesse comum da humanidade tanto com o meio ambiente quanto com o desenvolvimento; acrescentam que o desenvolvimento sustentável incluía o fomento do crescimento econômico, o atendimento de necessidades humanas domésticas básicas (atinentes à saúde, nutrição, educação, habitação) e a erradicação da pobreza de modo a propiciar a todos uma vida de dignidade em um ambiente limpo, seguro e sadio. A esse respeito, o relatório do Simpósio de Beijing afirmou que: "*havia vínculos entre os domínios da proteção ambiental e da proteção dos direitos humanos fornecidos principalmente pela concentração em determinados direitos humanos fundamentais (inter alia, o direito à vida e o direito à saúde) e que a emergência do direito a um meio ambiente sadio e do direito ao desenvolvimento visava fortalecer, ao invés de restringir, outros direitos, dadas suas indivisibilidade e inter-relação*"¹⁵

V - As conferências de Estocolmo de 1972 e a Eco/92

O grande marco do direito ao meio ambiente está na Declaração de Estocolmo. Visando à defesa do planeta Terra em face da devastação descomedida e irracional, de 5 a 16 de junho de 1972, 114 países enviaram seus representantes para uma reunião na Suécia a fim de se buscar soluções técnicas para a poluição ambiental. Nela se enuncia como primeiro princípio:

"O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada em um ambiente que esteja em condições de permitir uma

15. UNESP, Beijing Symposium on Developing Countries and International Environmental Law, (rapporteurs A.A. Cançado Trindade (Brasil) e A. Malhotra (Índia)), Beijing, 1991 (relatório final).

vida digna e de bem-estar; tem ele a grave responsabilidade de proteger e melhorar o ambiente para as gerações presentes e futuras. A esse respeito, a política que promover ou perpetuar a discriminação ou a segregação racial, a opressão colonial ou de qualquer espécie, ou a dominação estrangeira, continuam condenadas e deverão ser eliminadas"

Posteriormente, a Assembléia das Nações Unidas e diversas organizações não-governamentais, com a mesma finalidade, convocaram a *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*, que se realizou de 3 a 14 de junho de 1992, no Rio de Janeiro, reafirmando os princípios enunciados na Conferência de Estocolmo. Ela é a segunda Conferência da ONU sobre o meio ambiente. Contudo, na Declaração de 92, a formulação do princípio primeiro é mais sutil:

"Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza"

Cumprе mencionar que, na Eco/Rio, adicionaram-se outros instrumentos de grande importância: a *Convenção sobre a Biodiversidade*, visando à conservação da diversidade biológica, o uso sustentável de seus componentes e a distribuição justa e equitativa dos benefícios que provenham da utilização das fontes genéricas, incluindo o acesso apropriado a essas fontes e adequada transferência de biotecnologias. Outro instrumento refere-se à adoção de acordos sobre a conservação e o desenvolvimento sustentável de todos os tipos de florestas, e finalmente, sobre o comitê de negociação para uma convenção sobre a mudança climática.

Em tal Conferência, ao se debater a proteção das florestas, houve a resistência do Brasil e de outros países que se opunham a uma convenção que disciplinasse só as florestas tropicais, alegando que se deveria abranger todos os tipos de florestas, incluindo as boreais, mediterrâneas e temperadas.

Observa-se que na Eco/92, travou-se o duelo entre as nações ricas e as nações pobres. De um modo geral, os países reconhecem a necessidade de um controle sobre a exportação da sua riqueza biológica, como fonte de alimento, remédios, etc. Entretanto as divergências com os países ricos por parte dos países do Terceiro Mundo começaram quando aqueles se utilizaram de tal patrimônio com a ajuda da biologia molecular, afirmando que tal material genético era propriedade universal e deveria ficar em estado de natureza buscando a sua preservação. Os países mais pobres defenderam a soberania de suas regiões, onde se encontra tal material genético, pensando em uma compensação pelo uso de sua diversidade biológica ou biodiversidade.

Não-obstante, convém lembrar que, desde a Conferência de Estocolmo, em 1972, o mundo viu a destruição de duzentos bilhões de hectares de bosques, as áreas desérticas aumentaram em mais de 120 milhões de hectares, além do dano causado pelo dióxido de carbono na camada de ozônio.

VI O dano ecológico e suas conseqüências no campo da responsabilidade

A Responsabilidade civil

O termo dano, significando toda alteração desvantajosa para um titular ou uma coisa, em seu sentido amplo, pode ser entendido como a lesão de qualquer bem jurídico. Sendo a natureza um bem jurídico, o dano ecológico define-se como a efetiva diminuição do patrimônio da mãe-Terra.

Cada dia aumenta a importância do estudo sobre o dano ecológico pela necessidade de amparar a natureza da atividade predatória do homem, uma vez que todo prejuízo necessita ser reparado. O dano ecológico sempre existiu como uma forma de lesão, tanto às pessoas quanto às coisas no ambiente em que vivem. Pela atividade predatória humana, o dano ecológico sofre uma profunda agravação geométrica por causa do perigo da ação humana na conquista da natureza, prejudicando o equilíbrio ecológico. Daí advém uma *responsabilidade civil* decorrente da relação de causalidade entre o dano e a ação do sujeito ativo que produziu o dano.

O dano ambiental ou o dano ecológico necessita de três requisitos básicos, clássicos da doutrina da responsabilidade civil, para caracterizar a responsabilidade: o fato, o dano e o nexo de causalidade entre eles.

Entre as atividades lesivas ao meio ambiente, a Constituição de 1988 dedica três parágrafos àquelas suscetíveis de causarem danos ecológicos, mencionando especificamente a mineração, a utilização da energia nuclear e a devastação, com dispositivo dedicado exclusivamente à reparação dos danos ambientais:

"§ 1º- inc. VII. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade"

"§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei"

"§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas"

A exploração dos recursos minerais no Brasil tem sido feita de modo desordenado e irracional desde o século XVII, como, por exemplo, a exploração garimpeira, poluindo os rios com mercúrio e provocando a sua morte. Tanto a Constituição quanto o Código de Minas (Decreto-Lei n. 227, de 28.02.1967) prevêm a recuperação de tal meio ambiente, mediante soluções técnicas formalizadas na lei e determinadas pelo Poder Público. Entretanto, tal mandamento que já existia na lei ordinária, passa para a lei constitucional com eficácia praticamente nula.

Problemas da Responsabilidade Civil nos Danos ao Meio Ambiente

Os danos ao ambiente podem ser causados tanto pelas pessoas físicas quanto pelas empresas. Naqueles casos muito comuns de dano ambiental provocado pela atividade industrial foi desenvolvido o princípio do poluidor-pagador ou

príncipe pollueur-payer (PPP). Segundo Sérgio Roxo da Fonseca, o sentido de tal princípio é de que o dano ecológico deve ser indenizado pelo beneficiário, entendido como tal o próprio causador do dano ou adquirente do produto para quem foi fabricado o mesmo e que provocou o dano. Este último paga o valor ampliado do custo ambiental quando adquire o produto.¹⁶

Tal princípio foi adotado pela Conferência de Estocolmo, para minorar os efeitos negativos de impactos ambientais nocivos à natureza:

"Princípio 21 Consoante a Carta das Nações Unidas e os princípios do Direito Internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar suas riquezas de acordo com a sua política ambiental, e a responsabilidade de assegurar que as atividades exercidas dentro de suas jurisdições ou sob o seu controle não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados, ou de áreas situadas fora da jurisdição nacional."

Princípio 22 Os Estados colaborarão para ulteriormente aperfeiçoar as leis internacionais referentes à responsabilidade e o ressarcimento às vítimas da poluição e de outros danos ambientais, por atividades realizadas dentro do âmbito territorial ou sob o controle de tais Estados, em zonas que ultrapassem suas jurisdições"

No Brasil, a cobrança do custo ambiental ou poluidor ficou preceituada no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938, determinando a obrigação de indenizar o dano causado ao ambiente e também a terceiros afetados por tal atividade, mesmo sem culpa. É a responsabilidade objetiva.

O tratadista especialista em Direito Ambiental, Paulo Afonso Leme Machado, leciona que "*há sempre o perigo de se contornar a maneira de se reparar*

16. Sérgio Roxo da Fonseca, O Ministério Público e o dano ecológico, *Justitia*, publicação da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, 113:146, 1981.

o dano, estabelecendo-se uma liceidade para o ato poluidor, como se alguém pudesse afirmar: 'Poluo mas pago' Entretanto o sentido do princípio 'poluidor-pagador' que agora está sendo introduzido na esfera do direito internacional, não tem por finalidade coonestar a poluição, mas impedir que o dano ecológico fique sem reparação. E continua que para obrigar "o Poder Público a ser prudente e cuidadoso no vigiar, orientar, e ordenar a saúde ambiental nos casos em que haja prejuízo para as pessoas, para a propriedade ou para os recursos naturais, mesmo com a observância dos padrões oficiais, o Poder Público deve responder solidamente com o particular" ¹⁷

A esse respeito cabe mencionar o art. 45, apartado 3, da Constituição espanhola de 1978, conforme o qual quem violar a lei reguladora da matéria sofrerá sanções penais ou, "*em seu caso, administrativas, assim como a obrigação de reparar o dano causado*"

É importante salientar que a administração pública tem responsabilidade solidária pelo dano causado, mesmo com licença. Toshio Mukai¹⁸ salienta também que a solidariedade pode surgir no caso de licenças ou autorizações legais, por força de um critério objetivo, desde que haja um dano especial ao meio ambiente, afetando pessoas da comunidade. Em diversas hipóteses pode surgir a responsabilidade da administração pública, seja com a culpa *in vigilando* ou *in omittendo*.

A legislação deve evoluir e consolidar o princípio de que as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, ou as pessoas físicas são responsáveis pelos danos causados ao meio ambiente. O agente causador, além de responsabilidades decorrentes da sua conduta, deve promover a recuperação plena do meio ambiente degradado.

17. Paulo Afonso Leme Machado, Direito ambiental brasileiro, 2ª ed., São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1989.

18. Toshio Mukai, Responsabilidade solidária da administração por danos ao meio ambiente, *Justitia*, 114:75-80, jan/mar. 1988.

B Responsabilidade penal

No § 3º, a Constituição prevê o *crime ecológico*:

"As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."

A grande novidade da Constituição é a introdução da responsabilidade penal por danos causados ao meio ambiente, tanto para as pessoas físicas quanto para as jurídicas, o que não ocorria no texto constitucional anterior, que só a previa para as primeiras. Tal responsabilidade tornou-se viável na esfera de crimes ecológicos no texto constitucional vigente. Necessita, contudo, de regulamentação por normas infraconstitucionais.

Os crimes ambientais dispostos na legislação comum encontram-se basicamente nos Capítulos I - Crimes de Perigo Comum e III - Crimes Contra a Saúde Pública, do Título VIII do Código Penal, que elenca os crimes contra a incolumidade pública. No entanto, outros tipos penais poderão ser considerados crimes ambientais, caso a conduta do agente infrator acabe lesionando um bem-ambiental (água, cavidades naturais subterrâneas, energia, espaços territoriais protegidos e seus componentes, fauna, flora, florestas, ilhas, mar territorial e praias) ou alguma atividade relacionada com o meio ambiente (caça, garimpo, irrigação, mineração, etc).

São considerados crimes ambientais de perigo comum:

- ⇒ Incêndio - admite forma dolosa (art. 250, *caput*) e culposa (§ 2º do art. 250);
- ⇒ Explosão - forma dolosa (art. 251) e culposa (§ 3º do art. 251);
- ⇒ Uso de gás tóxico ou asfíxiante - forma dolosa (art. 252) e culposa (parágrafo único);
- ⇒ Fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico ou asfíxiante - só admite a forma dolosa (art. 253);

⇒ Inundação admite formas dolosa e culposa (art. 254, *caput*);

⇒ Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento só admite forma dolosa (art. 257);

⇒ Difusão de doença ou praga dolosa (art. 259, *caput*), culposa parágrafo único).

São considerados crimes contra a saúde pública:

⇒ Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal admite forma dolosa (art. 270, § 1º) e culposa (§ 2º);

⇒ Corrupção ou poluição de água potável - dolosa (art. 271) e culposa (parágrafo único).

Ainda no Código Penal, há outros tipos penais considerados crimes ambientais:

⇒ Dano em floresta particular (art. 163);

⇒ Dano em floresta da União, Estado, Município, concessionário de serviços públicos ou sociedade de economia mista (art. 163 - pena mais grave);

⇒ Dano por abandono de animais em floresta (art. 164);

⇒ Supressão ou desdobramento de tapume, marco ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa móvel (art. 161);

⇒ Resistência, desobediência e desacato quando praticados por agentes a serviços da proteção da fauna ou flora;

⇒ Furto quando o bem-ambiental pertencer à União Federal (art. 55);

⇒ Falsidade e Uso de Documento Público - adulteração de uma guia florestal para o transporte de madeira, por exemplo (art. 297).

Observa-se que o nosso Direito Penal precisa aperfeiçoar-se no estabelecimento de normas de punibilidade das condutas nocivas ao meio ambiente, pois tais preceitos não são suficientes. Em nosso Direito Penal, segundo Helene Máudio Fragoso, prevalece o princípio da reserva legal, também denominado princípio da legalidade das penas e delitos. Não se pode prever nem violar senão aquilo que está previsto na lei, conforme o art. 1º do nosso Código Penal. Daí a necessidade da criação de novos tipos penais aplicados à ecologia. Por tipo deve-se

entender "o modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto das características objetivas e subjetivas do fato punido".¹⁹

Na Itália, ocorreu também tal dificuldade pela falta de tipos penais suficientes, o que levou a jurisprudência italiana a suprir a lacuna legislativa mediante uma aplicação extensiva da norma penal ecológica.²⁰

Questiona-se então onde incluir o novo tipo penal ecológico, se na *Parte Especial* do Código Penal ou em um Direito Penal Administrativo. Parece que os dois ramos do Direito devem ser levados em conjunto, não-bastando somente um instrumental repressivo contido no Direito Penal, como ainda a disciplina administrativa direcionada para a prevenção.

Outra indagação importante é saber se a responsabilidade penal por lesão ao meio ambiente permite a punibilidade de ação nociva, mas que tenha sido licenciada pela autoridade competente. Uma linha doutrinária pretende que a licença dada pela autoridade administrativa justifica, naturalmente, a conduta. Posição contrária é do tratadista do Direito Ambiental brasileiro, Paulo Afonso Leme Machado, observando que "a constituição deu um sério passo para a punição da ofensa ao ambiente, pois, agora, mesmo a conduta ou atividade autorizada pelo Poder Público, desde que lesiva, poderá ser incriminada penalmente".²¹ Tal opinião encontra também respaldo no Direito Comparado. No Japão, a sua Suprema Corte condenou empresa que poluiu o meio ambiente, embora autorizada pela autoridade administrativa e seguisse as suas prescrições para reduzir o potencial da carga poluidora. Portanto, verifica-se a atuação do Sistema Judiciário de proteção interna dos direitos fundamentais com autoridade para rever os atos administrativos e anulando aqueles que não são convenientes ao interesse público.

Adicionalmente, é mister saber como a pessoa jurídica pode ser penalizada em crime ecológico. No Direito suíço, adota-se a pena pecuniária dimensionada de acordo com as condições econômicas da empresa, e não conforme o grau de culpa. O Direito italiano cogita de penas contra as empresas poluidoras, mediante o confisco dos aparelhos instrumentais utilizados na poluição hídrica. O

19. Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 10ª ed., rev por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro, Forense, 1986.

20. Paulo José da Costa Júnior, *Direito Penal ecológico*, *Justitia*. publicação da Procuradoria-Geral da Justiça de São Paulo, 113:68, 1981.

21. Ob. cit.

Direito alemão penaliza as empresas com a pena de multa, varando com a qualidade do ilícito e a gravidade da culpa, e ainda com a pena de confisco de bens.

Verifica-se notória a importância da penalidade das pessoas jurídicas, pois são essas que necessitam de punibilidade mais do que o indivíduo isolado, uma vez que violam mais profundamente o ambiente ecológico e especialmente a biosfera.²²

Problema da Responsabilidade Penal

A responsabilidade civil da pessoa moral é inegável, porém discute-se a responsabilidade penal das empresas, que, de regra, são as que mais danos causam ao meio ambiente. Sobre a responsabilidade penal das empresas existem duas posições diferentes no Direito Comparado. A primeira orientação é sancionar penalmente as pessoas coletivas, que se impôs na Inglaterra, França, EUA, Canadá, Austrália e Holanda. Outra orientação é a de acentuar a impossibilidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ou seja, a responsabilidade penal é pessoal, adotada em Portugal, Alemanha, Espanha e Itália. Na Argentina,²³ afirma-se a limitação da capacidade penal para a pessoa, pois determiná-la também para os entes coletivos significaria a identificação de conceitos penais e civis. Na América Latina, a rota dominante é a penalização da pessoa natural, com exceção do México, Costa Rica e Cuba.

A Constituição brasileira, de 1988, fala de sanções penais contra as pessoas jurídicas, independentemente da obrigação de reparar o dano. A doutrina discute a viabilidade da aplicação de penas às pessoas coletivas. A orientação predominante é a de que as pessoas jurídicas só podem responder civil e administrativamente, porque a responsabilidade penal é de natureza e de caráter estritamente pessoais. Contudo determinadas leis especiais se opõem ao princípio de que o crime é apenas o resultado da ação humana. Nesse sentido podem ser indicadas as seguintes leis dentre várias:

→ *Lei n. 4.729, de 14.07.1965* (crime de sonegação fiscal) embora ressalvando que a responsabilidade penal é das pessoas físicas vinculadas com a

22. Francisco José Marques Sampaio, O dano ambiental e a responsabilidade, *RF*, 317:116-25, 1992.

23. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal: parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1981, v. 3.

empresa sonegadora, permite a atribuição da infração penal à pessoa jurídica, conforme seu art. 6º;

⇒ *Lei n. 6.435, de 15.07.1977* admite que o ente coletivo pode cometer o delito de atuação como entidade de previdência privada sem a necessária autorização, e nesse caso seus diretores e administradores incorrerão na mesma pena (art. 80).

Antônio Chaves salienta que, para prevenir e reprimir a devastação ecológica, a empresa, em casos extremos, deve ser penalmente responsabilizada, independentemente da obrigação de pagar os danos causados, porque *"é ela quem se beneficia economicamente da atividade ilícita. Nada mais justo, portanto, sempre que o crime ecológico configurar a expressão de uma política econômica da empresa, venha ela ser atingida pelo direito penal especial"*²⁴

A verdade é que já existem inúmeras leis de proteção ambiental. É preciso tão-somente aplicá-las, cabendo ao Poder Judiciário a execução da vontade concreta da lei. Cabe também salientar inúmeras sanções administrativas, sobretudo as multas e também a própria interdição do estabelecimento.

C Responsabilidade administrativa

O Direito Ambiental encerra um conjunto de normas de caráter preventivo, repressivo e reparatório, porém a tutela do meio ambiente superou ultimamente o estágio repressivo e reparatório, fundamentado em regras da responsabilidade civil e penal, para preocupar-se também com a prevenção do dano ambiental. Existem, assim, meios repressivos de proteção ao ambiente, além da sanção penal, como a sanção administrativa, ambas ocorrendo depois do dano causado.

Ao lado de tais meios repressivos, a Administração Pública também tem instrumentos de tutela ambiental, visando à reparação do dano já causado, mediante a ação civil pública. Mais tarde, surgiram os instrumentos de prevenção ao dano ecológico, entre eles, principalmente, o planejamento ambiental, o zoneamento ambiental e o EIA.²⁵ As medidas preventivas têm por escopo limitar a margem de

24. Antônio Chaves, *Responsabilidade no Direito Ambiental brasileiro*, RF, 317:9-23, 1992.

25. O Estudo de Impacto Ambiental (EIA) é de origem norte-americana e representa um estudo visando à análise das modificações que um projeto pode provocar no meio ambiente. O EIA surgiu historicamente no Direito brasileiro com a Lei n. 6.803, de 03.07.80, com esfera limitada para as áreas

opções do administrador em benefício da comunidade, impedindo a afronta ao equilíbrio ecológico por medidas anteriores, adotadas antes da realização do projeto.

Segundo José Afonso da Silva,²⁶ a responsabilidade administrativa "*resulta de infração a normas administrativas sujeitando-se o infrator a uma sanção de natureza também administrativa: advertência, multa, interdição de atividade, suspensão de benefícios*". Fundamenta-se na capacidade que têm as pessoas jurídicas de Direito Público de impor condutas aos administrados. Esse poder administrativo é inerente à Administração da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos limites das respectivas competências institucionais.

Dentre os poderes administrativos, destaca-se o *poder de polícia administrativa*, que a Administração Pública exerce sobre todas as atividades e bens que afetam ou possam afetar a coletividade. Como cabe às três unidades proteger o meio ambiente, também lhes incumbe fazer valer as providências de sua alçada, "*condicionando e restringindo o uso e gozo de bens, atividades e direitos em benefício da qualidade de vida da coletividade, aplicando as sanções pertinentes nos casos de infringência às ordens legais da autoridade competente*"²⁷

O art. 14 da Lei n. 6.938/81 determina que o não-cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

"I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a dez e, no máximo, mil BTN's, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Território ou pelos Municípios; II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público; III - à perda ou suspensão de participação em linhas de

críticas de poluição em zona industrial. Mais tarde foi editada a Lei n. 6.938, de 31.08.81, regulando a política nacional do meio ambiente e autorizando "a avaliação de impactos ambientais" (art. 9º, III).

26. José Afonso da Silva. *Direito Ambiental Constitucional*. 2ª ed.. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

27. Id., *ibid.*, p. 210, 1995.

*financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;
IV à suspensão de sua atividade"*

Pelo fato destas disposições serem gerais, aplicam-se a transgressão a qualquer norma legal disciplinadora da preservação, melhoria ou recuperação da qualidade ambiental, mesmo quando não esteja, na lei ou regulamento específico, consignada sanção para o caso. Entretanto, leis especiais podem também estabelecer sanções administrativas para as infrações às suas normas e, em tal caso, prevalecem as sanções nelas previstas.

A aplicação de sanções administrativas requer a instauração do respectivo *processo administrativo punitivo*, necessariamente contraditório, com oportunidade de defesa e estrita observância do devido processo legal, sob pena de nulidade da punição imposta, nos estritos termos do art. 5º, LV, da Constituição.

É mister destacar que, em matéria de meio ambiente, inúmeras ações sem maior relevância são elevadas à categoria de infrações penais, na modalidade de contravenções. Exemplifica-se com o art. 64 do Decreto-Lei n. 221, de 1967, o mencionado Código de Pesca. Referido dispositivo estabelece que o reincidente em falhas administrativas que tornar a violá-las cometerá contravenção penal. Evidencia-se, neste sentido, a opção política do legislador que, objetivando desestimular determinada conduta, a eleva à categoria de fato contravençional.

