

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

PROFESSOR DR. ANTÔNIO CHAVES

VICE-DIRETOR

PROFESSORA DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES

CONSELHO INTERDEPARTAMENTAL

Presidente:

DR. ANTÔNIO CHAVES

Professores Membros:

DR. MIGUEL REALE
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR
DR. SILVIO RODRIGUES
DR. OSCAR BARRETO FILHO
DR. JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR
DR. CELSO NEVES
DR. IRINEU STRENGER
DR. ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES

PROFESSORES HONORARIOS

RUI 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

FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)
JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUZA (1869-1957)
REINALDO PORCHAT (1868-1957)
JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1942)
CÂNDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)
JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES (1864-1945)
ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA (1883-1964)
JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELLO NETO (1883-1965)
WALDEMAR MARTINS FERREIRA (1885-1964)
ALEXANDRE CORREIA
LINO DE MORAES LEME (1888-1969)
ALVINO FERREIRA LIMA (1888-1975)
VICENTE RAO (1892-1978)
JORGE AMERICANO (1891-1969)
ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR (1892-1971)
HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO (1894-1969)
NICOLAU NAZO (1895-1974)
ERNESTO LEME
MÁRIO MASAGÃO
CÂNDIDO MOTTA FILHO (1897-1977)
NOÉ AZEVEDO (1896-1972)
JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA
LUIS EULALIO DE BUENO VIDIGAL
MOACYR AMARAL SANTOS
BASILEU GARCIA
ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR
SYLVIO MUTSU-HITO MARCONDES MACHADO (1906-1980)
JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA
PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA
WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO

PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

DR. MIGUEL REALE, de Filosofia do Direito
DR. GOFFREDO TELLES JÚNIOR, de Introdução ao Estudo do Direito
DR. ALFREDO BUZAID, de Direito Processual Civil
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR
DR. SILVIO RODRIGUES, de Direito Civil
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREA, de Direito Romano
DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA, de Direito Tributário
DR. ANTÔNIO CHAVES, de Direito Civil
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL, de Direito Internacional Público
DR. ANACLETO DE OLIVEIRA FÁRIA, de Instituições de Direito
DR. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, de Direito Civil
DR. MANOEL PEDRO PIMENTEL, de Direito Penal
DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, de Direito Constitucional
DR. OSCAR BARRETO FILHO, de Direito Comercial
DR. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, de Direito Administrativo
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, de Direito Penal
DR. CELSO NEVES, de Direito Processual Civil
DR. IRINEU STRENGER, de Direito Internacional Privado
DR. ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, de Direito Financeiro
DR. DALMO DE ABREU DALLARI, de Teoria do Estado
DR. JOSÉ AFONSO DA SILVA, de Legislação Tributária
DR. FÁBIO KONDER COMPARATO, de Direito Comercial
DR. JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, de Direito Processual Civil
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES, de Direito do Trabalho
DR. JOÃO BERNARDINO GONZAGA, de Direito Penal
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL, de Direito Econômico
DR. MAURO BRANDÃO LOPES
DR. AMAURI MASCARO NASCIMENTO
DR. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR
DRA. ADA PELLEGRINI GRINOVER

PROFESSORES ADJUNTOS

Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito

DR. RENATO CIRELL CZERNA
DR. CELSO LAFER

Departamento de Medicina Forense

DR. ODON RAMOS MARANHÃO

Departamento de Direito Civil

DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA
DR. PAULO CARNEIRO MAIA
DR. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO

Departamento de Direito Econômico e Financeiro

DR. JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA
DR. WALTER BARBOSA CORREA
DR. EROS ROBERTO GRAU

Departamento de Direito Comercial

DR. LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES
DR. MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA
DR. WALDIRIO BULGARELLI

Departamento de Direito Processual

DR. TOMAS FRANCISCO MADUREIRA PARA FILHO
DR. MOACYR LOBO DA COSTA
DR. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO
DR. ROGERIO LAURIA TUCCI