VII O Direito Ambiental Internacional

O Direito Ambiental Internacional é o conjunto de princípios e regras que geram direitos e obrigações para os Estados, as organizações internacionais e indivíduos, tendo em vista a preservação do meio ambiente. O sujeito principal deste campo jurídico é o Estado, porém a função das organizações intergovernamentais e da pessoa se torna cada dia mais relevante.

Foi constituído o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA ou UNEP) como o órgão mais importante para as questões ambientais, tendo os seus técnicos e especialistas uma profunda *expertise* (capacidade específica).

Diversas são as fontes do Direito Ambiental Internacional. O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça relaciona as seguintes:

⇒ *Tratados* - São a principal fonte. A capacidade de firmar tratados pertence não-só aos Estados, como sujeitos de direito, como ainda determinadas categorias de organizações internacionais, tais como a Convenção de Viena, entre as organizações internacionais.²⁸ Os tratados ambientais podem ser genéricos ou específicos; ou ainda de caráter global, e regional, sub-regional ou bilateral pelo aspecto geográfico. Como exemplo de tratado regional genérico pode-se mencionar o Tratado de Cooperação Amazônica, que também tem em vista a racionalização planejada do aproveitamento da flora e da fauna da Bacia Amazônica, para obter o equilíbrio ecológico da região e a preservação de espécies, assinado em Brasília em 03.07.78. O problema do surgimento de um buraco na camada de ozônio, acima da Antártica, movimentou a opinião pública depois de um verão muito quente que surgiu na Europa, divulgando-se ainda o efeito das queimadas na Amazônia e daí o brado de alerta dos cientistas mobilizando a opinião pública, que levou à assinatura do Protocolo de Montreal. No decorrer da Conferência Eco/92, duas convenções foram estudadas: a Convenção sobre Mudanças Climatológicas, tendo em vista o combate ao efeito estufa, e a Convenção sobre Biodiversidade, ambas já mencionadas.

⇒ *Costumes internacionais* devem possuir também uma base de prática geral aceita como sendo direito;

⇒ *Princípios gerais de direito* sua invocação deve ser bem estabelecida e geralmente são aceitos;

⇒ *Decisões judiciais* - a posição adquirida pela jurisprudência é importante, assim como seu reconhecimento. Exemplificando, o *Trail Smelter Case* resultou numa decisão jurisprudencial sobre poluição transfronteiriça. Tal caso provém de um acordo de arbitragem entre os EUA e o Canadá, em abril de 1985, para resolver um problema de poluição de dióxido de enxofre, provocada por uma fundição de zinco e chumbo no Canadá e com conseqüências danosas no Estado de Washington. O laudo arbitral decidiu: "*nenhum Estado tem o direito de usar ou permitir o uso de seu território de tal maneira que emanações de gases ocasionam dano dentro de outro território ou sobre as propriedades ou pessoas que aí se encontrem, quando se trata de conseqüências graves e o dano seja determinado*

28. G. E. do Nascimento e Silva. The 1985 Vienna Convention and the Treaty Making Power of International Organization, in *German Yearbook of International Law*, 1986.

mediante provas certas e conclusivas"²⁹ Outra situação típica foi o caso Lannox, decidido em 1956 por sentença arbitral, a fim de evitar a poluição de águas do lado do território da França afetando a Espanha.

⇒ *Doutrina dos autores de melhor qualificação* - tem posição de destaque, embora ultimamente a Corte Internacional de Justiça tenha entendido que um pronunciamento desse órgão vale mais do que as opiniões dos juristas isolados, por mais importante que sejam.

VIII Conclusão

Pelo exposto, observa-se que é forte a inter-relação entre os direitos fundamentais, ou seja, ao se reconhecer o direito a um meio ambiente sadio, os já-existentes direitos humanos de primeira e segunda gerações são enriquecidos, porque abordando o comprometimento finalístico da função ambiental (propiciar uma sadia qualidade de vida), não se cuida somente de ensejar a sobrevivência, mas de garantir uma existência hígida, em decorrência da preservação do equilíbrio ecológico, ou seja, garantir a vida em sua plenitude, com seus desdobramentos da saúde, da liberdade, da segurança, da igualdade de indivíduos e de Nações. Não-obstante, são cristalizados outros direitos em novas dimensões, como o tão-necessário direito de participação dos cidadãos, que requer a efetividade dos direitos à informação e à educação em questões ambientais.

Do mesmo modo, pode-se buscar a proteção ambiental mediante a reivindicação de direitos existentes, isto é, direito à privacidade, direito ao gozo pacífico das posses de cada um, como indica a jurisprudência recente da Convenção Européia de Direitos Humanos. Percebe-se, assim, a indivisibilidade dos direitos humanos: afirmado como um direito fundamental, o direito a um meio ambiente sadio, muito mais do que acarretar restrições ao exercício de outros direitos, enriquece o rol dos direitos fundamentais consagrados.

Logo, por refletir um importante valor social; ser relevante, mesmo em grau variável num mundo de diferentes sistemas de valor, ou seja, devido ao impacto e à forte proteção internacional, a ponto de ser elegível para reconhecimento com base numa interpretação das obrigações estipuladas na Carta das Nações Unidas,

29. Kerin J. Madders, *Trail Smelter Case*. in Encyclopaedia of public international law, v. 2, pp. 276-283, Frederick Kirg's, *Technological challenge to the shared environment*, *American Journal of International Law*, v. 66, p. 291. 1972, *American Law Institute*. Restatement, v. 2, p. 109.

numa reflexão a propósito de normas jurídicas costumeiras ou nos princípios gerais de direito; e ser capaz de alcançar um alto nível de consenso internacional, é que o direito ao meio ambiente é identificado como um direito fundamental.

São Paulo, dezembro de 1997.

IX Bibliografia

- Constituição da República Federativa do Brasil-1988. Juarez de Oliveira (org.). 13ª edição, São Paulo, Saraiva, 1996.
- Código Penal. Maurício Antonio Ribeiro Lopes (coord.). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- ALVES, Alaôr Caffé. "Preservação do meio ambiente e desenvolvimento sócio-econômico". *RPGE*, São Paulo, (29): 293-316, 1988.
- ANDRADE, Lourenço Agostini. "A tutela ao meio ambiente e a Constituição" *Revista da Associação dos Juizes do RS*, 16(45):71-99, 1989.
- ARAUJO, Luís A. David. "Direito constitucional e meio ambiente" *Revista do Advogado*, São Paulo, (38):63-70, 1992.
- ARMELIN, Donaldo. "Tutela jurisdicional do meio ambiente" *Revista do Advogado*, São Paulo, (37):48-62, 1992.
- BARROSO, Luís Roberto. *A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira*" Rio de Janeiro, Revista Forense, (317):161-78, 1992.
- BONALUME, Wilson L. "Crimes contra o meio ambiente" *Revista dos Tribunais*, 78(644):229-55, 1989.
- CARVALHO, Sebastião C. G. "Direito do Ambiente e sociedade". *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, 17(112):401-12, 1988.
- CUADRA, Enrique Evans. "El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación su real alcance" *Temas de Derecho*, Chile, 8(1):79-87, 1993.
- CUSTODIO, Helita B. "Anteprojeto de lei de consolidação das leis federais do meio ambiente: incompatibilidades jurídico-ambientais" *Revista de Direito Civil, Imobiliário e Empresarial*, São Paulo, 16(61):58-72, 1992.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. "A natureza jurídica do meio ambiente" *BDA*, 10(11):680-1, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo, Editora Saraiva, 1995.

- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira - v. 7*. São Paulo, Editora Saraiva, 1995.
- FIORILLO, Celso A. Pacheco. "Ação Popular e a defesa do meio ambiente" *Revista do Advogado*, (37):27-35, 1992.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. Curitiba, Juruá, 1995.
- GONZALEZ BALLAR, Rafael. "La protección del medio ambiente en centro America" *Revista de Ciencia Jurídica*, Costa Rica, (67):127-67, 1990.
- LAUBE, Vitor Rolf. "Perfil constitucional do meio ambiente" *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, 1(4):216-26, 1993.
- PIOVESAN, Flávia. "O direito ao meio ambiente e a Constituição de 88: diagnóstico e perspectivas". *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, 1(4):75-97, 1993.
- REINALDI, Gustavo & BUSSO, Fani. "El medio ambiente como bien protegido en la Constitución de Cuba y la Ley del ambiente" *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Cordoba, 1(2):529-47, 1993.
- RODRIGUEZ, Fernando Dougnac. "Los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a los hombres, como fundamento jurídico en Chile" *Temas de Derecho*, Chile, 8(1):89-102, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 1995.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. "Meio Ambiente e Desenvolvimento: formulação, natureza jurídica e implementação do direito ao desenvolvimento como um direito humano" *RPGE*, Fortaleza, 9911):11-42, 1993.

DISCURSOS E CONFERÊNCIAS

AS ARCADAS RECEBEM A PRIMEIRA DIRETORA, EM SEUS 171 ANOS JURÍDICOS

Antonio Augusto Machado de Campos Neto
Chefe do Serviço Técnico de Imprensa

Aos 10 de agosto de 1998 foi recebida solenemente pela Congregação de Professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo o seu 37º Diretor, no caso em ineditismo uma Diretora, a eminente Dra. Ivette Senise Ferreira, professora titular de Direito Penal desta Casa.

Cumprе salientar que, como sucessora do tenente-general José Arouche de Toledo Rendon, nomeado por decreto de 13 de outubro de 1827, a professora titular de Direito Penal, Ivette Senise, é a primeira mulher a ocupar o cargo da Diretoria desta Academia, que completa 171 anos no roteiro de suas tradições e na consecução de seus altos objetivos, a serviço da sociedade e da própria Universidade de São Paulo.

Nascida em Catanduva, São Paulo, aos 12 de setembro de 1934, é filha de Alcides Senise e Júlia de Carvalho Senise. Foi casada com o professor doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho e é mãe de quatro filhas: Beatriz, Mônica, Marta e Lígia. A elas e aos netos sempre compartilhou o mesmo amor que dedicou a esta Escola.

Uma vez comunitária a Universidade, cuja premissa maior é a de que todos que para ela convergem se sentem chamados por uma vocação intelectual, a professora Ivette Senise Ferreira ingressou nas Arcadas no ano de 1953, graduando-se em 1957. Realizou, em seguida, de 1958 a 1959, o curso de pós-graduação em Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de Paris.

Possui curso de Especialização em Criminologia, Paris; em Organizações Internacionais; em Direito Internacional Privado; em História das Idéias Políticas; em Direito Constitucional Comparado. Realizou o curso de Doutorado de 1976 a 1981. É poliglota, falando fluentemente o inglês, o francês, o italiano e o alemão. Lecionou Introdução à Ciência do Direito na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, de 1969 a 1973 e Direito Penal, como professora titular, na Faculdade de Direito das Faculdades

Metropolitanas Unidas de São Paulo, de 1984 a 1988. É professora titular de Direito Penal, nesta Escola, desde 1993.

A querida mestra participou, até o ano de 1998, de cerca de 42 bancas examinadoras de Mestrado e Doutorado e de cerca de dez comissões de seleção dos exames de ingresso no Curso de Especialização desta Faculdade e das de exames de revalidação de diplomas, de exames de seleção e da Comissão Julgadora do processo seletivo para preenchimento de vaga de Professor Doutor. Em outras instituições, como a PUC, Mackenzie, Universidade de Goiás, a doutora Ivette Senise Ferreira esteve presente também em dez bancas examinadoras de Mestrado e Doutorado. Participou de congressos, seminários, mesas-redondas e painéis, simpósios, jornadas, encontros semanais, seminários e cursos extra-curriculares, palestras e conferências que, se fôssemos enumerá-los, necessitaríamos mais de 25 laudas, conforme o próprio currículo da dedicada professora se apresenta.

Em participação de colegiados, a nova Diretora participou como membro de 22 instituições, destacando-se a da Comissão de Cultura, Extensão Universitária e de Pesquisa da FDUSP; do Conselho Técnico do Centro de Recursos Humanos da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, do Conselho Nacional da Federação das Associações de Mulheres de Negócios e Profissionais do Brasil, do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária do Estado de São Paulo.

Integrou várias comissões, destacando-se a do Grupo de Trabalho, nomeada pelo governador do Estado de São Paulo, Paulo Egydio Martins, em 1976, para elaborar estudos com vistas à implantação de uma Escola de Administração Penitenciária. Em 1993, integrou a Comissão de Juristas, instituída por decreto, para elaborar o projeto de *Código Ambiental Brasileiro*. Em Paris, no ano de 1995, integrou a International Working Group, instituído pela Unesco, em conjunto com a Fundação Cousteau, para a implantação das Cátedras Internacionais de Ecotecnia.

Durante onze anos foi advogada militante em São Paulo e a tese intitulada *A Tutela Penal do Patrimônio Cultural*, uma obra completa do Direito Ambiental, levou-a, com louvor, à titularidade nesta Academia de Direito. Sendo a tese de doutoramento *O Aborto Legal*, apresentada à FDUSP, em 1982, até hoje consultada por professores e alunos. São mais de 28 artigos publicados em revistas especializadas, nacionais e internacionais, destacando-se o *Rapport sur "Les Crimes de L'Informatique au Brésil"* publicado no XIII Congresso de Direito Comparado, da Academia Internacional de Direito Comparado, no ano de 1989 em Montreal,

Canadá e "*Os Crimes da Informática*" in Estudos Jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel, com coordenação de Rubens Prestes Barra e Ricardo Antunes Andreucci, no ano de 1992, *Editora Revista dos Tribunais*.

É membro do Instituto Manoel Pedro Pimentel, como sua presidente desde 1996, revivendo o *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, que tem feito sucesso entre os juristas criminalistas da Cidade de São Paulo nos seis números publicados.

A nova Diretora foi escolhida a Profissional de Direito do ano de 1994 pela Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, porque "*jamais esqueceu a condição de mulher atuante e combativa*", como assevera Ada Pellegrini Grinover em discurso proferido à titular no ano de 1994, e cujos méritos, inclusive, foram enaltecidos naquele ano por outra mulher que sempre abrilhantou nossa Faculdade, a professora doutora Esther de Figueiredo Ferraz.

Sempre preocupada com instrumentos jurídicos de proteção contra a crescente degradação dos bens e valores naturais, a querida mestra viajou muito pelo planeta, considerando o Taj Mahal, na Índia, "*um dos espetáculos mais lindos, em edificação, que meus olhos presenciaram*"

Nesta conquista de láurea após láurea, a titular de Direito Penal fez refulgir aos ecos do Salão Nobre, cuja platéia a aplaudiu de pé, nomes como Hannah Arendt, Esther de Figueiredo Ferraz, Ada Pellegrini Grinover, as escritoras Simone de Beauvoir, Maria Antonia Palla, as estadistas Golda Meir, Indira Gandhi, Margareth Thatcher e Andréa Mustafa, primeira acadêmica a presidir o Centro Acadêmico XI de Agosto, dentre outras, colocando-as na vanguarda de como as mulheres se emanciparam e tiveram destaque nestes últimos anos. Todavia, a mesma platéia estava ciente de que a oradora, que tomava posse naquele dia, é uma mulher ocupada mas que encontra tempo para tudo, professora, mãe, pesquisadora, orientadora e, acima de tudo, humana, o que fará com que a sua gestão, com certeza, seja uma das melhores na galeria dos Diretores desta Instituição Jurídica.

Na solenidade da posse, a professora Ivette Senise Ferreira foi saudada pelo professor e embaixador Celso Lafer, titular do Departamento de Filosofia. Integraram a Mesa-de-Recepção, o Magnífico Reitor, professor Jacques Marcovitch, a secretária-geral da Reitoria, professora Lor Cury, o ex-Diretor, professor Álvaro Villaça Azevedo, a vice-Diretora, professora Odete Medauar, o secretário da Segurança Pública, José Afonso da Silva, o secretário da Justiça, Belisário Santos

Júnior, o secretário dos Negócios Jurídicos da Prefeitura, professor Edvaldo Pereira de Britto e o doutor Edevaldo Alves da Silva, secretário de Governo da Prefeitura.

DISCURSO DE SAUDAÇÃO À PROFESSORA IVETTE SENISE FERREIRA POR OCASIÃO DE SUA POSSE COMO DIRETORA DA FACULDADE DE DIREITO USP

Celso Lafer

Professor Titular do Departamento de Filosofia e
Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

É uma alegria e uma satisfação, como colega, amigo e admirador, saudar Vossa Excelência professora Ivette Senise Ferreira - em nome da Congregação, por ocasião de sua posse como Diretora da nossa Faculdade. A solidez e a seriedade da trajetória acadêmica de V. Excia. são de todos conhecidas. Trata-se de uma trajetória que, na sua etapa inicial, associa os cursos de graduação, especialização e pós-graduação na nossa Faculdade a cursos de especialização e pós-graduação na Universidade de Paris; que se caracteriza por uma dedicada atividade didática da qual se vêm beneficiando ao longo dos anos os nossos alunos; por uma ativa participação em bancas examinadoras na USP e em outras instituições; pela sólida orientação a alunos de mestrado e doutorado; por uma relevante e responsável participação em colegiados e em comissões dentro e fora da USP que deram a V. Excia. uma experiência administrativa que será de grande valia no exercício de suas novas funções; pela diversificada e rica participação em entidades, congressos, seminários, mesas-redondas e simpósios, indicativa não apenas de uma sensibilidade acadêmica em relação a temas e problemas da agenda do nosso país e do mundo, mas também da importância do entrosamento do intelectual com as instâncias da sociedade civil.

As cadências da carreira de V. Excia., que obedeceram aos ritmos de quem estudou, casou, lecionou, advogou, criou quatro filhas e cuidou da organização da casa, proporcionaram-me o privilégio de tê-la como aluna no curso de pós-graduação. Lembro-me perfeitamente, até hoje, passados tantos anos, da sua excepcional exposição sobre o *De Monarquia de Dante*, que era um dos textos de seminário, exemplificativo do argumento da unidade nas formas de conceber a organização da ordem internacional. Esta condição, de seu professor na pós-graduação, deu-me a oportunidade de participar, em 1982, da sua banca de

doutoramento. A tese de V. Excia., sobre o aborto legal era, como disse na ocasião, uma excelente tese, muito bem redigida, argumentada e documentada, que tinha a coragem de tratar de um tema difícil e polêmico. Com efeito, o aborto inevitavelmente gera a controvérsias, pois toca de perto *"one's philosophy, one's experiences, one's exposure to the raw edges of human existence, one's religious training, one's attitudes towards life and family and their values"*- nas palavras do "Justice Blackmun, da Suprema Corte dos EUA, que relatou o caso Roe x Wade que V Excia. comentou e discutiu na sua tese. Não escapou igualmente à sua tese uma relevante percepção: no caso do aborto, a repressão penal tem sido impotente, porque existe, na precisa formulação de V. Excia., *"uma certa tolerância do meio social que implícita ou explicitamente atribui à mulher" nos casos de aborto, "a justificativa de um estado de necessidade supralegal, por diferentes fundamentos, conforme as circunstâncias"*

Esta rápida referência à sua tese de doutorado é um bom ponto-de-partida para uma reflexão sobre o seu percurso, que, penso eu, tem muito a ver tanto com o seu campo acadêmico - O Direito Penal - quanto com o olhar que guiou a escolha dos temas que V Excia. versou.

O Direito Penal desempenha a clássica função de controle social, conservando e preservando uma sociedade por meio da proibição a condutas tidas como socialmente indesejáveis e valendo-se da sanção para salvaguardar as leis penais da erosão de ações que a elas se contrapõem. O Direito Penal porque proíbe e reprime, em função da herança do "iluminismo" voltado para conter o arbítrio do poder, é especialmente cuidadoso na tipificação das condutas ilícitas, na análise da responsabilidade, no estudo do bem jurídico tutelado por suas normas. Por isso mesmo a teoria do Direito Penal na vigência do estado de direito instiga o rigor e a disciplina dos conceitos.

O rigor e a disciplina dos conceitos permeiam os trabalhos acadêmicos de V Excia., professora Ivette Senise Ferreira, e seguramente foi esta propensão ao rigor e à disciplina que lhe permitiu levar adiante sua carreira profissional e ao mesmo tempo lidar com as múltiplas solicitações que a vida usualmente impõe à condição feminina. Não é de fácil equacionamento, no dia a dia, esta multiplicidade de solicitações. Um relato admirável dos dilemas provocados por estas solicitações se encontra no livro que reúne a correspondência entre Hannah Arendt e Mary McCarthy. Nesta correspondência, que se estende de 1949 a 1975, duas grandes amigas que foram intelectuais de primeira plana tratam do seu cotidiano - um

cotidiano no qual os grandes projetos intelectuais de ambas e as discussões políticas se mesclam com os cuidados da casa, a conversa mais livre sobre as pessoas; as críticas e as maledicências de que foram alvo; as alegrias e os dramas do amor; a educação de filho; a família; as roupas; o cabeleireiro; a saúde e a doença. Em síntese, trata-se de um livro que é um registro muito concreto a respeito da condição feminina tal como vivida por duas intelectuais que se destacaram e que conseguiram lidar e bem com a acima referida multiplicidade de solicitações. "*They kept their powder dry*" e afirmaram a sua identidade, da mesma maneira que V. Excia. Profa. Ivette - afirmou a sua.

Encaminho-me agora na análise de sua trajetória, aos seus temas de estudo, permitindo-me antes fazer uma pequena digressão pessoal. Quando aluno da Faculdade, no início dos anos 60, passei igualmente pelo curso de Letras da Faculdade de Filosofia e tive a oportunidade de conhecer de perto, graças ao prof. Antonio Candido, do qual fui aluno, sua mulher D. Gilda de Mello e Souza professora de estética da Faculdade de Filosofia. Na época, li a tese de doutorado de D. Gilda, *A moda no século XIX*, hoje acessível com o título *O espírito das roupas*, em bela edição da Cia. das Letras, e fiquei impressionado com a originalidade de um olhar que desvendou chaves do funcionamento da sociedade através de um assunto aparentemente pouco acadêmico. Também me impressionou o que D. Gilda, naquela época, escreveu sobre o universo feminino e a vocação da minúcia e o apego ao concreto, tal como impactava o texto do romance *A maçã no escuro*, de Clarice Lispector. Seguindo a bibliografia de D. Gilda, acabei por ler as sutis análises de Simmel sobre a cultura feminina, o livro de Viola Klein sobre o conteúdo ideológico do assim chamado carácter feminino e muito especialmente *A room of one's own*, de Virginia Woolf. Virginia Woolf discutia, no final dos anos 20, a importância para uma mulher escritora ter um espaço próprio ("*a room of one's own*") e recursos próprios para superar as limitações à sua criatividade impostas pela falta de recursos materiais, de escolaridade apropriada, de experiência social e de acesso aos meios de comunicação. A leitura de Virginia Woolf me marcou e me convenceu, pois neste livro, assim como em *Three Guineas*, que é da década de 30, ela sublinha que homens e mulheres podem olhar para as mesmas coisas mas vê-las de maneira diferente. O reconhecimento do alcance da diferença, lastreada no gênero, sobretudo na medida em que, na época, as mulheres eram no espaço público "*social outsiders*" me fez lembrar a avaliação epistemológica de Ortega y Gasset, para quem, à luz da razão vital, a perspectiva não-distorce mas sim organiza a realidade.

A multiplicidade das perspectivas, diria eu, como bom liberal de inspiração pluralista, enriquece a nossa percepção da realidade que é ontologicamente complexa. Nesta multiplicidade de perspectivas, inequivocamente a perspectiva feminina é não-só eticamente devida e socialmente indispensável, como intelectualmente heurística. Neste sentido, como dedicado aluno de Hannah Arendt, lembro que ela, ao se afastar do clássico tema da morte, tido como masculino, deslocou o ângulo da filosofia política ao afirmar, em *The Human Condition*, que o princípio ontológico da ação política é a natalidade e a esperança do novo, inerentes ao potencial de cada novo ser humano.

Esta digressão, profa. Ivette Senise Ferreira, tem como objetivo encaminhar o meu argumento sobre os assuntos que V. Excia. estudou. Penso que a sua obra se caracteriza por uma discussão de "temas novos" para os quais, na escolha, deve ter contribuído o olhar da condição feminina que permitiu à V. Excia. ver com clareza concreta a importância do novo e do relevante no seu campo de estudos. A sua tese de titular de 1993 sobre a tutela penal do patrimônio cultural como expressão do campo de abrangência da proteção jurídica ambiental; os seus estudos sobre o Direito Penal Ambiental; as suas investigações sobre os crimes da informática; a sua análise sobre a intimidade e o Direito Penal; as suas reflexões sobre penas alternativas e substitutivos penais para dar alguns exemplos - são indicativos da sua sensibilidade a "temas novos", temas que V. Excia. discute com o rigor e a disciplina dos conceitos hauridos nos cuidados inerentes à convivência com a melhor teoria do Direito Penal.

Por isso, creio que V. Excia. - profa. Ivette - está particularmente talhada para dirigir a nossa Faculdade, - seu espaço próprio desde os tempos de estudante - neste momento, na antevéspera do milênio. Com efeito, o que precisa a nossa Faculdade é, ao mesmo tempo, de uma indispensável abertura aos "novos temas", impostos pela agenda contemporânea e, no trato destes temas, um rigor de conceitos, e uma disciplina acadêmica para professores e alunos indispensáveis à excelência no campo jurídico e à manutenção e ampliação da qualidade da USP e da nossa muito querida e tradicional "velha e sempre nova Academia" V. Excia. seguramente imprimirá esta "*vis directiva*" à sua gestão, pois ela está em consonância com o percurso de sua vida de professora e estudiosa e com a sua ininterrupta vivência do dia a dia da nossa Faculdade e de seus problemas.

V. Excia., profa. Ivette, será a primeira mulher a dirigir a nossa Faculdade, como será também a primeira mulher a dirigir uma das Faculdades

tradicionais da USP - estou pensando na Politécnica e na Faculdade de Medicina e igualmente na própria Faculdade e Filosofia que foi o núcleo organizador da USP, na inovadora concepção de seus fundadores na década de 30. Qual é o significado deste evento que, com razão, tem sido destacado para a opinião pública pelos meios de comunicação?

Bobbio, na análise do conceito de revolução, destaca que ele contém dois elementos: o do evento dramático fundador por exemplo a Revolução Francesa, a Revolução Russa e o da mudança significativa trazida pelo evento qualificado como revolucionário. Nem sempre, diria eu como reformista, a mudança radical é precedida de um movimento revolucionário. É o caso, como lembra Bobbio, da Revolução Industrial ou, acrescento eu, da Revolução da Informática cuja conseqüência no âmbito penal V. Excia. examinou em seus estudos. É igualmente, como lembra Bobbio, o caso da Revolução Feminina que foi aluvionalmente provocando uma mudança radical nos costumes e na dinâmica de funcionamento da sociedade civil. Para a aceleração deste processo sem dúvida contribuiu, como diria o presidente Fernando Henrique Cardoso, na sua análise da teoria da mudança, o "*curto-circuito*" da inspiração libertária de maio de 1968 que nós, profa. Ivette, acompanhamos já como adultos.

São etapas deste processo de mudança e mentalidade, na nossa Faculdade, o bem-sucedido concurso de livre-docência da professora Esther de Figueiredo Ferraz que honra a nossa Casa como advogada, jurista, educadora e primeira mulher ministra de Estado em nosso país e, posteriormente, o concurso, para titular da professora Nair Lemos Gonçalves que foi, de 1978 a 1982, a primeira mulher a ocupar a posição de vice-diretora de nossa Faculdade.

Como disse V. Excia., profa. Ivette, numa de suas entrevistas à imprensa, por ocasião da sua indicação, refletindo sobre este processo: "*O preconceito é coisa do passado, e permanece mais na cabeça daquelas pessoas mais idosas e conservadoras, que estão sendo substituídas por essa nova maneira de ver o ambiente jurídico - professores e magistrados mais jovens - que foram criados num outro sistema*" (*Gazeta Mercantil* 6/julho/1998 p. 4). A professora Odete Medauar, como vice-diretora da gestão do prof. Álvaro Villaça que ora deixa a direção da Faculdade, com os nossos melhores agradecimentos pelo que pôde realizar e a profa. Ada Pellegrini Grinover, dinâmica e atuante pró-reitora de graduação da nova gestão do Magnífico Reitor, prof. Jacques Marcovitch, são

exemplos do reconhecimento axiológico de nova mentalidade apontada por V. Excia. em matéria e gênero e profissão.

Como estudioso e também como defensor dos direitos humanos, hoje com a responsabilidade, como embaixador do Brasil em Genebra de também representar o país na Comissão de Direitos Humanos da ONU, sei que existe uma defasagem entre o reconhecimento histórico da hierarquia axiológica de um valor e a sua plena realizabilidade.

A igualdade em geral e a igualdade entre os sexos requerem a tolerância, e o tolerar e o ser tolerado, como dados básicos da convivência coletiva pluralista, têm tudo a ver, na relação governantes-governados, com a ação de uma cidadania democrática e com a asserção no espaço da palavra e da ação, do "*direito a ter direitos*" para novamente recorrer à formulação de Hannah Arendt. A "*tolerance*" como atitude, assume muitas formas e a "*toleration*", como prática, pode ser organizada de diferentes maneiras, sublinha Michael Walzer em livro recente sobre a matéria. É por este motivo que, refletindo sobre a nossa era como uma "era dos direitos" Bobbio aponta que o processo de afirmação do "*direito a ter direitos*" passa por fases: a da *positivação jurídica* em Declarações; a da *generalização*, e da *internacionalização* e a da *especificação*. A especificação "*consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos*" Foi assim que se passou da idéia abstrata de liberdade para as liberdades singulares e concretas - de consciência, de opinião, de imprensa, de reunião, etc - num movimento que V. Excia. registra ao estudar como o direito à intimidade resulta do desdobramento de outros direitos como a inviolabilidade do domicílio, da correspondência e dos segredos.

Os direitos da mulher estão hoje, inequivocamente, na etapa da *especificação*. Este processo se detecta bem no plano do Direito Internacional, numa evolução que começa para exemplificar, com a criação, em 1946, através de resolução do Conselho Econômico e Social da ONU, da Comissão sobre o *status* da mulher; da Convenção de 1952, sobre os direitos políticos da mulher; da Convenção de 1979, sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher; da resolução da Assembléia Geral de 1958, sobre a implementação da "Nairobi Forward-looking strategies for the advancement of women"; da resolução de 1988, do Conselho Econômico e Social que estabeleceu um sistema de relatoria para monitorar, rever e avaliar a implementação das acima mencionadas estratégias de Nairobi; pela inclusão na agenda internacional do tema da mulher como parte dos

"temas globais" da década de 90, na Conferência de Pequim da ONU de 1995, da qual V. Excia. participou como presidente da Associação Brasileira de Mulheres de Negócios e Profissionais.

O eixo da Conferência de Pequim foi Ação para a Igualdade, o Desenvolvimento e a Paz. Teve como antecedente próximo a Conferência de Viena, de 1993, da ONU sobre direitos humanos, cuja Declaração e Programa de Ação representam um paradigma da fase de especificação do "*direito a ter direitos*". Em Viena a comunidade internacional, com o respaldo da sociedade civil que se articulou através de organizações não-governamentais, afirmou que os direitos das mulheres são parte integrante indivisível dos direitos humanos universais. Especificou que a plena participação das mulheres, em condições de igualdade na vida política, civil, econômica e social e cultural, em todos os níveis, é um dos objetivos prioritários da comunidade internacional. Destacou igualmente as características próprias da violência contra a mulher tema cuja importância V. Excia. sabe avaliar como penalista e mulher. Viena assinalou também a importância da integração e da plena participação das mulheres como agentes e beneficiárias do processo de desenvolvimento, reiterando o vínculo com o conceito de desenvolvimento sustentável consagrado na Rio-92, seja na sua Declaração seja no capítulo 24 da Agenda 21 - vínculo que para V. Excia. é muito claro à luz dos seus estudos sobre Direito Ambiental e da sua condição de mulher.

Permiti-me fazer estas considerações - profa. Ivette, meus caros colegas e alunos para explicitar o alcance da solenidade de hoje, na véspera do aniversário da fundação dos cursos jurídicos, em 11 de agosto de 1827, que assinala o início da trajetória da nossa Faculdade na vida do Brasil. Com efeito, a posse de V. Excia. como Diretora, por tudo aquilo que a nossa Casa representa no cenário nacional, é uma forte e concreta expressão deste processo de especificação, que é inerente à asserção do "*direito a ter direitos*".

Concluo assim esta saudação à V. Excia., profa. Ivette, na certeza que pelas suas qualidades pessoais; pela sua comprovada capacidade de lidar com a "*multiplicidade de solicitações*" inerente à sua experiência de vida como mulher; pela sua abertura aos temas novos abordados com o rigor e a disciplina jurídica dos conceitos; pela representatividade que a sua posse assume no processo de especificação dos direitos da mulher; que a sua gestão se inaugura sob os melhores auspícios. Estamos em boas mãos. Felicidades e sucesso é, sinceramente, o que

desejam a V. Excia. os seus colegas e alunos e muito afetosamente este seu amigo e admirador.

São Paulo, 10 de agosto de 1998.

DISCURSO DE POSSE DA PROFESSORA IVETTE SENISE FERREIRA COMO DIRETORA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Estamos nesta data reunidos, tanto a comunidade acadêmica quanto as pessoas das mais variadas origens e condições que aqui se encontram, para um *rito de passagem* e uma *celebração*. Um rito de passagem que segue a rotina das transmissões de cargo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que ora recebe o seu 37º Diretor, no caso uma *Diretora*, pela primeira vez em seus 170 anos de existência, desde a sua fundação pelo imperador Dom Pedro I, em 11 de agosto de 1827. Mas, não-só por isso, é este também um momento de celebração, com grande significado na história desta Instituição, por se tratar da última transmissão da Diretoria neste século, prestes a findar-se, e a primeira a inaugurar, no século XXI, a Nova Era que se prenuncia prenhe de vertiginosas mudanças para as quais devemos nos preparar.

As alegrias desse acontecimento que o Destino me proporcionou nesta etapa da minha trajetória de vida foram sobremaneira intensificadas pela possibilidade, que também me foi concedida, de ser saudada por um dos mais brilhantes professores desta Casa, o embaixador Celso Lafer, remanescente das nossas tradições de cultura humanística e intelectual, da mais pura linhagem do saber, figura ímpar de simpatia e amabilidade, que trilhou com desenvoltura e competência os campos da Filosofia e da Economia, da Administração e da Ciência Política, além do Direito Internacional, tendo agora enveredado pelos difíceis caminhos da diplomacia, ao representar o nosso País como embaixador-chefe da Missão Permanente do Brasil em Genebra junto à ONU e à OMC.

Honrou-me o professor Celso Lafer com uma saudação primorosa, cumulando-me de elogios e atribuindo-me qualidades por mim insuspeitadas, deixando transparecer os laços de amizade estabelecidos pelo longo convívio acadêmico, desde o momento em que travei conhecimento com o jovem mestre, de inteligência fulgurante, que nos ministrava, na pós-graduação desta Faculdade, um excelente Curso sobre Organizações Internacionais, e que depois me submeteria ao crivo de suas arguições no meu doutoramento, para mais tarde revelar-se excelente amigo, disposto a impulsionar-me, como a todas as mulheres desta Casa, para a conquista de espaços antes inatingíveis.

Não poderia ser outro o seu proceder perante o universo feminino, já que a sua personalidade e a sua formação intelectual haviam sido influenciadas por uma grande Mulher, sua professora Hannah Arendt, a quem demonstra em todas as ocasiões o seu respeito e a fidelidade às idéias e opiniões por ela expandidas.

Na verdade, o pensamento dessa notável filósofa e a temática que desenvolveu com base nas suas inquietações perante os problemas do mundo contemporâneo, que ela transmitiu aos seus discípulos os quais, como Celso Lafer, por sua vez as retransmitiram, são bastante apropriados para este final de milênio, momento de transição em que se impõe uma reavaliação do que fizemos, do que somos e do que queremos para as futuras gerações. Cabem aqui as reflexões por ela feitas em sua obra "*Entre o Passado e o Futuro*", em que analisa os dilemas do mundo moderno em confronto com a Tradição, particularmente adequadas nesta Casa, berço de tantas tradições, cenário de tantas lutas e reivindicações, baluarte da liberdade e da defesa dos direitos humanos, templo do Direito e da Justiça.

São idênticas as nossas preocupações de conferir a necessária dignidade à Política, e de impedir a diluição da Tradição para evitar a lacuna entre o passado e o futuro, apontadas por ela no seu livro "*As Origens do Totalitarismo*". Semelhantes às suas são as nossas inquietações com o esfacelamento dos padrões morais que estão na base dos conflitos do mundo contemporâneo e da sociedade moderna, minuciosamente examinados em sua obra "*A Condição Humana*". Pensamos também que a desvalorização dos valores, característica da cultura de massas, é um processo que devemos impedir para restaurar certos conceitos deturpados no mundo contemporâneo, como o da relação entre a verdade factual e a Política, o da liberdade quando desarticulada da sua interação com os outros, e também para obstar certas práticas como a manipulação da opinião pública pelos técnicos da comunicação, e a instauração da violência nas ações mais comezinhas, produzindo a sua banalização na sociedade.

Concordamos ainda quando preconiza *o agir* de preferência ao *fazer*, pois a ação traduz movimento, atividade no seu exercício contínuo, enquanto que o fazer exprime atividade executada num determinado instante. E quando pondera que a ação deve necessariamente ser inserida num contexto, cujo sentido é fornecido pelo conceito de *autoridade*, que nos foi legado pelos romanos, mas que deve ser revisto no momento atual em que nos defrontamos com uma crise de autoridade, tanto no mundo político quanto na vida cotidiana, que leva muitos à crença do seu desaparecimento na época moderna. Essa crise, de origem política, espalhou-se por

outras áreas como a criação dos filhos e a educação onde sempre fora aceita como fenômeno natural e necessário, atingindo também a religião e as tradições em geral.

No limiar de uma Nova Era impõe-se a revisão do conceito de autoridade para que se definam os rumos que serão estabelecidos para as gerações vindouras, o qual implica necessariamente numa obediência que no entanto não é mais cega, mas na qual se pode reter uma parcela de liberdade que lhe dará o sentido de uma ação conjunta. Segundo Arendt é essa ação conjunta que faz avançar e viver as instituições e que inspira os feitos e acontecimentos da ação futura.

Esta crise de autoridade, como outras crises de valores que hoje nos assolam, certamente irão provocar o surgimento de novas idéias e teorias, revitalizando os juízos já formados, dando oportunidade para reflexões que nos aproximem da experiência da realidade, tão-necessária no mundo do Direito. Por isso a formação do jurista deve levar em conta o seu papel social, atribuindo-se à investigação jurídica novas dimensões, no sentido preconizado por Norberto Bobbio, de uma profunda reformulação dos estudos do Direito para buscar respostas aos problemas surgidos na época contemporânea com idéias e posicionamentos inovadores que não descartem porém o rigor e a disciplina de pensamento para evitar que as normas sejam violadas ou que a sua violação produza graves conseqüências.

Talvez, por ser eu penalista, as idéias de Bobbio e a sua Teoria do Ordenamento Jurídico seduziram-me, notadamente porque propõem uma função promocional para as normas jurídicas com o estabelecimento de *sanções positivas*, ou normas de encorajamento para certas condutas, numa forma de controle social persuasivo e premonitivo em que adquire especial importância o aumento das medidas preventivas sobre as repressivas. Tais concepções de certo modo já se refletem no Direito Penal moderno com a reformulação do tradicional sistema de penas e das finalidades meramente repressivas das cominações para acolher novas formas de retribuição, nem sempre bem-aceitas por todos, mas que representam a fórmula salvadora para um sistema que se comprovou ser ineficiente e incapaz de impedir o aumento da criminalidade nos tempos atuais.

Esse posicionamento não pode deixar de produzir conseqüências na Ciência Jurídica de uma sociedade em transformação, alterando a tradição do Estado protetor e repressor, como bem aponta Tércio Sampaio Ferraz Júnior, para, sem desprezar as suas características dogmáticas, transformar o Direito num conjunto de regras com função implementadora de comportamentos, às quais se assinala um papel modificador e criador. É claro que a investigação jurídica adquire assim novas

dimensões, ganhando um cunho interdisciplinar a ser considerado na própria formação do jurista, e portanto do ensino do Direito, que se volta cada vez mais para indagações sociológicas, econômicas e políticas.

Revitalizar o Direito e aproximá-lo das necessidades atuais da sociedade neste final de século é uma das contribuições possíveis desta Faculdade que sempre soube exercer a sua vocação de liderança, desde a sua criação. Aqui foram forjados grandes estadistas e juristas que se projetaram no cenário político e discutiram os grandes problemas nacionais, como a abolição da escravatura e a instauração da República no Brasil, entre os quais avultam Prudente de Morais, Campos Sales, José Maria Paranhos o Barão do Rio Branco, Joaquim Nabuco, Rui Barbosa e José Bonifácio, o Moço, entre tantos outros... Desde o final do século passado, com Rodrigues Alves e Afonso Pena, aqui se produziu vários presidentes da República, cuja contribuição ao desenvolvimento da Nação a história julgará no futuro. Em todas as áreas do Direito o pensamento jurídico evoluiu com a contribuição de professores e alunos desta Casa, tantos e tão-ílustres que aqui não cabe enumerá-los.

A cultura brasileira em geral, sem modéstia, conosco se enriqueceu em todos os domínios, numa demonstração clara de que não-só à carreira jurídica se destinam os acadêmicos do Largo de São Francisco, os quais se espalham pelos mais variados campos, daqui tendo saído inúmeros escritores, poetas, romancistas, ensaístas, historiadores, jornalistas, sociólogos e, por que não, até mesmo economistas, numa infinidade de nomes que figuram nas estantes das bibliotecas e nas placas das ruas da Cidade.

Nestas especiais circunstâncias, porém, cabe indagar: e as mulheres desta Casa? Essa curiosidade é aguçada pelo fato de hoje uma delas estar assumindo a sua direção, pela primeira vez, numa evidente demonstração de que *as coisas aqui já não são mais como antes...*

Sem querer fazer aqui um estudo da condição feminina e da sua evolução através dos tempos, cumpre-nos observar que a mulher historicamente sempre teve um *status* diferente do homem, baseado preponderantemente na sua capacidade produtora e reprodutora. Isso originou uma certa divisão do trabalho na sociedade e na família, traduzindo-se essa diferença biológica e social numa posição de inferioridade que perdurou através dos tempos.

A escritora portuguesa Maria Antonia Palla, em sua obra "*A Condição Feminina*" assinala que no decorrer dos séculos e nas várias sociedades esse papel

variou e que a evolução não se fez de forma linear, mas é certo que a partir da Revolução Industrial, no século XIX, a transformação positiva das sociedades está ligada à conquista de uma maior liberdade e igualdade entre os cidadãos, homens e mulheres, cabendo ao século XX a criação das condições para a eliminação de todas as discriminações existentes no seu *status*, sob o impulso das organizações internacionais que pressionaram os Governos dos diferentes países a adotar instrumentos para a implementação da igualdade de direitos e oportunidades entre as pessoas dos dois sexos.

Inegavelmente contribuiu para essa evolução o esforço das feministas que tentavam modificar as idéias existentes sobre a natureza da mulher, assegurando que as diferenças entre homens e mulheres decorrem menos da sua fisiologia do que dos papéis que estas foram obrigadas a desempenhar na sociedade, sendo por isso culturais e não-biológicas. Daí a afirmação extremada de Simone de Beauvoir, em meados deste século: "*On ne nait pas femme, on le devient*"

A questão que se coloca porém não é essa, mas sim a que Maria Antonia Palla muito bem formulou: "*A serem diferentes os homens e as mulheres, terá fatalmente essa diferença de se exprimir em termos de desigualdade?*"

Evelyne Sullerot, escrevendo em 1970 sobre *A Mulher no Mundo Moderno*" baseia-se no fato científico da diferença biológica entre homens e mulheres e defende a *igualdade na diferença*. As mulheres, diz ela, devem procurar tirar vantagens dos seus dons específicos sem perderem a oportunidade de desenvolver todas as suas potencialidades: daí a importância que assume a sua formação profissional, mola-mestra da modificação dos papéis historicamente assumidos pela mulher, que nada tem a ver com o desenvolvimento científico e tecnológico - com todos os meios que coloca à disposição da mulher. Para isso contribuem também inegavelmente os meios de comunicação de massa que, além de permitirem uma compreensão mais vasta desses problemas, geram uma consciência mais generalizada da necessidade e das possibilidades dessa evolução.

Essa evolução, que se originou do ingresso maciço das mulheres no mercado de trabalho pelas necessidades do desenvolvimento industrial, desde o século XIX, passou pelo direito de voto, reconhecido às mulheres sucessivamente, nos vários países a partir do início deste século até 1971, quando a Suíça finalmente se rendeu à orientação geral, e finalmente atingiu o estágio em que quase todas as profissões abriram o acesso às mulheres diminuindo os redutos de discriminação. Algumas, como Golda Meir, Indira Gandhi e depois Margaret Thatcher chegaram a

ocupar altos cargos governamentais, sendo intensificada e estimulada a atuação feminina na Política pelos Atos e Declarações internacionais, que incluem a aprovação, em 1979, pela Assembléia Geral da ONU, de uma *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres*, ratificada pela maioria das nações civilizadas, inclusive pelo Brasil, na mesma linha da anterior "*Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres*", adotada pelas Nações Unidas, em 1967, que reúne num único texto todas as questões referentes aos direitos políticos, sociais e culturais das mulheres.