Departamento de Direito do Estado

DR. CARLOS SCHMIDT DE BARROS JÚNIOR
DR. JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO

Departamento de Direito Internacional

DR. JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA

Departamento de Direito do Trabalho

DR. OCTAVIO BUENO MAGANO
DR. WAGNER D. GIGLIO

Departamento de Direito Penal

DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ

LIVRES DOCENTES

DR. WILLARD DE CASTRO VILLAR, de Direito Processual Civil
DRA. HENNY GOULART, de Direito Penal
DR. ANTÔNIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, de Direito Processual Civil
DR. YUSSEF SAID CAHALI, de Direito Civil
DR. WALTER MORAES, de Direito Civil
DR. RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, de Direito Penal
DR. MIGUEL REALE JÚNIOR, de Direito Penal
DR. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, de Direito Civil
DR. NELSON ABRÃO, de Direito Comercial
DR. ALVARO VILLAÇA DE AZEVEDO, de Direito Civil
DR. FABIO MARIA DE MATTIA, de Direito Civil
DR. JOÃO GRANDINO RODAS, de Direito Internacional Privado
DR. ALCIDES JORGE COSTA, de Direito Tributário
DR. FABIO NUSDEO, de Direito Econômico
DR. CASSIO MESQUITA BARROS JUNIOR, de Direito do Trabalho
DR. ALOYSIO FERRAZ PEREIRA, de Filosofia do Direito
DR. VICENTE GRECO FILHO, de Direito Processual Civil
DR. PEDRO PAES FILHO
DR. GUIDO FERNANDES SILVA SOARES

Secretário

B.^{EL} DRINADIR COELHO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXXV

1980

(Janeiro — Dezembro)

Comissão de Redação:

Professor Dr. Miguel Reale

Professor Dr. Antônio Chaves

Professor Dr. José Cretella Júnior

Redator Secretário:

B.^{el} em Direito e Jornalismo: Maria Angélica Rebello

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

A “REVISTA” EM NOVA FASE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em seu septuagésimo quinto volume.

Fundada em 1893, é publicada em um ou mais fascículos anuais e distribuída em permuta com REVISTAS DE DIREITO, internacionais, do mesmo nível científico e editorial, em português, francês, inglês, alemão, castelhano e italiano.

Pode, também, ser adquirida nas Livrarias indicadas abaixo a Cr\$ 200,00 os fascículos anteriores a 1975 e Cr\$ 500,00 os posteriores, mais porte de correio. Para o exterior, a US\$ 5,00 os anteriores a 1975 e US\$ 15,00 os posteriores, mais porte de correio.

Endereço correto para permuta:

“*Revista da Faculdade de Direito*”

01005 — Largo de São Francisco, n.º 95, térreo — Tel.: 239-3083

01000 — São Paulo — *Brasil*

Endereço para aquisição no Brasil:

Livraria e Papelaria Saraiva, S.A.

01003 — Rua José Bonifácio, n.º 203 — Tels.: 32-0046, 32-0619,
32-5104 e 33-6921

01000 — São Paulo — *Brasil*

Endereço para aquisição internacional:

Livraria Internacional — Publicações Científicas e Técnicas

01008 — Rua Líbero Badaró, n.º 92 — 7.º and. — Tel.: 32-1225
Caixa Postal 1405

01000 — São Paulo — *Brasil*

IN MEMORIAM.

Luis Antônio da Gama e Silva *

Washington de Barros Monteiro

Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.

Quando, em 1959, ingressei nesta Faculdade como Professor era seu Diretor o Professor Luis Antônio da Gama e Silva, nomeado para o cargo no ano anterior. Conhecia-o e dele era amigo desde o tempo de estudante, pois havia sido seu veterano. Desde então, entre nós, formara-se sólida amizade, que perdeu-se o menor estremeamento, sem nenhuma solução de continuidade, ao longo de todos esses anos e que, em verdade, ainda mais se estreitou com o nosso diuturno convívio. Por isso mesmo, sem hesitações e até desvanecido com a escolha, aceitei o convite do Exmo. Sr. Diretor, Professor Antônio Chaves, para ser o orador nesta homenagem póstuma e de grande saudade. Como escreveu Graham Greene, a amizade é alguma coisa que mora na alma, é uma coisa que a gente sente, não é retribuição de coisa alguma.