A realidade histórica da mulher foi sendo assim modificada, necessitando de novas avaliações, exigidas pelas suas constantes mutações que envolvem também o homem, porque um e outro são duas formas de vida irredutíveis mas inseparáveis, referidas uma à outra.

Um notável filósofo espanhol Julian Marías, em obra percuente sobre "*A Mulher no Século XX*" afirma que a grande ampliação das possibilidades femininas não ocorreu antes que a mulher tivesse pleno acesso à cultura universitária, cujo equivalente havia sido patrimônio de mulheres excepcionalmente bem-dotadas e nascidas nos cimos da sociedade europeia, como Isabel, a Católica, ou a rainha Cristina da Suécia, ou então das mulheres individualmente "emancipadas" da época romântica.

A incorporação da mulher à cultura universitária que aconteceu primeiro nos Estados Unidos da América do Norte, mais tarde na Europa e, com algum atraso, na América Latina, contribuiu decisivamente para a evolução que se produziu na situação da mulher a partir do século XIX, com efeitos na própria estrutura da sociedade pela ampliação do número de universitários no corpo social em geral, passando homens e mulheres a viver no mesmo mundo histórico, cultural, político e público, criando uma nova e original forma de convivência que levou a um nivelamento, segundo Julian Marías, "*a uma atenuação da diferença de potencial entre eles, ao tornar-se habitual o que era infrequente, ao converter-se em algo rotineiro*".

Nesta Faculdade especificamente tivemos a nossa precursora ainda no século passado, quando Maria Augusta Saraiva matriculou-se no curso de Direito, em 1898, sendo a primeira advogada a se formar pelo Largo de São Francisco, em 1902, a quem rendemos aqui as nossas homenagens pelo valor e pela audácia demonstradas. Esse acontecimento porém só voltaria a se repetir em 1909, quando aqui se bacharelaram, na mesma turma de Cásper Líbero e Manoel Carlos de

Figueiredo Ferraz, a dupla Maria Andréa e Maria Luiza de Oliveira, talvez irmãs, quem sabe, e depois, em 1911, apenas Eudoxia de Castro.

Nos anos seguintes, enquanto os homens formados nas Arcadas iam se tornando figuras ilustres as mulheres continuaram ausentes das refeições de grau, a não ser por Walkyria Moreira da Silva, em 1913. A Faculdade continuava a ser uma Academia masculina, fornecendo a significativa contribuição de seus bacharéis à vida pública do País, à literatura, ao jornalismo, às carreiras jurídicas e à docência no ensino do Direito. Somente em 1925 irá aparecer um nome feminino na relação dos formandos, o de Maria Immaculada Xavier da Silveira, aumentando para três em 1926, quando se graduam Celeste Sampaio Vianna, Regina Cecilia Nolf Nazario e Ruth de Assis.

No ano de 1927, em que se comemorou o centenário da fundação da Faculdade, sendo presidente da República Washington Luiz Pereira de Souza, apenas Adalzira Bittencourt recebia o seu grau de bacharel, e somente em 1929 registra-se a passagem por aqui de uma "*linda e encantadora loura*" Clementina Cataldi, na turma de nossos mestres Joaquim Canuto Mendes de Almeida e Philomeno Joaquim da Costa. Outros nomes femininos somente irão aparecer em 1934, com a formatura de Amélia Duarte e de Iracema Tavares Dias, da turma do nosso eminente professor Miguel Reale. Este ano, deve-se observar, marca a transferência desta Faculdade da esfera federal para o Governo de São Paulo, vindo ela, em 1935, a fazer parte, juntamente com outros institutos, do núcleo inicial da Universidade de São Paulo, em meio às obras de reconstrução do edifício antigo em que estava instalada, que virão lhe dar a configuração atual.

Essa enumeração, que pode parecer a alguns enfadonha, tem por intuito mostrar quão-lento foi o ingresso das mulheres na vida universitária nessa área, nas gerações que precederam a minha existência neste mundo, e por conseguinte o seu processo de nivelção nas carreiras jurídicas e a sua aceitação pela comunidade masculina.

A parcimônia da presença do elemento feminino perdurou ainda por algum tempo nesta Faculdade, enquanto eu crescia para a vida e iniciava a minha educação básica, somente se modificando a situação na década de 40, em que se verifica uma progressão um pouco maior, que se tornaria mais rápida nos anos subsequentes. Em 1944, entre as seis mulheres que se diplomaram estava a nossa querida professora Esther de Figueiredo Ferraz, que depois serviria de exemplo para as suas alunas, pois com o seu pioneirismo e a sua coragem inaugurou neste século

uma nova era para a mulher profissional do Direito ao projetar-se primeiro como brilhante advogada no foro de São Paulo, onde ainda hoje atua, e depois como docente desta Casa, por concurso de títulos e provas em que venceu a discriminação existente pela competência e pelos conhecimentos demonstrados, para depois dedicar-se mais profundamente à educação em nível administrativo, sempre abrindo caminhos como primeira ocupante, na Reitoria da Universidade Mackenzie e no Ministério da Educação, depois de ter sido também secretária da Educação do Estado de São Paulo. Rendo aqui as minhas homenagens e a minha gratidão, pelos ensinamentos e pelo exemplo, à diletta Mestra, depois colega e amiga, que me apoiou e me guiou em todas as horas.

A invasão feminina passou a ser contínua desde então, estendendo-se à carreira docente, a princípio timidamente e depois com a segurança da verificação de que os tempos estavam mudando e com eles os costumes, os hábitos e as mentalidades, diminuindo as resistências nos redutos conservadores, que abrangiam não-só as Academias mas também as outras entidades onde se exerciam as carreiras jurídicas. As professoras Esther de Figueiredo Ferraz e Nair Lemos Gonçalves foram as pioneiras e figuras exponenciais desse período de transição, sendo a segunda a primeira mulher a ocupar a vice-Diretoria nesta Casa, avanço considerável, dadas as circunstâncias.

No ano de 1957, quando a professora Ada Grinover e eu concluímos o nosso curso de Direito, o número de mulheres já impressionava e prenunciava as mudanças que depois ocorreriam, com 65 delas recebendo o grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, numa proporção de 20% em relação à totalidade da Turma, que hoje já subiu para mais de 50%. Essa nova situação não-só favoreceu o aumento da participação feminina no quadro docente desta e de outras Faculdades de Direito, mas também propiciou o alargamento das possibilidades de ingresso, aos poucos, em todas as carreiras da área jurídica, eliminando na prática qualquer resquício de discriminação que restasse com relação às mulheres no exercício de sua profissão, inclusive nas funções de chefia, como comprovam a passagem da professora Myriam Krasilchik na vice-Reitoria da USP, na gestão anterior e a da professora Ada Grinover na pró-Reitoria de Graduação, na gestão atual, assim como a da professora Odete Medauar na vice-Diretoria desta Faculdade, até hoje Diretora em exercício, e a minha própria eleição e nomeação para a mesma Diretoria.

Assumo, pois, a Direção desta Casa na conclusão de um processo irreversível de transformação a que foi submetida esta tradicional Instituição de

Ensino derivado das mudanças havidas na sociedade, em decorrência do próprio Direito que passou a assegurar a igualdade de todos perante a lei, que na prática se traduz por igualdade de oportunidades baseada apenas na capacidade individual, na competência e no preparo profissional como critérios a serem privilegiados.

Por uma conjugação de circunstâncias, e feliz coincidência, a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ao completar os seus 170 anos de existência, tem a honra de ter não-somente uma mas três figuras femininas dirigindo os seus destinos, pois além da Diretora recém-empossada e da vice-Diretora que permanece no cargo, uma outra mulher ocupa, também pela primeira vez, a presidência da sua agremiação estudantil, o igualmente tradicional Centro Acadêmico XI de Agosto, a estudante Andréa Mustafa. São fatos que falam por si mesmo e demonstram que todos nesta Academia estão concordes neste redimensionamento salutar que certamente produzirá os seus frutos no próximo milênio.

Não desejo alongar-me mais nesta manifestação inaugural da minha gestão, que, avançando até o ano de 2002, certamente apresentará outras ocasiões de reavaliar as mudanças da passagem do século. Todavia quero ainda consignar aqui os meus agradecimentos a todos aqueles que contribuíram para que este momento acontecesse: ao Magnífico Reitor, pela consideração dedicada à minha pessoa e pela confiança demonstrada ao escolher o meu nome na lista tríplice que lhe foi submetida; aos professores, alunos e funcionários que me concederam o seu voto possibilitando que essa escolha fosse feita; ao meu caríssimo Diretor, professor Álvaro Villaça Azevedo, e à querida vice-Diretora, professora Odete Medauar, pelo apoio e estímulo na conquista efetuada; aos colegas que me distinguiram com a sua amizade e o seu incentivo em todas as etapas da minha trajetória universitária, e que hoje aqui comparecem para a sua comprovação; aos meus alunos, da graduação e da pós-graduação, cuja atenção, compreensão e apreço constituíram um encorajamento para que eu prosseguisse na carreira docente e condição para que eu aqui chegasse; aos meus familiares, pelo apoio incondicional em todos os momentos, pelo auxílio e compreensão frente aos percalços encontrados no caminho, especialmente às minhas filhas, aqui presentes, que souberam entender a impossibilidade da minha presença constante em suas vidas, às quais dedico esta vitória como nossa vitória comum; aos meus pais, com quem aprendi que todo sacrifício vale a pena quando o objetivo é nobre e justo; aos meus amigos, fãs irrecuperáveis que aqui estão para demonstrar os laços antigos ou recentes que nos unem e que sempre me concederam não-somente o

seu aplauso, mas também comoventes demonstrações de carinho e fé nos meus propósitos e na minha capacidade; às autoridades que aqui se encontram para me prestigiar nesse feito, enfim a todos os que aqui acorreram para, com sua presença, fazer desta uma noite memorável!

Para encerrar, quero ainda homenagear esta Casa, por cujas Arcadas transitei durante mais da metade da minha existência e onde aprendi a cultivar os valores pelos quais norteio a minha vida. Nada mais apropriado para isso do que repetir aqui as palavras de um grande poeta, aqui presente, que como eu a ela se ligou por perenes laços de dedicação e afeto, que ele soube expressar tão-bem com seus versos, os quais me permito tomar de empréstimo, porque pertinentes, no trecho mais comovente do seu "*Canto de Amor à Faculdade*" Do nosso acadêmico Paulo Bonfim:

*"Somos passado e futuro,
 Presente de indagações,
 Pedra de sonhos crescendo
 No Largo de São Francisco;
 Canção de velhas violas
 Embalando cosmonautas,
 Arcadas que o tempo arcou
 Para que delas partissem
 Flechas de amor e protesto,
 Setas com plumas de dor
 E pontas de inconformismo.
 -Em vossos olhos o olhar
 Das gerações que partiram,
 Das gerações que virão.
 Em vossa luz a palavra
 Estrela de tanta noite!
 Em vossas mãos a bandeira
 Bordada por vossos mortos,
 Bandeira que é céu de Pátria,
 Terra prenhe de esperança,
 Canção de guerra e de paz
 Na audácia de vossas lanças!
 -Pela memória da terra,*

*Pelos segredos do Pátio,
Pela prece das arcadas,
Pela aurora das paredes,
Pelo mistério das salas,
Pelo grito das estátuas,
Pela voz da escadaria,
Pela clareira do Largo,
Pela benção dos telhados,
Pela alma dos poetas,
Pelo martírio de heróis,
Por tudo que é São Francisco,
Por tudo que é mocidade,
Seja nossa vossa causa
Seja vossa nossa luta!"*

(Arcadas, 10 de agosto de 1998)



sendo assim, conhecida em tempos de...
constasse de qualqu... Professora Doutora Ivette Senise Ferreira

SAUDAÇÃO PROFERIDA PELO PROFESSOR FÁBIO NUSDEO AO NOVO TITULAR, PROFESSOR GUIDO FERNANDO SILVA SOARES

As Arcadas de São Francisco vivem esta noite um momento exponencial. Denso pelo significado e forte pelo sentimento.

Engalanadas com sóbria pompa acadêmica acolhem anelantes dois novos professores titulares: o professor Hermes Marcelo Huck na disciplina de Legislação Tributária abrangida pelo Departamento de Direito Econômico-Financeiro, do qual tenho a honra de estar presentemente na chefia, e também em nome de todos os seus demais componentes, com especial júbilo dou, desde logo, as mais efusivas boas-vindas a tão caro amigo que ora nele ingressa.

O outro ilustre titular é Vossa Excelência, professor Guido Fernando Silva Soares, como novo professor pleno de Direito Internacional Público, cabendo-me, por honrosa deferência do nosso querido diretor, professor Álvaro Villaça Azevedo, vir-lhe abrir, de par em par, as portas do órgão máximo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: a sua Congregação, para que nela assumo o seu lugar – mais do que merecido – de membro nato, efetivo, vitalício.

Como a Academia, esta cerimônia é também velha e sempre nova.

Vetusta na forma, única na substância, esplendorosa em si própria; sempre renovada porque a cada vez se diferencia pela personalidade de quem lhe adentra o recinto. E esta personalidade será sempre, como o é neste caso, "jovem, terça e louçã", porque os espíritos velhos, encolhidos e ensimesmados não se abalançam a se apresentarem perante o pretório acadêmico do Largo de São Francisco. Nem suportariam as agruras de uma carreira exigente e penosa, mas estimulante e porque não dizer gloriosa, como a sua – professor Guido Fernando Silva Soares – que ora a justo título enaltecemos.

Mas estaríamos aqui apenas para enaltecer? Isto já seria muito e certamente necessário. Mas o sentido último desta cerimônia acadêmica transcende a mera louvação, por mais sólidas que sejam as suas bases.

Na realidade, a recepção ao novo membro pleno sempre integrou a vida das academias. E esta Casa desde o início se viu, um pouco, como Academia, sendo assim conhecida em tempos de antanho, muito embora tal designação jamais constasse de qualquer diploma legal.

O toque acadêmico sempre pareceu repousar no sentido comunitário de tais instituições, desde o lendário Jardim de Academus com o seu ensino peripatético, passando por Bologna, Paris, Oxford e a nossa ancestral Coimbra, para chegar às já um pouco mais modernas academias de Cosimo da Medici em Florença e a de Richilieu em Paris, quando a oficialização de cunho estatal passa a predominar, mas sem lhes infirmar a índole comunitária, marca obrigatória de todos quantos pretendem dedicar suas vidas ao saber.

Numa sociedade polimorfa e difusa como aquela em que vivemos, é, pois, de se indagar do porquê mais profundo para uma ocasião como esta, por nós todos vivida com tanto júbilo e transporte de alma.

O professor recebido e bem-vindo não é mais como, até relativamente pouco tempo, um estranho que se lançava a um concurso sem prévia carreira. Pelo contrário, veio galgando, degrau a degrau, todos os lances da vida universitária mercê de renhidos concursos de provas e títulos que esta Casa, contrariando a maré facilitária de outras instituições brasileiras timbra em manter, exigindo, inclusive, a "obra prima" do mestre: a sua tese de titularidade.

Essa sucessão de provas e o desafio diuturno do ensino acabam por plasmar nos que por eles passaram o verdadeiro espírito universitário e, por via de consequência, um sentir comunitário, advindo da consciência do caminho percorrido, mas sobretudo da missão ainda a desempenhar. Por conseguinte, no seu âmago, o sentido lídimo da presente cerimônia é o de obter do recepcionado um pronunciamento solene, uma profissão de fé destinada a guiá-lo pelo tempo – que todos desejamos longo – durante o qual, ele estará a ensinar, a pesquisar, a produzir em prol da Ciência e, conseqüentemente, da Humanidade.

Se é justo louvarmos o vitorioso de tantas etapas não menos impositivo é inquiri-lo sobre a que veio, como vislumbra a sua missão a ser conduzida agora do píncaro da posição conquistada. Nisso tudo há pelo menos duas profissões de fé. Fé dos que o recebem e fé daquele que tendo atingido o topo descortina o imenso plano a ser palmilhado e vivificado com sua experiência.

Receba a nossa fé, professor Guido Fernando Silva Soares. Vossa Excelência é dela muito merecedor não apenas pela galharda e brilhante carreira acadêmica, mas pela sua vida, vivida com dignidade e altruísmo em todos os seus momentos e instâncias, mesmo nos mais adversos.

Na vida universitária e na vida da arte – sobretudo a musical – onde se distingue como exímio pianista; na vida diplomática que o seu espírito aberto e universalista o levou a abraçar. E onde pagou um alto preço pela sua coerência, pela sua dignidade e pelo seu acendrado amor ao dever e ao próximo.

É de todos conhecido o episódio pouco edificante para a diplomacia brasileira dos anos de chumbo, quando Vossa Excelência, então Secretário da Embaixada em Montevidéu, no estrito cumprimento do seu dever funcional, procurava atender e dar assistência a cidadãos brasileiros fugidos ou exilados – não importa – na capital uruguaia. Com isso atraiu a desconfiança do chamado "sistema" que na sua paranóia maniqueísta o via como um aliado do Mal, em oposição ao Bem, representado por ele "sistema". Daí as pressões para a sua renúncia e demissão.

Consumada tal demissão, de regresso ao Brasil, vem-se abrigar no seio sempre generoso desta velha e sempre nova Academia, onde é acolhido como filho dileto, dedicando-se, então, por diversos anos ao ensino e à pesquisa, com ardor, proficiência e humildade, cujos frutos opimos nós todos colhemos ao perlustar a sua obra, farta, profunda e pioneira, onde sobressaem títulos como: *Salvaguardas nos Acordos Nucleares; Concessões de Exploração de Petróleo e Arbitragem Internacional; Imunidades de Jurisdição; Órgãos de Solução Extra-Judicial de Litígios; A Guerra Nuclear e o Direito; Contratos Internacionais de Comércio; Ambiente e Poluição Internacional e Direito Internacional Econômico.*

Passaram-se, assim, os anos e atenuaram-se os radicalismos. A Casa de Rio Branco fez-lhe finalmente justiça reintegrando-o com todas as honras nos seus quadros para completar a brilhante carreira insolitamente interrompida, a culminar agora na posição de Ministro Conselheiro, da qual vem de se aposentar.

É com todos esses lauréis que Vossa Excelência, senhor professor titular, com o cabedal da experiência vivida no Brasil e no Exterior, com a plena consciência do dever cumprido em duas dignificantes carreiras – a diplomática e a universitária – mas, sobretudo, com a plena maturidade do seu espírito de humanista, assume agora na Congregação das Arcadas o posto a si especialmente talhado e afeiçoado: o de Titular de Direito Internacional Público. Ela não é um ponto de chegada, mas uma base de partida, ou melhor, de lançamento: lançamento para vãos cada vez mais altos não pela grandiloquência dos ouropéis mas pelo constante, humilde e pertinaz rasgar dos novos horizontes do Direito Internacional, refúgio e

esperança para o complexo dos direitos das gentes nesta ameaçadora, vibrante, mas também estimulante passagem para o novo milênio.

Que Deus o ilumine para a plenitude de sua missão.

São Paulo, junho de 1998.

DISCURSO DE POSSE DO EXMO. PROF. DR. GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, COMO PROFESSOR TITULAR DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Minhas Senhoras, Senhores, estimados estudantes,

Neste momento solene, em que a egrégia Congregação da Faculdade de Direito da USP se reúne, para receber, com protocolo muito especial, mais dois de seus professores, a imagem que se nos ocorre é tratar-se de uma cerimônia inspirada na Idade Média, época em que a Universidade iniciava sua existência, à sombra dos mosteiros. Na verdade, a posse num cargo universitário significava, à semelhança da investidura de um cavaleiro, a passagem de um estamento social a outro, mais elevado, com atributos inovados que a sociedade outorgava à alguém. Nas solenidades de entregar-se uma armadura a um cavaleiro, de dar-lhe posse de novas atribuições, pressupunha-se um período de formação e treinamento, com vistas às futuras lides que seriam travadas em defesa desta mesma sociedade; atingido um grau de perfeição, as armas, as insígnias e as novas responsabilidades eram solenemente conferidas ao cavaleiro.

É, pois, este o cerimonial que hoje evocamos, neste momento, com todos os sinais de exterioridade, que marcam as atribuições do novo cavaleiro; no caso da Universidade: as vestes talares, a pompa e as condecorações, a presença dos professores luminares desta Casa, a erudição nos discursos de saudação, e tudo, acompanhado do testemunho de familiares, amigos e, em especial, dos aprendizes, os estudantes.

Esta cerimônia, como bem desvendou o eminente professor Fábio Nusdeo, não hoje, mas há quatro anos, em seu discurso de posse, proferido desta mesma tribuna, cujas palavras cito: *"muito mais que coroação, trata-se de investidura. E investidura implica missão"* Portanto, minhas Senhoras e meus Senhores, é este o momento em que as circunstâncias exigem uma promessa e uma definição dos objetivos a que se propõe o novo professor, numa clara afirmação de sinceridade de propósitos, perante seus pares e perante expressivo setor da sociedade brasileira.

Ao apoiar-me nos conceitos inatacáveis do prof. Fábio Nusdeo, nada mais faço do que ser coerente com minha admiração por Sua Excelência.

Companheiros que fomos da Juventude Universitária Católica, a JUC do final dos anos 50, tive o privilégio de conviver com Fábio e Maria Antônia e deles apreender a essência de uma vocação de vida baseada nos ideais cristãos. A Fábio devo, neste momento, três agradecimentos: a) em primeiro lugar, por ter sido e continuar a ser um modelo, ao longo de sua vida de jurista, de advogado exemplar e de desvelado pai de família; b) em segundo, por ter-me dado a honra e o prazer de ter sido professor de seus filhos, pessoas, tais como seus pais, representantes dos mais elevados valores cristãos e de acentuada cidadania e c) em terceiro, pelas palavras de saudação, hoje proferidas. Relembrar fatos passados, na verdade, compõe o quadro desta solenidade, sobretudo quando se trata de definir os rumos que doravante pretendemos tomar em nossa missão e que esta Congregação se encontra legitimada a esperar de um seu novo professor titular de Direito Internacional Público.

Relembre-se que os primeiros cursos universitários do Brasil, jovem Nação independente, foram os Cursos Jurídicos, fundados neste local onde nos encontramos, juntamente com os de Olinda, em Pernambuco, por Decreto do Imperador D. Pedro, a 11 de agosto de 1827; neles, no primeiro ano, havia uma única disciplina, que buscava satisfazer as urgentes necessidades da formação de um autêntico pensamento jurídico brasileiro; denominava-se: "Direito Natural, Público, Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia" Os estudos internacionais continuavam no 2º ano, com a matéria "Direito Público e Eclesiástico" Sem dúvida havia coerência que, num novo País, com apenas cinco anos de vida independente, o estudo do Direito Internacional Público se impusesse, ao lado da Análise da Constituição do Império, dada a premência de fazer valer, nos foros internacionais, os valores de afirmação da existência e personalidade da recém-instalada Nação. Posteriormente, com uma reforma de 28 de abril de 1854, o Direito Internacional Público passaria para o segundo ano, como matéria autônoma, com a denominação de "Direito das Gentes e Diplomacia" A partir daquele momento, em nenhuma época, mesmo no período em que a disciplina, por imposição das autoridades arbitrárias instaladas no país após 1964, deixou de fazer parte do currículo mínimo dos Cursos Jurídicos, o Direito Internacional Público foi descurado neste território livre do Largo de São Francisco, mas antes, continuou a receber a maior consideração e a ser prestigiado por parte da Congregação desta Casa. Foram tais razões que deram causa a que a esta Faculdade de Direito estejam creditadas as responsabilidades pela formação de juristas da estirpe de um Barão do Rio Branco, ou de um Rui Barbosa, os mais famosos advogados dos interesses brasileiros em

foros internacionais, cujos bustos exornam este Salão Nobre. Da mesma forma, representantes diplomáticos relevantes na História do Brasil têm passado por estas Arcadas, e hoje, me sirvo nomear o eminente professor Celso Lafer, ex-aluno e atualmente professor titular de Filosofia do Direito desta Casa, nosso embaixador em Genebra, perante a ONU e demais organizações internacionais sediadas naquela cidade, intelectual prestigiado em nossa terra e no exterior e que, ademais, se tem distinguido por seus feitos de defender os valores supremos do Brasil, em foros internacionais.

Tal fidelidade às tradições históricas do Brasil e tal empenho pela excelência do ensino jurídico tornaram esta Casa, na atualidade, o único centro universitário, em todo Brasil, onde se podem outorgar títulos de doutor em Direito Internacional, reconhecidos em todo território nacional. Na verdade, da mesma forma como durante todo o período da República Velha, quando vinham os jovens de outras Províncias buscar seus títulos de bacharel em Direito aqui, no Largo de São Francisco, hoje, continuam a vir, não em busca do bacharelado, mas do título de doutor em Direito Internacional. A história que esta Casa escreve, portanto, não se repete: ela é contínua e se identifica com a história da cultura jurídica do Brasil.

Foram mestres do porte de Avellar Brotero (o Conselheiro Brotero), Amaral Gurgel, Ferreira França, Oliveira Coutinho, José Mendes, Brás Arruda e Marotta Rangel, que exerceram, inexcusáveis, a nobre missão de aprimorar o Direito Internacional Público, com a contribuição efetiva do pensamento brasileiro. Catedráticos notáveis, souberam responder aos desafios de seu tempo, que consistiam em adequar as necessidades do Brasil às realidades internacionais de cada época. De minha parte, quando estudante, pude verificar, pessoalmente, meu professor do 4º ano, da disciplina Direito Internacional Público, o saudoso prof. Brás Arruda, entusiasmar-se com as soluções jurídicas que a instituição da Organização das Nações Unidas representava para a paz e para os interesses do nosso Brasil; de tempos em tempos, estávamos em 1958, substituía aquele eminente mestre um outro: um jovem entusiasta, então livre-docente, cujas atividades intelectuais, de orador notório e de portentoso representante brasileiro em foros internacionais, passamos a admirar e ter como paradigma: Vicente Marotta Rangel. Foi Sua Excelência quem me convidou a ingressar na carreira docente desta Faculdade, anos mais tarde, ou seja, 1970, quando já era professor catedrático de Direito Internacional Público e, na época, coordenador do Departamento de Direito Internacional.

Em 1970, neste Departamento, encontravam-se, então, duas disciplinas fundamentais: Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, esta última, sob responsabilidade de outro notório mestre, tanto na Ciência Jurídica, quanto na Filosofia: o eminente professor Irineu Strenger. Da atuação harmoniosa de ambos, ressaltou-se a necessidade de um estudo conjunto do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado, numa junção conceitual inusitada para a época, mas, como o desenvolvimento dos fatos passou a comprovar, da mais urgente oportunidade.

Não-só urgência naquele ano de 1970, mas, igualmente, extraordinária capacidade de previsão daqueles mestres, no que foram apoiados pela colenda Congregação desta Faculdade de Direito! As relações internacionais, seja entre indivíduos, esfera própria do Direito Internacional Privado, seja entre Estados, tradicional campo do Direito Internacional Público, encontravam-se mescladas, pela força dos fenômenos da atualidade: tanto o Estado passara a comportar-se, nas suas relações externas, como indivíduos, quanto estes passaram a ser pessoas de Direito Internacional Público, ou a ser destinatários diretos de suas normas. As relações empresariais, tradicionalmente regidas por um direito doméstico dos Estados, passaram a ser reguladas por normas votadas pela diplomacia dos Estados. Campos novos surgiram, como a regulamentação de mercados internos, em nível internacional. Outros assuntos, como a proteção internacional do meio ambiente, passaram a exigir um enfoque que deveria apoiar-se numa metodologia criativa, situada entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado; mais modernamente, a crescente emergência de fenômenos de poluição transfronteiriça e da crescente responsabilidade dos Estados e dos indivíduos causadores de danos a bens e pessoas situados além das suas fronteiras têm sido fatores essenciais a que se estudem os fenômenos à luz de normas internacionais, que se situam num campo intermediário do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado.

Por outro lado, as necessidades que os Estados experimentaram, após a Segunda Guerra Mundial, de regular, em nível internacional, as relações econômicas entre eles, em todos os seus aspectos, seja de regulamentação do equilíbrio financeiro, dos mecanismos de créditos à reconstrução no Pós-Guerra e ao desenvolvimento e, sobretudo, de relações comerciais, propiciou a que se instalasse um campo muito significativo no Departamento de Direito Internacional: o Direito do Comércio Internacional. Igualmente aquela mencionada metodologia criativa foi aplicada, tendo-se justificado abrir mais um campo de especialidade, com a criação

do Direito do Comércio Internacional, cuja primeira titularidade coube ao eminente prof. Luiz Olavo Baptista, que teve o privilégio de ser o primeiro professor titular de tal disciplina em todo Brasil.

Na atualidade, pois, o Departamento de Direito Internacional se encontra constituído numa tríade fundamental de assuntos, cada qual pertinente ao campo do Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e Direito do Comércio Internacional, ao redor dos quais outras disciplinas muito importantes vicejam, tais o Direito de Integração Econômica, o Direito Penal Internacional, as Arbitragens Comerciais Internacionais, o Direito Internacional do Trabalho e o Processo Civil Internacional. Quanto ao Direito Internacional Privado, encontra-se sob a responsabilidade de outro eminente jovem professor, João Grandino Rodas, que, juntamente com o prof. Luiz Olavo Baptista, excedem nos modelos de professores, pesquisadores e profundos conhecedores da Ciência Jurídica.

Portanto, ao responder por um dos painéis do tríptico que, na atualidade, compõem o Departamento de Direito Internacional desta Casa, tenho presente, para mim, as necessidades da mais ampla coordenação com os esforços dos outros dois professores titulares, seja por motivos de ordem científica e de necessidades próprias aos nossos dias, seja por imperativos de melhor aproveitamento das qualidades personalíssimas dos mesmos, em benefício do Direito e da formação científica e profissional dos nossos estudantes.

Quanto a estes, já vivem num mundo em que o Direito Internacional tem a mais alta relevância. São jovens que se comunicam, via Internet, com o resto do mundo, que têm uma clara consciência da importância dos valores da sociedade brasileira quanto à moderna civilização, que exigem da sua Faculdade de Direito uma abertura para os grandes problemas que enfrenta um País como o Brasil, em todos os seus setores, os quais se encontram cada vez mais interligados aos fenômenos internacionais. Trata-se, assim, de jovens que vivem o instante da consciência de uma realidade presente e diuturna, que se tem denominado de "globalização", cujos contornos normativos cabe ao Direito Internacional Público definir e regular.

"Globalização" significa, em primeiro lugar, uma extensão horizontal do Direito Internacional Público para todas as áreas da regulamentação da vida moderna, para além das relações políticas entre os Estados, que são as matérias tradicionais da diplomacia, para abarcar as relações econômicas e comerciais, as culturais e educacionais, o cuidado devido ao trabalhador, a proteção ao meio

ambiente, matéria essa por si-só eminentemente transdisciplinar nos domínios dos direitos domésticos dos Estados. "Globalização", por outro lado, significa, em segundo lugar, igualmente, uma extensão vertical da abrangência do Direito Internacional Público: significa uma perfuração da soberania dos Estados, para invadir campos outrora reservado à competência das autoridades internas dos Estados; neste particular, as normas internacionais tendem a regular campos da política econômica e comercial dos Estados, conferindo a órgãos supranacionais poderes de regular matérias internas no território dos Estados, como comprovam a vitalidade da Comunidade Européia e as extraordinárias realizações do Mercosul. Sobretudo, deve ser ressaltado o aspecto da "globalidade" que se expressa nas exigências de leis e regulamentos internos nos Estados em consonância com padrões internacionais, como demonstra a admirável consciência da proteção internacional dos direitos humanos, tema que resgata o Direito Internacional para sua verdadeira vocação, conforme o frei Francisco de Vitória, considerado o seu fundador, tinha imaginado: um direito imanente à natureza humana, instituído por Deus e diretamente exigível de qualquer soberano, inclusive dos Estados.

Tais são os desafios que se apresentam a um professor de Direito Internacional Público, nos dias atuais: conviver com a globalização, num País cada vez mais inserido no centro das decisões da política internacional, um "*global trader*" presente nas grandes correntes comerciais e financeiras da atualidade e, sobretudo, co-responsável, com outros Estados, pela higidez do meio ambiente global e sua utilização sustentável, conforme expresso nos desideratos da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992. E sobretudo, mostrar, defender e batalhar pelo princípio de que as regras de proteção da pessoa humana, que, no Brasil se inscrevem na Lei Magna, a Constituição Federal, deitam suas raízes na defesa dos valores inerentes à humanidade, cuja expressão primeira se inscreve nos deveres internacionais inscritos em atos normativos cogentes para todos os Estados.

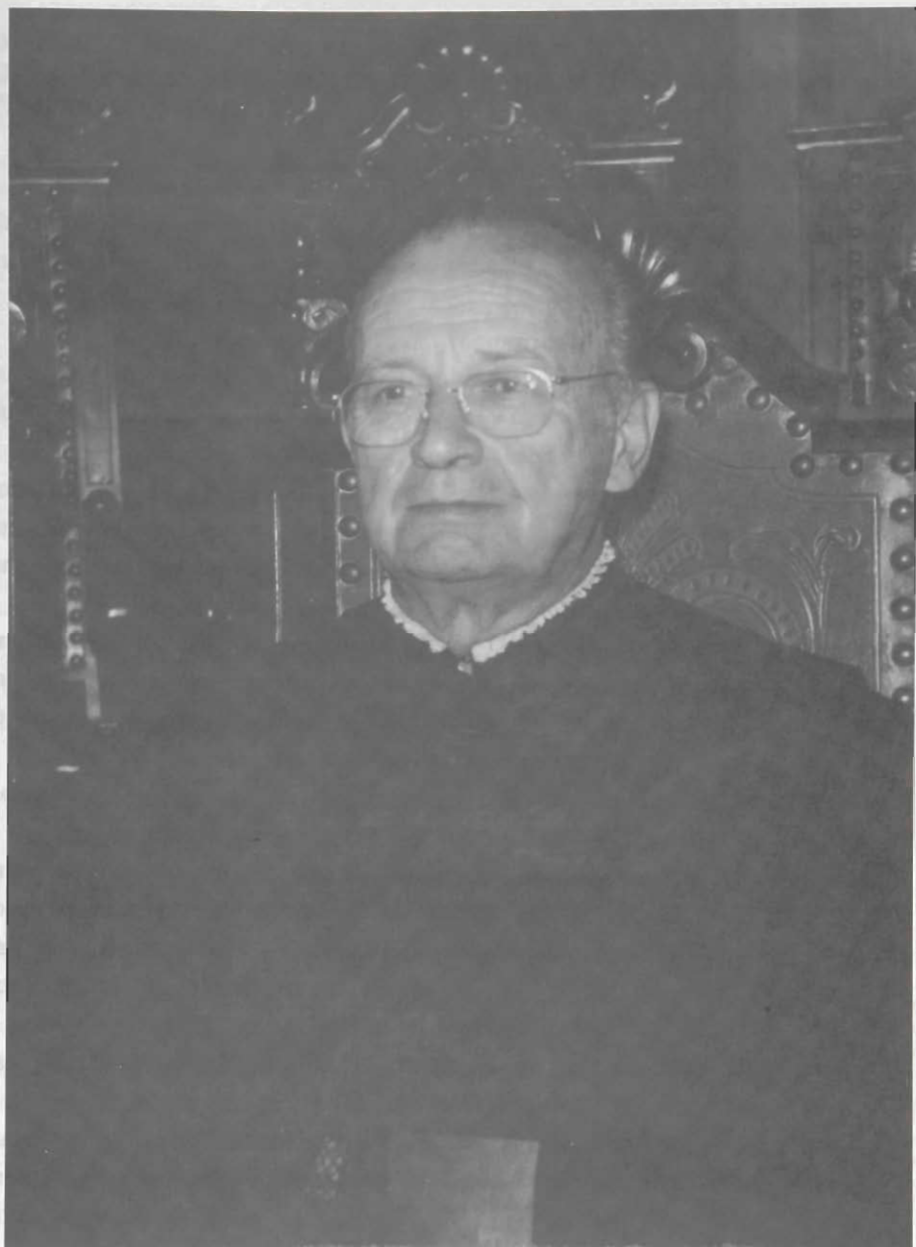
De minha parte, solenemente reafirmo meu compromisso, em consonância com minha vocação de servir aos interesses do Brasil, de profligar pelo desenvolvimento do Direito Internacional, em harmonia com os interesses da humanidade, e, em particular, de auxiliar, com todas minhas forças e meu entusiasmo, na formação humanística, científica e profissional da juventude de meu País.

Enfim, ao invocar a proteção do Senhor no cumprimento desta Missão, juntamente com o Rei Davi, que ao som da cítara, ao entoar os seus louvores ao Criador de todas as coisas, o Deus de Amor e Misericórdia, no Salmo 127, assim reconheceu, como a mais perfeita verdade; a qual tenho ostentado como lema do brasão de minhas armas: "*Em vão trabalham os que constróem a casa, pois quem a edifica, é o Senhor: em vão o vigilante vela pela cidade, pois quem a guarda, é o Senhor*"!.

"Nisi Dominus, frustra" seja o meu mote.

Tenho dito.

São Paulo, Arcadas, em 15 de junho de 1998.



Dal o concurso para l. Professor Doutor Guido Fernando Silva Soares

mercatoria. *Horizontes e fronteiras da economia mineira*

DISCURSO PROFERIDO PELO PROFESSOR DOUTOR EROS ROBERTO GRAU NA POSSE DO PROFESSOR HERMES MARCELO HUCK COMO PROFESSOR TITULAR

Excelentíssimo Senhor Diretor, D. Congregação, minhas Senhoras, meus Senhores, meu caro Amigo Professor Hermes Marcelo Huck:

Aqui estamos reunidos para cumprir uma tradição. Celebramos o ato público de posse do professor doutor Hermes Marcelo Huck no cargo de professor titular da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Que bom — disse-o já em outra ocasião — que bom podermos dizer, com um certo ar de humildade maldisfarçada, que bom podermos dizer, singelamente, se alguém pergunta o que fazemos, que bom podermos dizer, simplesmente: "*sou professor no Largo de São Francisco*"!

Tenho muito a dizer ao novo professor titular do Largo de São Francisco. É como se, aqui e agora, falassem pela minha voz todos os que nos antecederam na Congregação, além dos que ainda estão entre nós, dizendo da alegria de tê-lo em seu seio.

O professor Hermes Marcelo Huck desde cedo preparou-se para este momento.

Bacharel da turma 1965, já nos anos de 1973 e 1974 freqüentava o curso de pós-graduação de nossa Faculdade, ao qual retornou em 1976, após a obtenção, em 1975, do Master of Laws pela Law School da Universidade da Califórnia, Berkeley. Em 1977 freqüentou curso de Direito Internacional Privado na Academia de Direito Internacional de Haia.

Em 1982 obteve o grau de Doutor em Direito Internacional, com a tese "*Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional*"

Já entre 1976 e 1977, contudo, o professor Hermes Marcelo Huck atuava como docente voluntário, inicialmente, após como auxiliar de ensino do Departamento de Direito Internacional da Faculdade. Em 1978, a contratação como professor assistente.

O professor Hermes Marcelo Huck preparava-se para este momento. Daí o concurso para Livre Docente, em 1991, com a tese "*Sentença estrangeira e lex mercatoria. Horizontes e fronteiras do comércio internacional*" — publicada pela

Editora Saraiva — e, após, em 1995, a aprovação em disputado concurso público para o cargo de professor titular de Direito Internacional Público, com a tese "*Da guerra justa à guerra econômica. Uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*", também editada pela Saraiva.

Além dessas teses e do livro organizado em conjunto com os professores Luiz Olavo Baptista e Paulo Borba Casella — "*Direito e comércio internacional. Tendências e perspectivas*" — em 1994, são inúmeros os artigos e trabalhos didáticos do novo professor titular da Academia de Direito do Largo de São Francisco.

A atividade do professor Huck na Universidade é também extremamente relevante. Vice-Presidente da Comissão de Pós-Graduação de nossa Faculdade entre 1991 e 1994, foi seu presidente no biênio 1996-1998, tendo sido também membro do Conselho de Pós-Graduação e da Comissão de Normas e Recursos da Reitoria de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo. Ademais, atua ainda, o professor, como assessor da FAPESP - Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo para julgamento de projetos de pesquisa e bolsas de estudo.

Inúmeras vezes, por outro lado, o professor Huck tem participado em bancas de concursos à docência e de mestrado e doutorado, além de ter orientado mestres e doutores e estar, atualmente, a orientar mestrandos e doutorandos.

É muito ampla, também, a atividade do professor doutor Hermes Marcelo Huck como conferencista, no Brasil e no exterior. *Visiting Scholar* na Harvard Law School, em 1981, e em Berkeley, em 1975. Conferências em Seul, Hong Kong, Taipé, Tóquio, Buenos Aires.

Esse, em linhas muito amplas, o perfil do novo professor titular, que ora recebemos.

Para tanto aqui estamos, para cumprir uma tradição. E neste momento o meu coração se enche de júbilo, porque desta celebração participo, privilegiadamente, saudando o Professor e o Amigo. Mais de um motivo me traz felicidade, neste momento.

É que sinto como se estivesse a cumprir três papéis, a pronunciar três discursos.

Falam pela minha voz, inicialmente — já o disse — não apenas os colegas da atual Congregação, mas também os que já se foram.

Professor Hermes Marcelo Huck: os nossos Maiores estendem-lhe as mãos. Vinde a nós — eles dizem — vinde fruir essa imensa alegria de sermos da Academia do Largo de São Francisco, de fazermos parte dela, de sermos de tal modo que sem ela já não somos.

Que bom — repito — que bom poderemos dizer, com um certo ar de humildade maldisfarçada, que bom poderemos dizer, singelamente, se alguém pergunta o que fazemos, que bom poderemos dizer, simplesmente: "*sou professor no Largo de São Francisco*"!

Há contudo a brotar de mim também um outro discurso. Recebo-o também, professor Huck, como decano do Departamento de Direito Econômico e Financeiro.

Nós o recebemos de braços abertos, mas imediatamente depositando pesada carga em seus ombros.

É que vem com Vossa Excelência também a abertura do Departamento para o Direito Econômico Internacional.

Para tanto Vossa Excelência se preparou. Sua tese sobre evasão e elisão em matéria tributária — com a qual obteve o cargo no qual é agora solenemente empossado — insere-se no entrelaçado de matérias que compõem o quadro de disciplinas jurídicas de nosso Departamento.

A sua presença entre nós enriquece a todos, a cada um, individualmente, ao próprio Departamento e ao Direito Econômico. É como se já tivesse diante de meus olhos o programa, elaborado por Vossa Excelência, da disciplina Direito Econômico Internacional.

Sou portador ainda, todavia, de um terceiro discurso. Permitam-me, minhas senhoras e meus senhores, Douta Congregação, permitam-me uma expansão de afeto.

Agora volto-me ao Amigo. Caminho no tempo, até o início da década dos sessenta.

Essa minha viagem de retorno aos vinte anos é animada — e por isso mesmo se faz fluente — na medida em que diviso, entre nós, agora, alguns rostos da mocidade. Aí estão, Amigo, aí estão o Laerte, o Kalil, o Tofá, o João Renato, o Eduardo Dib, o Itoby...

Nós nos encontrávamos todas as noites — São Paulo era uma cidade bem diferente, calma, tranqüila — encontrávamo-nos na esquina da Barão com a

Praça da República, durante algum tempo [logo depois de abril de 64] em uma "esquina volante" — por razões óbvias — finalmente na esquina da 24 de Maio.

Era a "*Esquina*" cujos remanescentes se encontram ainda nas sextas-feiras, à meia-noite, no Gigetto, animados pelos Lima e pelo Belluzzo, às vezes com a minha presença, do Eduardo Kugelmas, do João Renato, do Galvão, do Itoby...

Amigo Hermes: que tempos! Que tempos! Manobrávamos a política universitária... sonhávamos! A política, os livros, os filmes...

Relembro figuras que já se foram: Luciano, Maurício, Barthô, amigos queridos...

Que tempos, Amigo! Pela "*Esquina*" passavam as escolhas de candidatos para a UEE, DCE's — a eleição do Aluízio para o XI... mesmo a sua, para vice-presidente, na primeira eleição do XI depois do famigerado golpe de 1º de abril...

Não havia identidade ideológica completa entre todos nós — o tempo nos mostrou — mas éramos universais: gente de fora da área jurídica, da FAU, da POLI, da Veterinária... Laoonte, Raimundo, o Serra, o Laerte...

Não importa, agora, em que eu particularmente não me sinta bem em uma falsa democracia, sob a qual somos governados por medidas provisórias e a Constituição esteja sendo aviltada, vilipendiada. Não importa em que eu me sinta assim — pasmo, ao descobrir que pode haver ditadura mesmo sem repressão e sem prisões! — e esse mesmo sentir não seja compartilhado exatamente na mesma medida por todos. Não, agora não importa...