Sempre tive por Gama e Silva uma grande admiração, que surgiu e cresceu precisamente quando ele exercia a Diretoria desta Faculdade. O país atravessava então dias muito difíceis. Por toda a parte, lavravam a agitação e o descontentamento e a Faculdade de Direito, como imensa caixa de ressonância, fazia ecoar entre os seus alunos, o estado d'alma nacional. A crise estava prestes a explodir. Nesses dias conturbados, em que os incidentes se repetiam a cada instante, Gama e Silva conduzia-se com singular firmeza. Aliás, quando, há pouco tempo, o Professor Antônio Chaves assumia a direção desta Casa, tive ensejo de dizer-lhe que o mais difícil, em nossa Faculdade, não era submeter-se a concurso, dar aulas ou participar

* Oração proferida em nome da Congregação de Professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na sessão realizada no salão nobre aos 2 de março de 1979 em homenagem póstuma ao Professor Dr. LUIS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA, no 30.º dia de seu falecimento.

de certas reuniões de sua Congregação, porém ser Diretor dela. É uma grande honra, certamente, mas também sofrida e incômoda experiência.

Dotado de invulgares dotes intelectuais, Gama e Silva era um primoroso orador, um excelente advogado, um notável Professor. Foi, portanto, com dolorosa surpresa que, após seu passamento, em revista que se edita nesta Capital (*Veja*, n.º 544, p. 24), li que Gama e Silva teria sido um jurista apenas mediano, um Professor sem grandes méritos didáticos, mas, que sabia qual o caminho para o poder. Não era isso, entretanto, o que pensavam seus antigos colegas de foro, ou de magistério, nem seus alunos. A verdade histórica, a esse propósito, precisa ser restabelecida. Como jurista, advogado e consultor, Gama e Silva primou pelo seu descortínio, pela segurança de sua orientação profissional; como Professor, sobretudo como Professor de matéria extremamente árdua e difícil, como o Direito Internacional Privado, demonstrou o brilho de sua privilegiada inteligência.

Conceitos daquela ordem, como os estampados naquela publicação, de pura e sistemática negação, estão simplesmente divorciados da realidade e só podem ser atribuídos a ressentimento ou paixão, que obliteram o senso crítico e, pela sua própria natureza, serão sempre destruidores. Odiar não resolve nada e aquele que odeia é prisioneiro do odiado. Infelizmente, são inevitáveis. Lembremo-nos de Colbert, o grande estadista francês, que teve de ser sepultado à noite, para fugir à sanha da canalha de Paris. Só o tempo poderá apagar as chamas levantadas, ajudando a melhor compreender essa figura de excepcionais dotes, que foi Gama e Silva: *non ridere, non lugere, neque detestari, sed intelligere* (não rir, não chorar, nem detestar, mas compreender).

Luís Antônio da Gama e Silva nasceu em Moji-Mirim, aos 19 de maio de 1913. Tinha, pois, apenas 65 anos, quando faleceu há poucas semanas. Foi ele surpreendido pela morte — implacável e onipotente — em plena maturidade intelectual. A morte é sempre assim: gosta de surpreender as pessoas, embora tenham elas cem razões para viver.

Filho de antigo magistrado de nosso Estado, o dr. Acrísio da Gama e Silva, assumiu, muito moço, com o prematuro óbito do pai, os encargos de toda a família. Sob tal prisma, ele foi exemplar. Por mais de uma vez, sua velha mãe, dona Ana da Gama e Silva, referindo-se a ele, costumava dizer: “Meu filho é um santo” Esse o depoimento que ouvi de colega de turma,

antigo Juiz de Direito em sua cidade natal o dr. Wando Henrique Cardim. Posso então repetir esta frase, impregnada de profunda piedade filial: "Feliz daquele que pode retribuir, em carinhos e satisfações, tudo quanto deve à sua mãe podendo, um dia, na velhice, amparar-lhe os passos, como ela o amparou nos seus primeiros dias" Não pode ser mau quem foi um bom filho.