O que importa mesmo, professor Hermes Marcelo Huck, é que, de repente, o abraço de agora — Você há de vir para este abraço! — é o abraço da Congregação, do Departamento, mas, também o abraço da sua juventude, o abraço da "*Esquina*"...

São Paulo, junho de 1998.

DISCURSO DE POSSE DO EXMO. PROF. DR. HERMES MARCELO HUCK, COMO PROFESSOR TITULAR DE DIREITO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Exmo. Sr. Prof. Dr. Álvaro Villaça Azevedo, mui digno Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,

Exma. Sra. Profa. Dra. Ada Pelegriani Grinover, Magnífica Pró-Reitora da Universidade de São Paulo,

Exmo. Sr. Prof. Dr. Eros Roberto Grau, que em nome da Congregação hoje me recebe,

Exmos. Srs. Professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e demais membros da Congregação,

Caros alunos, razão de ser e mola propulsora da excelência desta academia,

Meus amigos e colegas que muito me honram com sua presença e carinho, não só a mim, como ao Prof. Guido Soares que hoje e nesta mesma sessão, toma posse do cargo de professor titular.

Senhoras e Senhores:

Ingressando formalmente na Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vivo hoje, nesta tribuna, neste Salão Nobre, um raro e honroso momento de reflexão e de compromisso.

Para mim, um evento de tal importância não poderia ocorrer em cenário mais propício. Foi aqui, neste mesmo Salão, que reverenciei a inteligência e erudição dos maiores mestres do Direito; que experimentei as emoções de ter sido estudante num dos mais difíceis momentos da história política do Brasil; que defendi doutorado e livre-docência e onde, finalmente, concorri à titularidade.

São mais de trinta anos de uma história pessoal vinculada à Faculdade de Direito. Um longo tempo, do qual não desejo rescrever o relato de um só dia.

Hoje, a meio deste longo e contínuo aprendizado, posto-me diante de minha Congregação, de meus colegas, de meus amigos e de minha família, para, num só ato, fazer o balanço do passado e assumir um compromisso para o futuro.

Muito mais do que um rito formal de passagem, esta solenidade enseja-me uma reflexão dúplce que, qual a face de Janos, consegue olhar ao mesmo tempo para o que foi e buscar o que será.

Desde meu ingresso nesta Casa como aluno, tem sido o Direito meu único e exclusivo caminho. Como advogado e professor venho consagrando todas as horas de meu exercício profissional. Neste percurso, esta Escola foi sempre meu ponto permanente de referência e inspiração.

Vivi e tenho vivido intensamente a academia do Largo de São Francisco. Como estudante, participei com afinco das lutas políticas da década de 60 (que memorável década a de 60), fui vice-presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto em pleno regime militar e por anos nesta Casa batalhei pelo retorno das liberdades democráticas ao país. Ainda estudante participei de um sem-número de movimentos culturais, e finalmente, preparado como bacharel e como cidadão, saí para a vida lá fora.

Pouco mais tarde, voltei como aluno de pós-graduação, até que um dia, com a coragem e destempero da juventude, mudei de posição, e em 1977, há mais de vinte anos, portanto, ministrei, não sem grande hesitação, minha primeira aula.

Tanto tempo passado, e não se apaga de minha memória, quando, cursando mestrado na Califórnia, numa noite muito particular, recebi o telefonema do Professor Vicente Marotta Rangel, convidando-me para lecionar Direito Internacional, como professor assistente.

Desde então, ao lado da prática da advocacia, o ensino do Direito tem sido minha constante atividade.

Tendo passado por todos os estágios da carreira acadêmica, tendo cooperado com a Universidade sempre que solicitado, inclusive ocupado por quase quatro anos a presidência da Comissão de Pós-Graduação desta Escola, responsável pela condução do mais importante curso de pós-graduação em Direito no Brasil, chego agora à condição de titular com o mesmo idealismo realista com que me lembro ter iniciado minha primeira aula.

Estou convencido de que o Direito ganha tarefas mais árduas e mais relevantes nesta mudança de milênio. O processo de globalização da economia - por mais obscuro que seja este conceito - implica para as ciências sociais desafios que a tecnologia não está apta a resolver.

Se de um lado a tecnologia e a liberalização da economia mundial abrem um cenário de integração sem fronteiras, de outro, há uma nítida tendência de exclusão social, fruto desses mesmos fatores.

O desemprego, a lei do economicamente mais forte, a inversão de valores, a busca do sucesso econômico a qualquer preço são dados presentes em praticamente todos os cantos do mundo civilizado.

Se o progresso da medicina aumentou a vida média do homem, se a agroindústria multiplicou a produção de alimentos, desmentindo Darwin, ainda não se conseguiu deter os efeitos perversos da lei de concentração de renda numa economia internacionalizada e interdependente.

Lamentavelmente, todo o progresso tecnológico, todo o processo de integração, o milagre da redução do mundo a uma pequena tela de televisão, não conseguem distribuir seus resultados e benefícios a todos e de forma digna.

É nesse complexo cenário que enquadro as responsabilidades do Direito moderno e dos juristas atuais. O Direito por si só não conseguirá coibir os abusos e garantir dignidade ao homem, mas, certamente, sem o Direito nada disso será possível.

Contrariando o lento processo de evolução e transformação histórica a que a humanidade sempre vivera, repentinamente, nesta segunda metade do século XX, o mundo transformou-se rápida e radicalmente. E o Brasil com ele:

A bipolaridade mundial que definira as relações internacionais desde o início da guerra fria terminou na teoria e na prática;

Reduziram-se significativamente as divergências ideológicas;

Os alinhamentos políticos perderam seu maior sentido e a hegemonia de poder norte-americana foi substituída por um primado econômico, com a consolidação de uma potência tão-rica, como raras vezes a história do homem presenciou.

Paralelamente, ressurgiram nacionalidades adormecidas há décadas. Conflitos raciais e religiosos substituíram os políticos e o sistema de Estados consolidado com a paz de Westphalia vê-se ameaçado.

Muito embora ainda peça importante no jogo do poder mundial, o Estado moderno vem perdendo sua capacidade de controle sobre diversas áreas estratégicas do relacionamento transnacional, tais como informações e transferência de dados, fluxos de capitais e mesmo o próprio comércio internacional.

O fortalecimento de organizações internacionais de âmbito mundial, como a organização mundial de comércio, ou de organizações econômicas regionais, como a União Européia ou o Mercosul, evidenciam a necessidade de aglutinação do Estado moderno para não perder o que lhe resta de controle no processo de intercâmbio internacional.

A sociedade globalizada e interconectada forjará novas instituições jurídicas a ela adequadas. No complexo processo de estonteante mutação, ainda é prematuro um exercício de previsão desse novo Direito.

Entretanto, na realidade mundial de polaridades indefinidas e hegemonia econômica centralizada, os desafios são tentadores. O compromisso do jurista de hoje vincula-se a esse desafio. Não há alternativa que seja mais cômoda ou mais fácil.

O que me parece inevitável é que o Direito criado e desenvolvido pelo Estado moderno sofrerá necessariamente profundas alterações. Mudará para sobreviver. E sobreviverá, pois para as novas estruturas de relacionamento econômico e social, o Direito é tão essencial quanto o comércio, a telecomunicação, a informática e outros tantos desses tentáculos que abraçarão o homem do século XXI.

As tradicionais instituições que deram forma ao Estado moderno sofrem um evidente processo de desgaste e corrosão. Assim, o Direito atual incorpora novas metas, tais como a necessidade de criação de empregos numa sociedade que por mais de um século privilegiou a automação, a engenharia de um sistema equilibrado para os mecanismos do comércio internacional, o fortalecimento de organismos multi-estatais, o controle dos mercados mundiais, na busca do isolamento de fenômenos locais, de tal sorte que não se contaminem com uma crise doméstica a poupança, o trabalho e a riqueza concentrados em outros cantos do universo.

É com esse Direito que conviveremos.

Sem descurar das velhas instituições jurídicas que os romanos consagraram e o Estado moderno adotou, quero estar nesta Casa, nos próximos anos, como professor titular, trabalhando na construção desse novo Direito. Esta é a minha meta. Este é o compromisso que assumo perante meus pares, meus alunos e meus amigos.

Membro durante décadas do Departamento de Direito Internacional, onde cultivei e mantenho grandes amigos, assumo a titularidade no Departamento de

Direito Econômico-Financeiro, em que sou recebido com distinção e carinho inexcusáveis. Tenho a imensa responsabilidade de suceder a um notável jurista, o professor José Afonso da Silva. Sua biografia é de todos conhecida, como o são os serviços que vem prestando ao Direito e à coletividade brasileira como um todo.

Resta ao final, uma palavra de agradecimento a todos o que hoje prestigiam com sua presença esse momento de realização acadêmica. Resta igualmente, uma outra palavra de reconhecimento aos que comigo compartilharam dessa desafiadora e intrigante travessia pelos caminhos do Direito, que me incentivaram nos raros momentos de desânimo, que me abriram portas, que me presentearam com conselhos fundamentais, que tiveram complacência com meus erros e grande paciência quando meus talentos faltaram.

Saúdo o professor Guido Fernando Silva Soares que comigo compartilha desse momento de emoção e compromisso. Saúdo o professor Fábio Nusdeo, meu amigo e sempre mestre, em nome de quem peço vênias para homenagear todos os professores da douta Congregação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

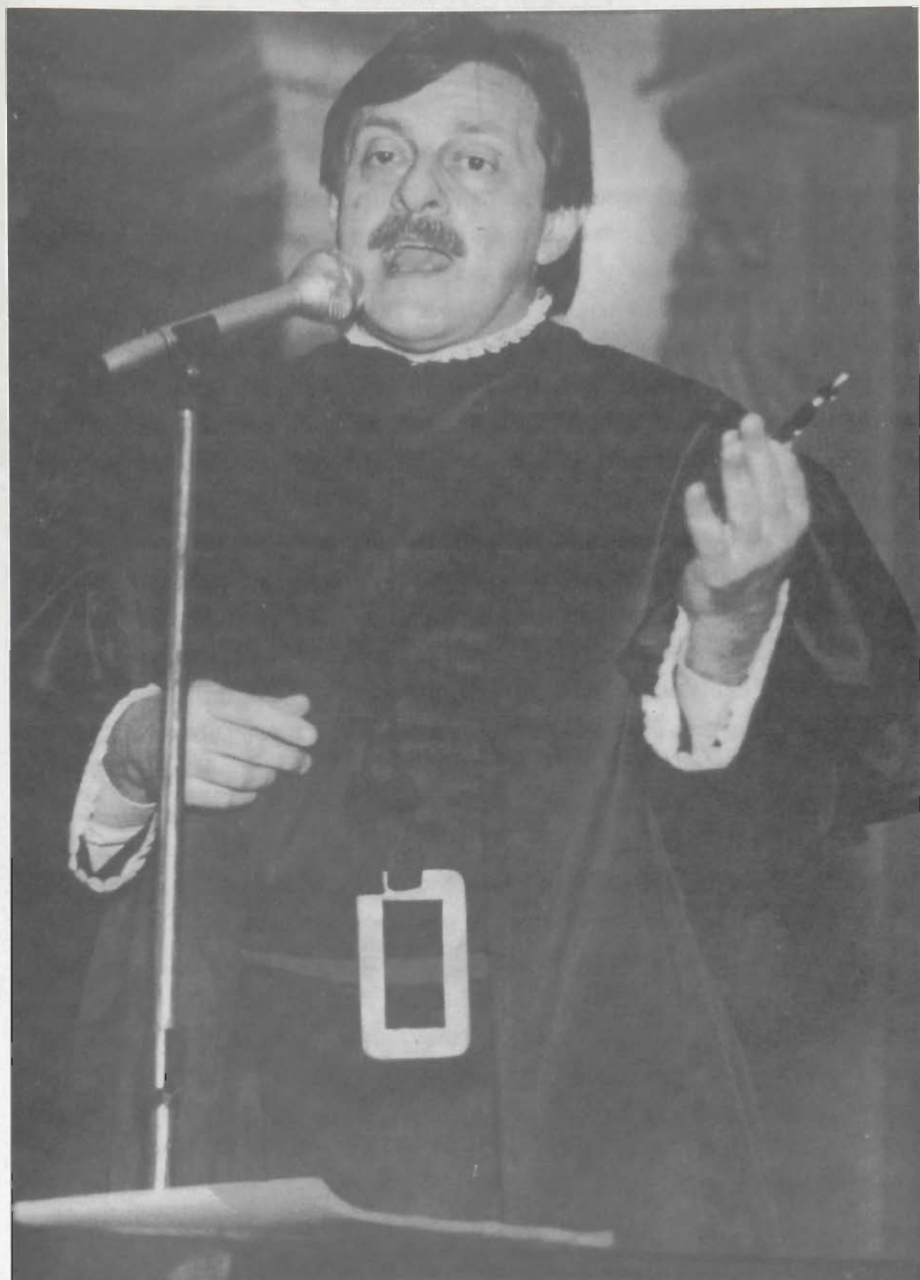
E, fica a palavra final ao professor Eros Roberto Grau, companheiro e conselheiro, sempre presente. Acima de tudo, amigo insubstituível, que, com sua sempre surpreendente criatividade, conseguiu encontrar palavras e fatos em seu discurso de saudação, que em muito excedem qualquer de minhas virtudes.

Agradeço à própria Academia de Direito do Largo de São Francisco, tradicional e revolucionária, pólo de irradiação e de convergência do que há de melhor no estudo do Direito Brasileiro e, que há mais de três décadas, proporciona-me a imensa satisfação de estudar e praticar o Direito.

Por fim, contemplando estas arcadas, não resisto ao encanto de nossa academia que, parafraseando o poeta, se não consigo amá-la o quanto devo, consolo-me em dedicar-lhe o quanto posso.

Muito Obrigado.

São Paulo, junho de 1998.



Princípios de Direito Tributário - 4ª edição - 1998 - Editora Saraiva

Professor Doutor Hermes Marcelo Huck

SAUDAÇÃO PROFERIDA PELO PROFESSOR EROS ROBERTO GRAU AO NOVO TITULAR, PROFESSOR PAULO DE BARROS CARVALHO

Excelentíssima Senhora Diretora, D. Congregação, minhas Senhoras, meus Senhores, meu caro amigo professor Paulo de Barros Carvalho:

Aqui estamos reunidos para celebrar a posse do professor doutor Paulo de Barros Carvalho no cargo de professor titular da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Esta, entre tantas belas tradições da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, é uma das suas mais belas tradições. Celebramos a admissão definitiva do professor doutor Paulo de Barros Carvalho na velha e sempre nova Academia.

Desde agora poderá, o professor, fruir daquela que já uma vez afirmou, perante essa D. Congregação, ser uma das mais enternecedoras sensações — a sensação que nos toma quando, ao passarmos pelas Arcadas, nos dizemos a nós mesmos, em silêncio: *"esta é a minha casa, a velha e sempre nova Academia; aqui, aonde mora a amizade e se constrói a liberdade"* E dizemos isso, a nós mesmos, pisando o chão do pátio das Arcadas transformado no jardim cantado por Goffredo, pleno de flores.

Que bom, repito-o, que bom podermos dizer — fingindo humildade — que bom podermos dizer, singelamente, se alguém pergunta o que fazemos, que bom podermos dizer, simplesmente: *"sou professor no Largo de São Francisco!"*

Aqui estamos, agora, para celebrar a admissão definitiva do professor doutor Paulo de Barros Carvalho na velha e sempre nova Academia.

Bacharel em Direito em 1965, em 1969 tornou-se especialista em Direito Comercial, em nosso antigo curso de especialização.

Após, em 1973 Doutor e, em 1981, Livre-Docente, em Direito Tributário pela PUC-SP, Faculdade de Direito na qual alcançou a titularidade em Direito Tributário em 1985. Daí as teses *"A estrutura lógica da norma jurídica, tributária"* *"A regra-matriz do ICM"* e *"Questões substanciais de Direito Tributário"*

E a tanto se acrescente, entre outros mais, os livros *"Teoria da norma tributária"*, *"A inconstitucionalidade dos tributos fixos"*, *"Decadência e prescrição no Direito Tributário"* e *"Curso de Direito Tributário"* — este já em décima edição.

Mais recentemente, a tese apresentada ao concurso para professor titular das Arcadas — "*Fundamentos jurídicos da incidência*"

A produção intelectual do professor Paulo de Barros Carvalho é amplíssima, compreendendo ainda, além de outros livros, inúmeros artigos e pareceres.

Toda sua carreira acadêmica foi feita mediante concursos públicos e, sem nenhuma dúvida, no seu desempenho o professor a honrou.

Em 1987 fundou a cadeira de Lógica Jurídica no curso de Mestrado da Faculdade de Direito da PUC, lecionando a matéria até hoje. É bem sabido, de resto, que Paulo de Barros Carvalho vem sistematicamente empreendendo pesquisas no campo da Teoria Geral do Direito e da Filosofia do Direito visando imprimir maior profundidade às especulações à propósito do Direito Tributário.

A atividade de Paulo de Barros Carvalho na Universidade é também extremamente relevante. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP há seis anos, duas vezes reeleito. Daí, porque é para tanto essencial o desempenho pessoal do professor incumbido da coordenação dos cursos de mestrado e doutorado, a Faculdade de Direito da PUC-SP detém o melhor conceito na avaliação oficial dos programas brasileiros de pós-graduação em Direito.

Em suma, seja por seus títulos, seja mercê do brilhante concurso a que se submeteu, o professor Paulo de Barros Carvalho — que ao ser recebido entre nós passa a ser o único professor titular da USP e da PUC por concurso, em ambas as instituições, em uma mesma disciplina — o professor Doutor Paulo de Barros Carvalho, dizia, bem merece a honra conquistada.

Por tudo isso me permito, neste momento, rememorar alguns diálogos que mantivemos Geraldo Ataliba e eu. Sabíamos que, em razão de inúmeras circunstâncias, imediatamente após a aposentadoria de nosso Alcides Jorge Costa nenhum colega do Departamento de Direito Econômico-Financeiro habilitar-se-ia a sua sucessão. O nome de Paulo e a firme disposição de o estimularmos a preparar-se para o concurso surgiu naturalmente.

Por isso agora me permito também dizer, meu caro Paulo, que entre os amigos que celebram a data de hoje — mas estenderão as comemorações até amanhã, 15, dia do seu aniversário — entre os seus amigos, de modo a poder ser visto apenas de relance, encontra-se o nosso Ataliba, na lembrança que dele temos.

Há, meu caro amigo, por certo há um lugar, nutrido por nossas boas lembranças, onde se encontram os homens de boa-vontade, lá onde há de estar o

Geraldo. Lá, desse mesmo lugar, hão de agora também deitar os olhos sobre nós os velhos Leonardo e Werner, que nos ensinaram a Amizade.

Repito agora, com a autorização de nosso amigo Hermes Marcelo Huck, o que disse ao recebê-lo, em nome da D. Congregação, em uma solenidade como a de agora.

Professor Paulo de Barros Carvalho: os nossos Maiores estendem-lhe as mãos. Vinde a nós — eles dizem (vejo-os bem: Brotero, Herculano de Freitas, Pedro Lessa, Canuto) — vinde a nós, dizem, vinde fruir essa imensa alegria de sermos da Academia do Largo de São Francisco, de fazermos parte dela, de sermos de tal modo que sem ela já não somos.

Devo dizer, contudo, que a fruição, em sua plenitude, das glórias da Faculdade somente é admitida aos que a amam e a proclamam, no cotidiano e no sempre, desde os pequenos até os mais largos gestos. Não basta a sua conquista — é necessário preservarmos o seu passado, mas também construindo o presente e o porvir.

Sendo assim, vigoroso é o desafio que enfrentamos, em especial porque a nós incumbe — e assim nós a honramos, como um cavaleiro medieval honra sua dama — a defesa do Direito e da Constituição. Os dias que vivemos são extremamente expressivos.

De uma banda os trinta anos do AI5, que de modo tão duro nos ensinou a dor da ausência de democracia e a brutalidade de certos homens, mas deixou também, a evidência — e essa deve ser lembrada a todo instante — de que não existem espectadores inocentes! Sim, professor, é imperioso repetirmos para que todos ouçam: não existem espectadores inocentes!

De outra, os dez anos dessa que é a mais bela das Constituições de nosso tempo, a Constituição que afirma a *dignidade da pessoa humana* e define, em seu art. 3º, o programa do Brasil e da sociedade brasileira:

*"construir uma sociedade livre, justa e solidária;
garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a
pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades
sociais e regionais; promover o bem de todos, sem
preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, a
quaisquer outras formas de discriminação"*

Esta é a Constituição do Brasil, nem sempre respeitada, é certo — veja-se os escândalos que se sucedem e as privatizações que tornam a minha Pátria "tão pobrinha" para lembrar o Poeta — mas que sobreviverá aos tolos e aos que a ela não dão crédito, seja porque já envelheceram mais do que o devido, seja por declínio moral.

Professor doutor Paulo de Barros Carvalho:

Ainda que sendo breve, direi tudo quanto deve ser dito.

Aqui estamos, sob a luz da velha e sempre nova Academia, seja para produzir a boa reflexão jurídica, seja para prover a defesa da Constituição. Esses, os nossos dois ofícios.

Mãos à obra.

São Paulo, dezembro de 1998.

DISCURSO DE POSSE DO PROFESSOR PAULO DE BARROS CARVALHO COMO PROFESSOR TITULAR DE DIREITO TRIBUTÁRIO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Excelentíssima Senhora Professora Titular doutora Ivette Senise Ferreira, digna Diretora desta Faculdade,

Excelentíssimo Senhor Professor Titular doutor Eros Roberto Grau,

Excelentíssimos Senhores professores e demais membros da Egrégia Congregação,

Prezados alunos dos cursos de graduação e de pós-graduação aqui presentes,

Minhas Senhoras,

Meus Senhores.

As palavras carinhosas do ilustre professor Eros Roberto Grau, penetradas pela emoção e pelo sentimento, evocam, para além da amizade, aquilo que tem sido o denominador comum desta expressiva cerimônia: a tradição e a história, mobilizadas pela presença incisiva do tempo, no seu particularíssimo modo de ser e de aparecer. As reflexões sobre o tempo, que tanto ocuparam a mente privilegiada de Santo Agostinho e de muitos outros filósofos, apontam para um fenômeno do espírito que entretece, cadenciadamente, os conjuntos de fatos sociais, na sua mais larga dimensão de significado, ordenando-os na marcha da história, com o que o ser humano cumpre seu trajeto existencial, dominando a circunstância que o envolve e depositando nela seus valores para produzir atos de cultura. Cultura, como projeção do espírito para fora de si, aquilo que Hegel denominou espírito objetivo e que Simmel chamou de *"provisão de espiritualidade tornada objetiva pela espécie humana no decurso da História"* Essa mesma cultura versada com tanta nobreza intelectual por Miguel Reale, tomada como síntese do ser e do dever-ser, enaltecendo a pessoa humana como valor-fonte de todos os valores, homem que no seu dizer é capaz de saltar por cima das funções necessárias da vida psíquica, possibilitando o cumprimento da prescrição normativa, pois carrega consigo a liberdade, que se traduz no domínio sobre sua própria consciência.