Formado nesta Faculdade na brilhante Turma de 1934, voltou-se desde logo para o magistério. Lecionou português, história e lógica em vários estabelecimentos de ensino, de 1936 a 1943. Neste ano, com pouco mais de trinta anos, submeteu-se a concurso de livre-docente com tese intitulada: "A Ordem Pública no Direito Internacional Privado", sendo aprovado. Dez anos depois, mediante novo concurso, iniciado a 27 de abril de 1953, na vaga aberta com a aposentadoria do Professor Sampaio Dória, conquistou a cátedra, com a dissertação: "As qualificações no Direito Internacional Privado"

Foi um concurso memorável não só pelo número e valor dos concorrentes (os drs. Antônio Chaves, Luís Araujo Correa de Brito e Nicolau Nazo, além do próprio Gama e Silva), como também pelos altos méritos da Comissão Examinadora, constituída pelos Professores Vicente Ráo, Lino Leme, Amilcar de Castro e Albérico Fraga, como pelo desembargador Antão de Moraes. A média geral obtida pelo vencedor foi das mais altas já alcançadas nesta Faculdade: 9,75.

Múltiplas as funções que exerceu —: diretor e redator-chefe do *Correio Paulistano*, Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas (1938/1945), Reitor da Universidade de São Paulo, tendo, entretanto, tomado parte em diversos congressos e conferências, no Brasil e no exterior (Coimbra, Madri, Bogotá, Buenos Aires, Quito, México, etc.).

Mas a política exerceu sempre, sobre ele, singular fascinação. Com todo idealismo, corajosamente conspirou no episódio de Aragarças, assim como nos preparativos da Revolução de 31 de março de 1964. A 9 de agosto de 1962, foi ele o primeiro signatário do manifesto dos Professores sobre a situação nacional (publicado na *Revista da Faculdade de Direito*, v. LVII, p. 272).

Vitoriosa a Revolução, no seu segundo Governo, o do Presidente Costa e Silva, foi nomeado Ministro da Justiça. Aliás, foi ele um dos cinco Ministros da Justiça, nestes últimos cinquenta anos, saídos desta Congregação: os Professores Vicente Ráo, Sampaio Dória, Honório Monteiro, Gama e Silva e Alfredo Buzaid.

Com essa designação, Gama e Silva chegou ao ápice de sua carreira, vindo a converter-se numa das figuras mais controvertidas da história revolucionária, sobretudo após a edição do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, seguido do Ato Complementar n.º 38, da mesma data, e que determinou o recesso do Congresso Nacional, expedidos em razão de fatos comprometedores da segurança nacional e contrários aos objetivos da Revolução, como explicitado na respectiva Exposição de Motivos.

Como é notório, o Ato Institucional n.º 5 foi redigido por Gama e Silva. Ao ensejo de sua edição, como se pronunciou um dos mais notáveis Professores desta Faculdade, o Ato Institucional representou um grande desafio para a alma nacional.

De fato, toda Revolução tem a faculdade de assenhorear-se do poder político e de introduzir nova ordem jurídica. Tem mesmo a faculdade de acelerar-lhe o processo, se assim se tornar necessário na seqüência dos acontecimentos políticos. Como se expressou Lamartine se os retóricos se contentam com palavras, as revoluções exigem atos. Alguns naturalmente dolorosos, como o Ato Institucional n.º 5, mas, a verdade é que cada acontecimento deve ser recebido com uma filosofia especial.

Preciso será considerar duas inspirações circunstanciais. O país achava-se então, praticamente, à beira da guerra civil. Atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais variados setores, culturais e políticos, achavam-se em franco desenvolvimento. Generalizava-se o espírito contestatório.

Entre os dois males — a guerra civil ou a desordem institucionalizada e a intervenção governamental, embora drástica, representada pelo Ato Institucional — o Governo da República escolheu o que lhe parecia o menor. Diz a sabedoria popular que os cardos devem ser cortados antes de florirem.

Nesse ponto se manifesta toda a relevância da função de estadista. Afirmou Aliomar Baleeiro, certa feita, que política é apenas a arte do possível, não do desejável ou do ótimo, tendo acrescentado ainda, em outra oportunidade, que, em política, raramente será facultado escolher entre o bom e o ruim, mas não se pode fugir ao dever de optar decididamente pelo menor inconveniente entre duas soluções passíveis de censura. Por isso mesmo, com justeza, definiu-a o Professor Miguel Reale como a ciência e a arte do possível. Em hipótese alguma se pode condescender com a *politique du pire*, quanto pior melhor.

Sob esse ângulo, posso perfeitamente compreender o Ato Institucional n.º 5. Se um mal nele se pode vislumbrar foi a sua longa duração. Tratando-se de ato de vigência essencialmente transitória, perdurou por dez anos, o que o tornou impopular. Chegou-se até a dizer que se a história registrara uma guerra de cem anos, o Brasil estava a caminho igualmente de uma revolução de cem anos. Mas, por esse indesejável prolongamento não pode ser responsabilizado Gama e Silva. Com o retorno à normalidade constitucional, cumpre-se aquele círculo vicioso mencionado por Balzac: a liberdade gera a anarquia, a anarquia conduz ao despotismo e o despotismo torna a voltar à liberdade.

Mas, a essência é apenas esta: em instante dramático da vida nacional, Gama e Silva ofereceu uma solução, talvez muito cara, pois o seu preço foi a supressão de muitas franquias constitucionais. Por isso, ele sofreu, sentindo a incompreensão de seus concidadãos. Os grandes homens, aos quais entregue o Governo da nação — falou Richelieu — são como aqueles que a Justiça condena ao suplício, mas, com esta diferença: enquanto estes recebem o castigo de suas próprias culpas, aqueles recebem-no pelos seus atos meritórios.

Urge reconhecer que profícua foi a gestão de Gama e Silva à testa do Ministério da Justiça. Várias e importantes leis lhe são devidas, como a que dispõe sobre alimentos (n.º 5.478, de 25 de julho de 1968), sobre duplicatas (Lei n.º 5.474, de 18 de julho do mesmo ano), sobre retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do cadáver (Lei n.º 5.479, de 10 de agosto de 1968), sobre títulos de crédito industriais (Decreto-lei n.º 413, de 9 de janeiro de 1969), sobre medidas acauteladoras respeitante aos confiscos de bens (Decreto-lei n.º 502, de 17 de março de 1969), sobre desapropriação por interesse social (Decreto-lei n.º 554), etc.

Deixando o Ministério, desempenhou as funções de Embaixador Plenipotenciário e Extraordinário do Brasil em Portugal (1970/1974), tendo também integrado a Corte Internacional de Arbitragem, em Haia, com mandato até 1976.

De regresso a São Paulo, retornou ao magistério e à sua banca de advogado, com aquela mesma simplicidade de outrora e que era uma das características de sua personalidade.

Agora, sua voz se acha emudecida para sempre, sem que, incompreendido, tivesse podido concluir o livro que preparava e em que faria sua defesa.

Combativo, decidido, enérgico e de grande coragem pessoal, acredito que esta Faculdade — da qual era filho espiritual — não poderia renegá-lo. Acredito, portanto, sinceramente, na justiça desta homenagem, em que, como amigo e admirador, trago, em nome da Congregação, as expressões de seu pesar e, pessoalmente, minha lágrima sentida, que, no dizer de Coelho Neto, é mensageira de saudade, relicário de prece e cristalização da máguia, que é imortal, porque deriva da alma e também é estrela, porque demanda o céu.