Senhora Diretora, douda Congregação.

Difícilmente poderíamos imaginar ato mais expressivo das manifestações da cultura do que esta iniciativa que a Faculdade do Largo de São

Francisco iterativamente mantém, realizando solenidades como esta há 170 anos, numa demonstração eloqüente de memória dos nossos valores e de preservação de suas mais legítimas tradições. A repetência de eventos dessa natureza, que assumem a feição de ritos quase-litúrgicos, despertam em cada um de nós o renovado apego a nossas origens, aos nossos maiores, à nossa história. É como se o sentimento de patriotismo acendesse em nossas almas, como um clarão, a mais legítima reminiscência dos autênticos ideais da sociedade brasileira. Penso mesmo que sucessos dessa ordem deveriam ser cantados em verso para atingirem sua plenitude significativa. Só o poeta e a magia de sua linguagem têm o dom de elevar o pensamento àquela região mística que anuncia a fronteira entre o homem e o anjo, como diria Gerardo de Mello Mourão, o grande autor do poema épico "*Invenção do Mar*" que honra a todos nós com sua presença.

Senhora Diretora e douta Congregação.

Ao recordar minhas origens acadêmicas, mencionou o professor Eros Grau o papel relevantíssimo que a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo representou, representa e representará, como espero, no processo de formação do meu espírito. Foi lá que, conduzido pela orientação do prezado professor Ruy Barbosa Nogueira, amigo de meu pai, ingressei no curso de bacharelado, passando a ser aluno de José Frederico Marques e de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, expoentes das letras jurídicas brasileiras. Foi lá que me tornei amigo fraternal do grande Geraldo Ataliba, de quem sempre fui discípulo e pelas mãos de quem dei os primeiros passos no magistério superior, na condição de seu assistente. Foi na PUC-SP que tive o privilégio e a honra de ser aluno de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que ensinava o Direito Administrativo a partir de noções seguras de Teoria Geral do Direito e é lá também que sustento enriquecedora convivência intelectual com figuras ilustres como Celso Antônio Bandeira de Mello, Michel Temer, Lúcia Vale Figueiredo, José Manuel de Arruda Alvim, Adilson Dalari, Celso Bastos, Maria Helena Diniz, Roque A. Carrazza e muitos outros. Mas, aquilo que desejo enfatizar é que foi lá onde, passo a passo, submeti-me a todos os concursos para ascensão na carreira acadêmica, chegando a professor titular de Direito Tributário.

Seria até cansativo insistir no quanto devo àquela Instituição ao me outorgar as condições necessárias para desenvolver meu projeto de vida intelectual. Cheguei a pensar, porém, num determinado instante, que teria encontrado o termo de minhas aspirações acadêmicas. Eis que, nesse momento, os espíritos atilados e inquietos de Geraldo Ataliba e de Eros Roberto Grau voltaram a instigar-me com

novo desafio: estava para aposentar-se do cargo de professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo meu querido mestre e amigo Alcides Jorge Costa. Por que não tentar novo concurso, preparando tese e inscrevendo-me para as provas? Não é preciso dizer que a retórica envolvente daqueles dois grandes amigos prevaleceu em toda a extensão, entreabrindo-se novo e estimulante capítulo em minha vida.

Entreguei-me ao projeto de elaborar a tese com dupla responsabilidade: fazer jus à condição de titular da PUC-SP, ao mesmo tempo em que me sentia no dever de apresentar uma contribuição efetiva à Faculdade de Direito da USP, as duas maiores instituições jurídicas deste País. Desse empenho resultou o livro "*Direito Tributário - Fundamentos Jurídicos da Incidência*", lançado pela Editora Saraiva, que já prepara, agora, sua segunda edição.

Aqueles que acompanharam o período de pesquisa e, sobretudo, as maturadas reflexões empreendidas para a consecução desse objetivo sabem muito bem as energias que foram gastas e o tempo empregado para tal fim. Mas, igualmente reconhecem o quanto nos fez avançar na compreensão do Direito. E falo no plural em homenagem a todos aqueles que, de lugares diferentes do Brasil, integram o grupo de estudos que mantenho vivo e vibrante há quinze anos, reunindo-se, rigorosamente, todas as semanas do período letivo.

Esta é a hora de declarar, também, que nunca percebi com tanta clareza e com tanta convicção a complexidade insita ao fenômeno jurídico. Ficou patente que na variedade de seus aspectos notamos, desde logo, a presença de um corpo de linguagem que se projeta sobre a realidade social, colhendo-a na região material das condutas intersubjetivas. Por outro lado, há de existir intenso relacionamento psico-social entre o suporte sociológico e aquele extrato de linguagem em que o legislador, considerado aqui no seu sentido mais amplo, introduz seus valores, consciente ou inconscientemente. E tudo isso criado de maneira compassada, ao longo do processo histórico. Ora, sem prejuízo de outras plataformas de observação, que a multiplicidade do Direito oferece a quem dele se aproxima, e num esforço simplificador, indicaríamos o ângulo sociológico, a concepção histórica, o lado psico-social, o ponto de vista axiológico e a tomada de posição lingüística perante a experiência concreta do dado jurídico, todas elas como possibilidades cognoscentes devidamente autorizadas pela Epistemologia, motivo pelo qual não se justificam disputas retóricas entre os que postulam examinar o objeto a partir de qualquer uma dessas faces, reivindicando supremacia. A

complexidade objetual admite múltiplos enfoques teóricos, cada qual, naturalmente, com o método que lhe é próprio, ajeitando-se aqui, por isso mesmo, uma proposição afirmativa de superior importância: seja qual for a proposta cognoscitiva de quem pretenda falar do Direito, quer para estudá-lo no que concerne a seus valores, fazendo Axiologia Jurídica, quer para examiná-lo sociologicamente, ou pela perspectiva da história ou ainda pelo ângulo psico-social, o agente do conhecimento terá que travar contacto com o dado lingüístico, porta de entrada obrigatória para essas e outras derivações que se pretenda desenvolver. Lembremo-nos de que não é possível imaginar Direito (escrito ou não-escrito) sem a presença inexorável de um texto lingüístico e o texto jurídico, antes de ser "jurídico" é texto. Ora, muitas ciências há, nos dias de hoje, voltadas exclusivamente à investigação dos textos, com técnicas aprimoradas para guiar nossas intuições através de caminhos seguros para a formação de sentido. Os estudos de Semiótica vêm, como se sabe, revolucionando as ciências e oferecendo ricas alternativas para a pesquisa e para o aprofundamento do saber.

Esse o projeto que escolhi para o desenvolvimento de meu trabalho: partir do plano de expressão, vale dizer, da literalidade textual dos atos normativos que versam matéria tributária e progredir em direção ao plano do conteúdo, percorrendo aquilo que os analistas do discurso chamam de trajeto gerador do sentido. Vale a pena repetir que esse avançar do plano da expressão ao do conteúdo, construindo a interpretação do texto legislado, não se faz irrefletidamente, conduzido pelo impulso do primeiro instante. É exatamente aqui que ingressam as técnicas inerentes à Ciência conhecida como Teoria do Discurso, bem como às construções da Lingüística em geral.

Desse ingente processo de revisão de premissas, algo surgiu com a força das asserções verdadeiras: não se sustenta a decantada distinção entre incidência e aplicação do Direito, postulado que redireciona o equacionamento de problemas jurídico-tributários tão freqüentemente debatidos em todos os foros.

E o mais interessante disso tudo é que a proposta, sendo como é de indiscutível índole teórica, apresenta efeitos práticos admiráveis. Nos últimos dois anos não vimos fazendo outra coisa, durante as atividades do grupo de estudos e em aulas e seminários de graduação e de pós-graduação, que testar em situações do cotidiano, daquele "mundo da vida" a que se referiu Husserl, expressão tão repetida nos escritos de Habermas, a aplicabilidade das mencionadas categorias da Análise do Discurso. E aproveito o ensejo para render minhas homenagens, também, ao

inesquecível Alfredo Augusto Becker, que teve a ousadia de proclamar essas verdades nos idos remotos de 1963, com o seu *Teoria Geral do Direito Tributário*, além de me fazer sentir a necessidade premente de manter contacto com essas ciências novas, viradas para o texto, na busca incessante das construções de sentido que nós, juristas, percorremos na penosa tarefa interpretativa.

Precisamente essa a mensagem que trago à tradicional Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: respeitando a todos os modelos epistemológicos existentes, apresentar esse modo de ingresso na intimidade do fenômeno jurídico tributário, lidando antes com o que ele tem de jurídico, para somente depois analisar o aspecto tributário. Sem qualquer menoscabo do ramo didaticamente autônomo que representa, com o intenso dinamismo que o caracteriza, o território das imposições tributárias e suas imponentes construções passa à condição de mero campo empírico eleito para a comprovação das grandes teses sobre o fenômeno jurídico. Outros, poderiam ser o comercial, o trabalhista, o processual, o constitucional, o administrativo. E quero frisar, novamente, àqueles que pensam tratar-se de modelo meramente teórico, afirmando que, poucas vezes vi rendimento prático tão acentuado, confirmando, aliás, a lição sempre viva de Lourival Vilanova, o insuperável mestre pernambucano cuja obra tem sido a mais constante fonte de minhas inspirações, ao ensinar que o jurista é o ponto de intersecção entre a teoria e a prática; entre a ciência e a experiência.

Pois bem. É com esse entusiasmo, que minhas palavras não escondem, mas com a humildade de quem vem para aprender com os talentos desta Casa e, assim, poder ensinar aos jovens alunos, que ingresso nas Arcadas, gentilmente recebido, nesta solenidade grandiosa, para exercer o magistério na cadeira de Direito Tributário, ocupada inauguralmente por Ruy Barbosa Nogueira e, em seguida, por Alcides Jorge Costa, disciplina que integra o Departamento de Direito Econômico-Financeiro, atualmente dirigido pelo meu mestre e amigo professor Fábio Nusdeo. A singela menção desses nomes, por todos citados e aplaudidos, já dá a medida de minha responsabilidade. Pretendo desenvolver aqui, nesta, por todos os títulos, famosa Instituição, um trabalho sério, que se coloque à altura de toda a força e de toda a tradição da Faculdade de Direito da USP, aproveitando para estreitar, ainda mais, os laços que a unem à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Aliás, são muitos os pontos de afinidade pessoal e intelectual que me ligam a esta grande Academia, impregnada de saber e exuberante de tradição. Além das personalidades ilustres que já mencionei, neles incluindo, em posição de

destaque, a do professor Eros Grau, não-só fraterno amigo, mas amigo de gerações, quero lembrar a figura ilustre do professor Tércio Sampaio Ferraz, doutrinador pioneiro nos estudos de Pragmática da Comunicação Jurídica entre nós. A leitura atenta de seus últimos trabalhos marcou decisivamente meu pensamento, provocando meditações que repercutiram com grande objetividade no encaminhamento de questões tributárias que tenho enfrentado.

Senhora Diretora e douta Congregação.

Comemora-se o cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem. A Faculdade do Largo de São Francisco, que não é apenas a Casa do "dever-ser" jurídico, mas também o é do "dever-ser" ético e do "dever-ser" político, sempre foi um cidadela incansável para a defesa dos direitos fundamentais do cidadão. Por isso mesmo, colho a oportunidade para consignar que deploro ver o início de minhas atividades do magistério em clima de tanto desprezo aos mais elevados valores jurídico-constitucionais. Quem lê a Constituição brasileira, inteirando-se dos seus fundamentos, e, de seguida, observa o modo como vêm sendo aplicados seus dispositivos, depara-se com uma distância abissal. Ao pensar nisso acode-nos à mente a advertência do Padre Antonio Vieira, no *Sermão da Sexagésima*. Diz ele: "*O pregar que é falar, faz-se com a boca; o pregar que é semear, faz-se com a mão. Para falar ao vento bastam palavras; para falar ao coração, são necessárias obras*"

De ver está que as palavras do legislador constituinte estão lá, falando ao vento; a obra de implantação efetiva desses preceitos, todavia, não aconteceu e, por incrível que pareça, proclama-se insistentemente a necessidade de reformas estruturais numa Constituição que sequer chegou a ser experimentada em muitos de seus pontos.

Como transmitir aos alunos a existência do princípio da anterioridade, conquista secular dos povos civilizados, para garantir o direito de previsibilidade dos administrados, quando os poderes constituídos reservam os últimos dias do ano para anunciar tributos novos ou aumento dos já existentes? De que maneira indicar a progressividade como diretriz constitucional do imposto sobre a renda, inserida no Texto Supremo de 1988, mas até agora sem qualquer esforço de implantação? Como mencionar, o magno princípio da legalidade, quando uma Instrução Normativa do Ministério da Fazenda declara, em sua ementa, que vem introduzir modificações no tratamento jurídico-normativo de temas próprios e exclusivos de lei ordinária? Como continuar lecionando que a legislação tributária somente poderá redefinir institutos,

categorias e formas de Direito Privado, quando os respectivos conceitos não tiverem sido utilizados pela Constituição para a discriminação das competências impositivas, se medida provisória acaba de equiparar "faturamento" a "receita bruta" alargando, grosseiramente o universo de contribuintes para certos impostos? Como ensinar que as medidas provisórias só serão admitidas diante dos pressupostos de urgência e de relevância, razão pela qual hão de entrar em vigor na data de sua publicação, ao mesmo tempo em que o Chefe do Poder Executivo da União as utiliza indiscriminadamente para disciplinar quase todos os assuntos, fixando o termo inicial da vigência, às vezes, para mais de três meses de sua edição? Como, enfim, aludir ao regime constitucional das matérias rejeitadas, que é e sempre foi restritivo, e admitir a reedição de medidas provisórias, castrando ao Poder Legislativo a prerrogativa constitucional de rejeitá-las por omissão?

É lamentável reconhecer que esse processo de desrespeito a cânones constitucionais e de degradação do conteúdo semântico de princípios arduamente obtidos pela sociedade brasileira acontece nos nossos dias sob os olhares complacentes da comunidade jurídica nacional. E aqui se encaixa, à perfeição, a frase que o professor Eros Grau acaba de pronunciar: "*não existem espectadores inocentes!*" Tenho para mim que no subsolo dessa atitude passiva e incompreensível repousam sentimentos incertos e estimativas pouco discutidas pela consciência política e jurídica da nação. Em nome da chamada "globalização", uma série de atos lesivos aos interesses públicos são cometidos e o princípio da moralidade dos atos administrativos vem sofrendo sucessivos golpes.

Senhora Diretora, minhas Senhoras e meus Senhores.

Posso assegurar que a instabilidade atual de nossas instituições não afetará, de forma alguma, o ânimo que imprimirei ao meu labor docente e devo confessar nesta cerimônia tão bonita, carregada com a vibração positiva de todos que por aqui passaram, que me sinto imensamente honrado de poder integrar a Egrégia Congregação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, tomando assento ao lado de personalidades de tão elevada estatura moral e intelectual que sempre admirei e respeitei. Comprometo-me a oferecer o melhor do meu trabalho e de estar a altura da dignidade do cargo e das funções que venha a exercer.

Por derradeiro, faço consignar meus efusivos agradecimentos a todos aqueles que, como os professores Antonio Junqueira de Azevedo e Álvaro Villaça Azevedo, direta ou indiretamente, cooperaram para meu ingresso nesta Academia, mas registro com inflexão especial a participação sempre presente e decisiva de

minha mulher e de minhas filhas, em todo o percurso de minha carreira acadêmica e profissional, pedindo a Deus que me permita cumprir, concreta e efetivamente, os propósitos que acabo de declarar.

Muito obrigado.

São Paulo, dezembro de 1998.



Professor Doutor Paulo de Barros Carvalho

***CONTRIBUIÇÃO ÀS
MEMÓRIAS ACADÊMICAS***

O CENTENÁRIO DO PROFESSOR SOARES DE MELLO

Renato de Mello Jorge Silveira

Pós-Graduando em Direito Penal na Faculdade de Direito Universidade São Paulo

José Soares de Mello, se vivo, teria completado, a 7 de julho de 1998, o centenário de seu nascimento. Catedrático das Arcadas, orador eloqüente, tribuno combativo, promotor candente, juiz firme, escritor veemente. Tudo isso foi o professor Soares de Mello. E muito mais. Foi ele o filho espiritual de Rui.

Nascido em Monte Alto, o jovem estudante, de cedo, mudou-se para a Capital. Matriculado na Faculdade de Direito de São Paulo, logo mostrou as suas tendências particulares ao estudo. Tanto assim o é que Spencer Vampré, em 1924, já vaticinava, em suas *Memórias para a História da Academia de São Paulo*, publicadas em 1924, seu brilhante futuro: "*É cedo ainda para se aquilatar o valor dos acadêmicos destes últimos tempos; mas não receiamos antecipar que darão honra e lustre à Academia, já que a mocidade de hoje compete com a de outrora, no civismo, e no amor ao estudo. Manuel do Carmo, Ribeiro Couto, Corrêa Junior, José Lannes, Oswald de Andrade, Ferreira Alves, Agenor Barbosa, Francisco Pati, Oscar Stevenson, na poesia; Alcyr Porchat, Josino Vianna, Manuel Junqueira Filho, Ataliba Nogueira, na eloqüência; Roldão Lopes de Barros, e Lorenço Filho, em questões pedagógicas; Americo de Moura, Fernando Azevedo, e Leonardo Pinto, em obras de filosofia; Albuquerque Liborio, Gilberto Vidigal, e José Soares de Mello, na crítica, philosophica ou historica; Noé de Azevedo, e Paulo Barbosa de Campos Junior, nos estudos jurídicos, são nomes, que vão abrindo caminho glorioso nas letras, e que atestam o valor da geração presente*"

Quando da aproximação de sua formatura, a turma a se formar no ano de 1920 acalentava brilhante e audaz idéia. Coincidiria a data do término de seu curso com o cinquentenário da formatura de Rui Barbosa. Era uma geração que o cultuava. Nada mais justo, portanto, que fosse ele Rui - o seu paraninfo. Dessa forma, muito empenhou-se o jovem estudante Soares de Mello nessa empreitada. Diversas foram as suas viagens ao Rio de Janeiro com o objetivo de convite ao mestre.

Após seu primeiro contato, em 1918, o temor de encarar tão-cultuada figura, não lhe estremeceu o espírito, afinal, como lembra ele mesmo, já diziam os versos de Varela:

*"Mas tinha o nome inscrito entre os alunos
Da Escola de São Paulo - e é o quanto basta."*

Seguiram-se outros contatos, os quais, apesar da saúde debilitada de Rui, foram bastante aprazíveis. Mesmo quando não recebidos pelo seu orago maior, D. Maria Augusta, sua mulher, servia-lhes de guia em seu solar. Apesar da demora, ou da relutância, acaba ele, por fim, a aceitar o convite da juventude paulista, a qual tinha em Soares de Mello o seu maior incentivador. Sabendo da impossibilidade do seu comparecimento, devida à pálida saúde, à cerimônia na velha Academia, posterga-se a colação de grau. Manda-se rezar missa solene pelo seu restabelecimento.

Chamado pelo seu futuro paraninfo ao Ninho da Águia, em 1921, vai o jovem catecúmeno, como então se considerava, juntamente com um seu colega, Manuel Otaviano Diniz Junqueira Filho, à antiga cidade imperial de Petrópolis. Lá, combalido e contrariando a vontade de sua mulher, que lhe temia pela saúde, passa a ler-lhes a *Oração aos Moços*, seu discurso de paraninfo. Tão-forte foi a emoção do futuro professor que acalentou este, até o fim da vida, o desejo de ver um painel desta cena figurando na Faculdade de Direito de São Paulo. Entrega-lhes o texto, para que seja lido na colação. Fazendo ao estudante muitas recomendações para que não confiasse o discurso a ninguém, só devendo entregar-lhe, na véspera, ao orador da turma, Reinaldo Porchat, Rui o chama de filho espiritual.

A chegada a São Paulo foi muito festejada por seus colegas. Não poderia ser de outra forma. Como melhor homenagear aquele que tantas viagens fizera, que tantas horas passara em telefonemas interestaduais, que tanto fora importuno com Rui? Seguida a portentosa cerimônia, Porchat decide telegrafar ao mestre, participando-lhe da glória daquela noite. Reconhecendo os esforços de Soares de Mello para a conclusão daquele momento, alguns professores, em uníssono, decidem que ele também deveria enviar-lhe agradecimentos e ovações.

Uma vez já bacharel, partiria, o agora advogado, em longa viagem de estudos à Europa. Não sem antes, contudo, visitar aquele que era motivo de sua adoração. Despedem-se. Foi a última vez que se viriam. Em França, a 2 de março de 1923, sabe da notícia de sua morte. Nada mais fizesse, a sua missão já poderia ser

dada por completa. Deviam-lhe as letras jurídicas, a provável mais citada obra de Rui. Mas muito mais ainda lhe reservava a sorte da vida.

Retornando quatro anos mais tarde, é ele nomeado segundo Promotor Público da Capital paulista. Começa a externar todo o seu civismo. Foi contemporâneo, naquele órgão, de vultos como César Salgado, Ibrahim Nobre, Márcio Munhoz, Ataliba Nogueira, Vicente de Azevedo e Basileu Garcia. São palavras do desembargador Almeida Bicudo que lá descrevem sua atuação: "*A preocupação maior de Soares de Mello foi a Justiça. Conhecia como poucos a instituição do Ministério Público. Batia-se por sua independência, lutava por seus direitos e garantias, pela estruturação em carreira. Pugnava, com raro brilho, a especialização dos magistrados e membros do Ministério Público e advogava apaixonadamente o recrutamento dos Juizes Criminais entre os Promotores Públicos*"

Anos mais tarde, é nomeado juiz presidente do Tribunal do Júri da Capital paulista. Não-obstante tenha sido marcante sua longa atuação naquele juízo, sua contribuição maior dessa época talvez seja o fato de não ter apenas convidado, mas de ter imposto, como defensor dativo daquela Corte, aquele que depois seria conhecido como o príncipe dos criminalistas Waldir Troncoso Peres.

Por volta dessa época, recebe a encomenda do doutor Florisvaldo Linhares, secretário de Estado dos Negócios da Justiça de São Paulo, para a elaboração, juntamente com os doutores Abeilard de Almeida Pires e Álvaro Couto Britto, de um Código de Processo Penal para o Estado de São Paulo. Este vem à lume em 1931, contendo 433 artigos; entretanto, devido à conturbada situação política da época, não chegou a converter-se em lei.