Homenagem Póstuma ao Professor Sylvio Marcondes Machado*

Mauro Brandão Lopes

1. Em nome da Congregação desta Faculdade, por designação de seu diretor, venho lhes falar de Sylvio Marcondes, que morreu há quarenta dias, na noite de 3 de outubro.

Muitos nesta Casa foram seus amigos, alguns por bem mais tempo do que eu, e podiam, todos certamente, com mais acerto e mais propriedade, dizer, nesta homenagem, da têmpera de seu espírito e da qualidade de sua inteligência. Coube-me essa honra, que me apressei a aceitar, tomando afoitamente o lugar de meus melhores.

Por longos anos tivemos no mesmo conjunto os nossos escritórios, e no trato constante de nossas vidas profissionais, que corriam paralelas, logo aprendi a respeitar o seu caráter íntegro e a admirar a sua capacidade de jurista. Não fui seu aluno — formei-me nesta Escola antes de ele nela ingressar como professor — mas foi meu mestre num sentido muito mais profundo e muito mais real, mestre de vida e de amizade.

2. A qualidade fundamental de Sylvio Marcondes foi sempre o rigor lógico de seu pensamento, que se evidenciou exuberante nas suas aulas, desde o primeiro momento, e durante todo o seu magistério nesta Faculdade, como livre-docente e catedrático de Direito Comercial, colocando-o bem cedo entre os mais destacados juristas brasileiros de nosso tempo. Foi esse rigor lógico, com a resultante lúcida exposição dos temas de que tratava, que sempre impressionou profundamente os seus alunos; ao falar dele, sempre com saudade, mesmo anos depois de deixarem a Escola e já na plena maturidade e pujança de sua vida profissional, voltam eles inevitavelmente a esse aspecto de sua personalidade.

* Discurso proferido pelo Professor Mauro Brandão Lopes, em homenagem póstuma ao Professor Sylvio Marcondes, no quadragésimo dia de seu falecimento, ocorrido em 3 de outubro de 1980.

É esse aspecto que, acima de qualquer outro, lembrou um seu antigo discípulo, o Professor Fábio Konder Comparato, ao saudá-lo por ocasião da outorga, que há um ano e meio lhe fez a Congregação da Faculdade de Direito, do título de Professor Emérito; notou então Fábio Comparato a “sedução que sobre o (seu) espírito exerceram, desde as primeiras aulas, a ordem lógica, a fluência de exposição, e a capacidade sistemática” de Sylvio Marcondes, observando mais que ele “convidava de pronto o estudante a entender a racionalidade do direito positivo, sob o seu aspecto estrutural”, por meio de explanação de conceitos e normas, não “com fundamento apenas na tradição e na autoridade, mas na grande perspectiva do sistema jurídico”

O rigor lógico de seu pensamento aliava-se, contudo, a outro traço notável da inteligência de Sylvio Marcondes — a sua indiscutível capacidade de apreender lucidamente, e de incorporar à sua análise, o fundamento econômico de institutos jurídicos, que, assim, na sua obra, nunca se divorciaram. Sempre construiu Sylvio Marcondes, na verdade, o seu pensamento jurídico diante da “realidade” inquietante e inexorável dos fatos econômicos, de modo que fez sempre trabalho pioneiro, projetando mesmo no futuro, com frequência, essa realidade, de modo a influenciar ao mesmo tempo o direito e a economia. Foi o que ocorreu no seu trabalho sobre o *Aceite Bancário*, que tem o significativo subtítulo de “Estudo Jurídico e econômico do crédito de aceitação das sociedades financiadoras para negócios de prazo médio”, trabalho de subsequente e inegável influência sobre o papel das hoje denominadas “letras financeiras”, parte integrante da política governamental referente ao financiamento do mercado de bens duráveis.