Em 1936, defende a tese *Delicto Impossível* perante a Congregação da Faculdade de Direito da agora Universidade de São Paulo, obtendo o título de livre-docente. No ano seguinte, defendendo *Da Receptação*, obtém, finalmente, o coroamento tão-almejado. Torna-se "cadeira" recebendo a láurea de catedrático de Direito Penal das Arcadas, a qual ostentou meritoriamente, quer no Brasil, quer no estrangeiro, durante mais de três decênios.

Contemporaneamente a isso, enfrentava o Brasil de então o julgo da ditadura Vargas, cujas leis impuseram-lhe difícil escolha. Não mais poderiam os magistrados acumular cargo de professor. Em contumaz decisão, afirma o professor Soares de Mello, preferir o cargo de professor, onde ainda poderia ensinar o Direito

justo, do que o de juiz, por onde teria que julgar conforme as leis da ditadura. Inicia-se a sua fase de tribuno.

Juntamente com o doutor Genésio de Almeida Moura, e com Raul Soares de Mello, começa uma banca advocatícia que muito encantou a São Paulo do começo dos anos quarenta. Certa feita, em 1945, dividindo bancada com o advogado Dante Delmanto, atuou em um dos mais polêmicos casos daquela década, o Iolanda-Guastini. Tendo sido motivo de palpitante e alardeada divulgação pela imprensa, o resultado do julgamento no Tribunal Popular resultou em vivas demonstrações de agrado por parte da platéia assistente. Duramente criticada pelo promotor do feito, que qualificou tal ovação de "*verdadeiro escândalo*" ela foi não-defendida, mas plenamente justificada pelos advogados. Traçando verdadeiro retrospecto por toda a história do Tribunal do Júri, Soares de Mello valeu-se das lições e experiências de Ferri para amplamente justificar as manifestações populares em seu legítimo órgão representativo na Justiça. Célebre se tornam as suas justificativas aos aplausos deferidos em plenário.

Demonstrando sua admiração pelo Tribunal do Júri, anos antes, em 1941, escrevera *O Júri e a Limitação dos Debates*, onde criticara profundamente a nova delimitação, tanto de competência, quanto do tempo para a defesa e a acusação nos julgamentos. Demonstrava, então, uma vez mais, sua verdadeira paixão pela Justiça e pelo Tribunal do qual foi seu maior presidente. Ainda hoje seu retrato ostenta e guarda o plenário principal do Primeiro Tribunal do Júri da Capital paulista.

O ano de 1945 finda a Era Vargas. Revistas algumas de suas leis espúrias, volta o professor à sua condição muito querida de juiz presidente do Tribunal do Júri. Em 1951, é galgado à condição de juiz do Tribunal de Alçada de São Paulo, sendo, finalmente, em 1954, nomeado desembargador.

Em 1948, a Editora Forense confia-lhe o encargo da elaboração do volume 8º da sua coleção *Comentários ao Código Penal*. Problemas vários, entretanto, não lhe permitem desempenhar a tarefa. Romão Côrtes de Lacerda e Nelson Hungria assumem-na, não-obstante reconhecessem o brilhantismo que teriam sido as páginas da lavra de Soares de Mello.

Mesmo após aposentar-se da Magistratura paulista, e de ter estabelecido domicílio no Rio de Janeiro, não consegue afastar-se das Arcadas. Ainda uma vez por semana, voltava à São Paulo, aonde, em seu berço-mater, continuava a lecionar.

Após anos dedicados à docência, é chegado 1968, quando completaria setenta anos de idade. Obrigado seria a abandonar a carreira acadêmica que tanto lhe apaixonou. Não sairia, contudo, sem um último embate. Anos antes, Magalhães Júnior, biógrafo, membro da Academia Brasileira de Letras, havia escrito *Rui: o homem e o mito*, onde maculava a figura ilustre de seu mestre maior. Protestos de vários ruístas se seguiram, por todo o País. Soares de Mello, entretanto, fiel à sua devoção da juventude, motiva toda a Congregação a realizar um desagravo ao seu padrinho. Publicado este na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* n. LXII, de 1967, continha ela seu artigo, posteriormente transformado em livro, *Rui e a Questão Dreyfus*. A sua paixão primeira lhe valeu o último de seus sonhos: a indicação ao cargo de imortal. Nada importava. A justiça a seu parainfinto valia.

Aproximava-se o ano de 1970, cinquentenário de sua formatura. Ironia poética. A exemplo de seu tão-querido Rui, também o professor Soares de Mello encontrava-se com a saúde debilitada. Sendo obrigatoriamente o orador da comemoração, muito doeu-lhe sua situação. Afirmou ser a primeira vez que, naquelas Arcadas, falava sentado, mas os anos não lhe permitiam mais o vigor de outrora. Assusta a todos quando, no início de sua fala, sofre súbita isquemia cerebral. Desmaia, e é levado às pressas ao hospital, onde tem pronta recuperação, logo voltando às suas atividades normais.

Aos 22 de outubro de 1971 morria, na Cidade do Rio de Janeiro, José Soares de Mello. Mais do que quaisquer outras palavras que poderiam sobre ele ser ditas, mais do que quaisquer outros traços bibliográficos, talvez seja mais ampla e reveladora a definição que ele próprio tinha de si: "*Promotor que fui, Juiz ao depois, Professor por derradeiro*"

São Paulo, julho de 1998.

CARLOS ALBERTO BITTAR: O AUTOR E SUA OBRA

Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida
Professora Doutora do Departamento de Direito Civil da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Conheci Carlos Alberto Bittar, em 1976, na Comissão de Redação da *Enciclopédia Saraiva do Direito*, coordenada pelo professor Rubens Limongi França. O autor era, naquela época, mestre em Direito Civil, advogado e iniciava carreira de professor, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A partir de então pude acompanhar sua trajetória brilhante, firme em seus objetivos, caracterizada por notável e dedicada capacidade de trabalho.

A produção intelectual é das mais vastas entre os autores brasileiros e bastante diversificada nos assuntos que enfrenta, com maestria, como por exemplo: Direito de Autor, Direitos da Personalidade, Responsabilidade Civil - em seus vários aspectos, inclusive nas atividades nucleares Direitos do Consumidor, Reparação por Danos Morais, Software, Comunicações. As obras diversas consistem tanto em obras genéricas, de cunho didático, sobre Direito Civil, quanto em artigos que tratam de assuntos específicos e atuais, insertos em obras em colaboração muitas vezes coordenadas pelo próprio professor Bittar - em revistas especializadas brasileiras, estrangeiras e em jornais. Consistem também em monografias, que já se tornaram obras clássicas do Direito Civil brasileiro. Entre as obras genéricas, enfatizamos: Curso de Direito Autoral (1988), Responsabilidade Civil, Teoria e Prática (1989), Direito das Obrigações (1990), Direitos dos Contratos e dos Atos Unilaterais (1990), Contratos Cíveis (1990), Contratos Comerciais (1990), Direitos do Consumidor (1990), Direito de Família (1991), Direitos Reais (1991), Contratos Cíveis (1991), Teoria Geral do Direito Civil (1991), Direito das Sucessões (1992), Direito de Autor (1994) e Curso de Direito Civil, em dois volumes, obra esta elogiada pelo professor Rubens Limongi França, de quem eu e o professor Bittar fomos discípulos, que a comparou ao "*Droit Civil*", de Jean Carbonnier.

As várias monografias são caracterizadas pela profundidade científica, atualidade e pioneirismo nos temas escolhidos, todos de grande relevância. Como as obras genéricas, têm grande utilidade e importância tanto para professores e estudantes, quanto para os profissionais do Direito. Entre elas destacamos: Direito de

Autor na Obra Feita Sob Encomenda dissertação de Mestrado, 1977 ; Direito de Autor na Obra Publicitária - tese de Doutorado, 1981 -, Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares - tese de Livre-Docência, 1985 Direito de Autor nos Meios Modernos de Comunicação (1989), Direitos de Personalidade (1989), O Direito Civil na Constituição de 1988 (1991), Contornos Atuais do Direito de Autor (1992), Reparação Civil por Danos Morais (1993) - tese com a qual foi aprovado, com louvor, em concurso para professor titular de Direito Autoral na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Na carreira universitária, iniciada em 1977, obteve todos os títulos acadêmicos: mestre, doutor, livre-docente e, em 1993, professor titular. Sou testemunha do grande respeito de que, merecidamente, gozou junto a seus colegas e alunos do Curso de Graduação e de Pós-Graduação. A exigência e rigor para com ele mesmo e para com os alunos, a dedicação e generosidade, qualificam Carlos Alberto Bittar como professor e orientador de mestrandos e doutorandos. Estes têm no mestre a orientação rigorosa, segura, profunda e entusiasta. A generosidade e espírito acadêmico se expressaram, ainda, através do incentivo e auxílio a seus alunos de Pós-Graduação, na publicação de trabalhos, contribuindo, assim, para que nova geração de autores se forme.

O doutor Bittar foi também conferencista renomado, tendo participado de conclave no Brasil e no Exterior. Integrou várias entidades culturais, como a Associação Henri Capitant dos Amigos da Cultura Jurídica Francesa, o Instituto Interamericano de Direito de Autor e o R. Instituto de Advogados de São Paulo, na qualidade de conselheiro. Foi membro do Conselho Nacional de Direito Autoral (1980 a 1984), no qual proferiu inúmeros e notáveis votos que compõem a jurisprudência administrativa daquele órgão.

Tendo conquistado seus objetivos como autor consagrado, jurista e professor universitário, a carreira profissional do ilustre professor Bittar foi coroada de êxito, ao ser nomeado juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, pelo quinto constitucional. Em dois anos de judicatura, já se pôde reconhecê-lo como juiz plenamente vocacionado a sua nobre função, através de votos oportunos, pertinentes e cultos, que em muito contribuem para a boa e eficaz administração da Justiça.

A carreira jurídica de Carlos Alberto Bittar, em seus diversos aspectos, como jurista, professor, advogado e juiz, demonstra que com ela muito se

enriquecem os profissionais do Direito, os alunos, a Ciência Jurídica, os administrados e o R. Poder Judiciário paulista.

A prematura morte do professor Bittar foi em 5 de maio de 1997, tendo deixado a esposa Rosa Bittar e os filhos Carlos Alberto Bittar Filho, Eduardo Carlos Bianca Bittar e Carla Bittar.

São Paulo, junho de 1998.

DISCURSO DE PATRONO PARA A COLAÇÃO DE GRAU DA 171ª TURMA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, IN MEMORIAM DO PROFESSOR TITULAR CARLOS ALBERTO BITTAR

Senhoras e Senhores;

Bacharelandos de 1998;

Eminentes professores e autoridades aqui presentes;

Senhora Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

É com grande prazer e emoção que devoto a esta turma de bacharelandos as palavras que ora escoam de minha boca. E o faço na tentativa de descobrir o porquê da indicação, para patrono da 171ª Turma do Largo de São Francisco, ter recaído no nome do Professor Titular de Direito Civil Carlos Alberto Bittar.

Sem dúvida nenhuma, porque seu falecimento precoce, ocorrido durante o curso de graduação desta 171ª Turma da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, privou-nos de celebrar em sua presença o culto diário do Direito. Sem dúvida nenhuma, porque este evento cassou-nos o direito de convívio com sua pessoa, com seus dotes, com suas qualidades e defeitos. Sem dúvida nenhuma, porque pudemos perceber a falta que nos faz a forte e marcante presença da personalidade do saudoso e dedicado Professor.

Não diferentemente de outros destacados mestres da área jurídica, rememoramo-lo em função de tudo o que fez em pouco mais de meio século de vida. Meio século é insuficiente para muitas coisas, mas não o foi para Carlos Alberto Bittar proclamar sua fidelidade ao Direito, seu amor pelo ensino, sua dedicação ao ideal de Justiça. E esta mesma força, que o esteve a guiar nas atividades profissionais, foi bastante para se entregar, como parcimonioso pai e como inspirado marido, à sua família.

É deste patrono que estamos a falar: um homem que atrás de si deixou um rastro que é impossível de ser desconsiderado.

Ao final de sua vida foram: 1) 48 livros escritos (15 dos quais em colaboração com outros autores e 33 outros de sua autoria); 2) 209 artigos nas mais diversas fontes de pesquisa jurídica do país, com ênfase para a efetividade dos direitos humanos nos campos dos direitos da personalidade humana, da criação

artística e do consumidor; 3) 1.506 verbetes nominados e inominados na Enciclopédia Saraiva do Direito... além de 21 turmas da Faculdade de Direito formadas sob seus olhos e com seus ensinamentos, e em especial esta 171ª.

Mas, é mais pela sua presença humana, e não de jurista, que seu nome é lembrado. Creio que pela condição de amoroso mestre e de gentil servidor da causa de muitos é que ora se inscreve, indelevelmente, seu nome em conjunção com o nome desta Turma das Arcadas.

Agradecimentos especiais em nome da família do Professor Carlos Alberto Bittar, a qual como seu filho represento neste momento, são destinados aos formandos pela recordação de seu nome e pela homenagem a ele prestada.

Tenham a certeza de que se estivesse ora presenciando esta cerimônia, além de feliz, estaria exortando-vos a seguir a árdua caminhada de servir a Justiça, a Lei, a Liberdade, e os Direitos Humanos, e isto através do Fórum, do Tribunal, com o apoio da Família e com o exercício da Concórdia.

Muito Obrigado.

São Paulo, 08 de dezembro de 1998.

Eduardo Carlos Bianca Bittar

A PRIMEIRA PRESIDENTE DO C.A. XI DE AGOSTO

Antonio Augusto Machado de Campos Neto
Chefe do Serviço Técnico de Imprensa

A paixão pela Justiça, a vontade de querer mudar o mundo, através da premissa maior de que *"somente com a consciência de ter de deixar a sua passagem como uma acadêmica totalmente integrada à Faculdade de Direito, além da solidariedade a todos e a tolerância para os seus defeitos, ou, ainda, o círculo de afeto e carinho dos colegas, batalhando para que isso nunca se quebre"*, são algumas das virtudes que levaram Andréa Mustafa, quartanista do curso diurno, a ser a primeira mulher a ocupar a presidência do tradicional Centro Acadêmico XI de Agosto.

Poetas, romancistas, ensaistas, filósofos, juristas e jornalistas que passaram pelas Arcadas comungam até hoje o mesmo ideal de Justiça e Direito como o de Andréa Mustafa, nascida em Saint-Denis, França, hoje com 21 anos de idade.

De personalidade marcante, todavia meiga e alegre, é filha de Reinaldo Mustafa, ex-secretário da Receita Federal, gestão-1988, e de Márcia Mustafa, professora de Letras. Com eles aprendeu a gostar das literaturas nacional e internacional e de viajar, uma vez que seus pais sempre a levaram, anualmente, aos EUA. E neste país a nova presidente teve sua atenção voltada para o regime jurídico norte-americano, o anglo-saxônico, fazendo-a, a partir deste momento, dedicar-se aos estudos do Direito Comparado.

Andréa Mustafa fez o primeiro e segundo graus em Brasília, na Escola Paroquial Santo Antonio e Colégio Objetivo, respectivamente. O terceiro grau já em São Paulo, quando no ano seguinte, 1991, ingressa nas Arcadas. De imediato, é eleita, no segundo ano, para o conselho editorial da revista *O Onze de Agosto* e, no terceiro ano, torna-se secretária de organização do Centro Acadêmico; no ano seguinte, novamente eleita para o conselho editorial daquela revista, acumulando, ainda, a presidência da Associação Cultural e Esportiva XI de Agosto, ACORDE.

Para a jovem de olhos expressivos *"é muito orgulho e responsabilidade juntos, mas o que mais gosto nesta vida, embora somente com os meus 21 anos, é o do desafio"*

Indagada sobre o que os colegas achavam de ter a primeira mulher na presidência, responde taxativa e segura: *Acho que essa pergunta deveria ser dirigida a eles. Jamais verifiquei um tom irônico. Para os alunos e conseqüentemente meus colegas, o que é importante mesmo é o cargo em si"*

Das mulheres que mais admira cita Simone du Beauvoir e Hannah Arendt, e considera o próximo milênio repleto de modificações e recomposições sócio-políticas, aonde a mulher ocupará grande liderança na conduta da humanidade.

São Paulo, dezembro de 1998.

Implantado em 1923, supreendeu as novas ideias que refletiram a imediata substituição de todo o sistema político, econômico e social da linha de política nacional; e o *Revista de Faculdade de Direito de São Paulo* chegou marcado pela utopia de seus fundadores, no tempo do fechamento de 1923, marcando os seus princípios fundamentais que ainda permanecem vivos e atuais.



América

Andrea Mustafa, presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto

publicada

ainda mesmo até 1913. Porém, no período de 1914 a 1923, que
foi impreso devido ao período da Primeira Guerra Mundial,
ocorreu internacionalmente. Todavia, a contar da data d

Editorial

Implantada em 1893, impregnada nas novas idéias que refletiam a imediata substituição de toda a estrutura jurídica, econômica e social da linha de política nacional, a *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo* chega marcada pela altivez de seus fundadores, os lentes da Congregação de 1893, mesclada ao eterno espírito acadêmico que sempre esteve à procura da inovação.

A Revista surgia no seio de uma sociedade em desenvolvimento que, na época, sofria as conseqüências de guerras internacionais e revoluções internas. Hoje ela completa, neste ano de 1998, 105 anos de sua existência.

O primeiro volume foi lançado a 15 de novembro de 1893 com o título de *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo* e a Comissão de Redação (hoje Comissão de Publicação) era composta por Brasília Augusto Machado de Oliveira, como seu presidente, e os demais integrantes João Mendes de Almeida Junior, Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho, Manoel Pedro Villaboim e Alfredo Moreira de Barros Oliveira Lima, a qual tinha como premissa maior definir os objetivos e a programação das publicações, em consonância com o art. 175 do Decreto n. 1.159, de 3 de dezembro de 1892, que ditava:

"Cada numero da revista será publicado annualmente, e tem, na lei organica das escôlas de ensino superior, préviamente traçado o seu programma:

Publicar as memorias originaes acerca de assumptos concernentes ás materias ensinadas no estabelecimento;

Dar um summario das decisões da Congregação que, a juizo do director, possam ser publicadas."

O art. 175 do Decreto n. 1.159 determinava, ainda, que a Comissão promoveria a troca da *Revista* com os periódicos da mesma natureza na Europa e na América.

Sendo assim, a Revista, na execução de seu programa, foi publicada anualmente até 1913. Porém, no período de 1914 a 1925, apenas um único volume foi impresso devido ao período da Primeira Guerra Mundial, quando o papel se fez escasso internacionalmente. Todavia, a contar da data de 1925, foi lançada

ininterruptamente em um ou mais fascículos. E o seu título original *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo* foi mantido até o ano de 1933.

Em 1934, quando da criação da Universidade de São Paulo, a antiga Academia passou a integrá-la, alterando, naquela época, o título de sua publicação para *Revista da Faculdade de Direito*.

Em 1954, reorganizada pela Comissão de Redação, composta pelos professores doutores Basileu Garcia, José Carlos de Ataliba Nogueira e Miguel Reale, atinge o seu aprimoramento de publicação, desenvolvimento de correspondência nacional e internacional, recebendo, em permuta com outras revistas de Direito, mais de 40 mil exemplares, colaborando, desta forma, com o riquíssimo acervo de cultura jurídica.

No ano de 1968, foi elaborado o primeiro Boletim Bibliográfico, sendo nele compilados "6,5 mil artigos, classificados por matéria, através de revistas providas das Américas, Europa, Ásia, África e Austrália, em apenas um trimestre; e ela mesma passa a integrar bibliografias especializadas de institutos e revistas estrangeiras em constante intercâmbio de informações jurídicas. Nessa ampliada e extensiva comunicação internacional, a Revista tornou-se cartão de visitas representativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nos principais centros de cultura jurídica, transmitindo sua contribuição ao monumento indestrutível e imensurável do Direito" como afirma a primeira jornalista da Revista, Maria Angélica Rebello.

A Revista veio caminhando firmemente e passou por modernizações durante as gestões dos diretores Dalmo de Abreu Dallari (1986-1990) e Antonio Junqueira de Azevedo (1990-1994). O primeiro fez com que todos os trabalhos redatoriais fossem apreciados, tanto pela Comissão de Publicação quanto pelo Conselho Editorial, modificando sua capa sem que se perdesse o perfil característico da Revista. Nesse período foi credenciada internacionalmente, tornando-se a Revista mais antiga em publicação de assuntos jurídicos da América Latina. Já o segundo, em 1990, criou o Serviço Técnico de Imprensa e Propaganda no organograma da Faculdade de Direito, aprovado pela Reitoria da Universidade de São Paulo, que, por sua vez, incorporou a Revista numa seção específica intitulada Seção de Edição da Revista e Outros Periódicos.

Nesse contexto o professor Antonio Junqueira manteve a linha de seus sucessores-diretores, como a de as publicações estarem sempre sendo analisadas pela

Comissão e alterando-se o sumário em consonância com os temas desenvolvidos pelos autores.

Atualmente, em 1998, a Comissão da Revista foi recomposta pela atual diretora, professora Ivette Senise Ferreira, de acordo com a Portaria FD-N. 30/98, de 07 de outubro de 1998. Estando nela presentes os professores Antonio Junqueira de Azevedo, Fábio Maria De-Mattia, Newton De Lucca, Enrique Ricardo Lewandowski e o servidor não-docente Antonio Augusto Machado de Campos Neto.

Em homenagem à primeira jornalista Maria Angélica Rebello, que utilizou trecho que transcrevemos, também em homenagem aos primeiros diretores da Revista, cujo intuito maior é o de reafirmá-los nos votos da Comissão de Redação de 1895 de que:

"Oxalá seja-lhe dado acompanhar a luminosa esteira das antigas e gloriosas tradições desta Faculdade — honroso e sagrado depósito.

Mas uma cousa ao menos a presente publicação demonstra, si outros meritos não tiver: é que não cessou, por falta de combatentes, a velha e porfiada lucta em prol do Direito, que consiste em affirmar-o no mundo scientifico, para o effeito de formal-o no mundo social."

Neste início de novo século, junto a todos os ex-diretores e da atual Diretora almejamos sempre mais que a *Revista da Faculdade de Direito* continue sendo publicada com toda a sua glória e tradição, assim como é esta Academia de Direito.

Antonio Augusto Machado de Campos Neto

São Paulo, outubro de 1998

AGRADECIMENTOS

O Serviço Técnico de Imprensa, em nome da Comissão de Publicação e do Conselho Editorial, agradece a colaboração dos alunos: Andrey Borges de Mendonça (revisão de textos), Jurema Monteiro da Silva Cruz Pereira e André De-Martini (inglês).

Errata

No fascículo anterior, onde se lê em *História do Direito* o título "*Estudo sobre as Leis Caduciárias*", de autoria da professora doutora Aracy Augusta Leme Klabin, lê-se, corretamente, "*Estudo sobre as Leis Caducárias*".

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).