E essa mesma profícua aliança de duas aptidões, de jurista e de observador cuidadoso e preciso da realidade econômica, que tão bem se entrosam (mas que raramente se encontram no mesmo homem), explica-a outra faceta da personalidade de Sylvio Marcondes — a sua reconhecida capacidade de empresário, que durante longos anos o prendeu a usinas de açúcar, de cuja fundação participara e a cuja administração pertenceu até a sua morte.

Essa capacidade, na verdade, logo cedo se revelou quando na direção de estabelecimento de ensino particular, dando-lhe a necessária vivência para, aliada à sua posterior experiência universitária, fazer com autoridade a incisiva análise, que se contém na sua aula inaugural do ano letivo de 1958 sobre

Autonomia Universitária e Pesquisa Científica, ainda hoje de inegável relevância, porque afirma a necessidade de livre e descomprometida pesquisa científica, sem a qual, acrescento eu (porque é conclusão claramente implícita no trabalho), é inevitável a estagnação do ensino e a deterioração da própria Universidade.

E foi essa mesma preocupação com a pesquisa que levou Sylvio Marcondes, juntamente com outros insignes mestres desta Faculdade, a fim de receber doação da biblioteca de Tullio Ascarelli, instrumento valioso para aquela tarefa fundamental, a estruturar o “Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli” como um centro de “estudos e pesquisas de direito comercial comparado”, devendo editar revista “para dar-lhes ampla divulgação”, hoje a *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, publicada em colaboração com a Revista dos Tribunais. E nesse contexto não me parece possível omitir menção de importantíssima característica da produção jurídica desta Escola, conseqüência pelo menos parcial dessa preocupação de Sylvio Marcondes com a pesquisa de direito comparado, que acabou por contagiar todos os professores de seu Departamento — a esmagadora maioria de seus cursos de pós-graduação inserem-se nessa perspectiva, são assim credenciados e assim ministrados, imprimindo aspecto inconfundível aos trabalhos publicados em todos os níveis, de dissertações de mestrado a dissertações de professores titulares.

3. A atividade de todo jurista é necessariamente vária, mas por mais complexa que se apresente preside-a sempre o traço dominante de sua personalidade. Sylvio Marcondes, em todas as suas múltiplas atividades, como empresário, advogado, professor, monografista, parecerista, e autor de anteprojetos legislativos, foi sempre o pensador lúcido que isolava o ponto central de cada questão, estabelecia as suas relações necessárias com questões vizinhas ou paralelas, e lhe dava a solução adequada, que logo a todos se impunha. Essa qualidade de lucidez e de rigor lógico, não a trouxe ele somente ao ensino, ou aos seus casos profissionais, ou à sua pesquisa jurídica consubstanciada nas valiosas monografias que escreveu, ou aos estudos reunidos nos últimos anos em dois grandes volumes, aos quais outros se deveriam seguir, mas ainda à sua contribuição para o futuro direito brasileiro, consistente de anteprojetos de leis ínsitas em reformas legislativas básicas. Por meio de toda a sua obra, como notou o Professor Oscar Barreto Filho, em homenagem que lhe prestou por motivo de sua aposentadoria em fevereiro de 1976, e publicada na *Revista de*

Direito Mercantil, exerceu Sylvio Marcondes “incontestemente hegemonia entre os comercialistas do país”

Essa incontestemente hegemonia, contudo, é bom que se observe, deveu-se à alta qualidade de seu trabalho, e não ao número de suas publicações, ou de seus pareceres, embora numerosos. Sylvio Marcondes, como podem testemunhar todos os que o conheceram, foi homem de extrema cautela e de impressionante reserva, tanto no falar como no escrever, não se pronunciando sobre questão alguma senão depois de paciente pesquisa e longa reflexão. Essa reserva, aliada a estritos e rigorosos critérios de juridicidade, levava-o às vezes, além da expectativa normal de todo cliente, a demorar a sua decisão sobre se aceitava ou não determinado parecer, para afinal, quando já o candidato a consulente à beira da exasperação, recusá-lo com motivos sempre impossíveis de afastar. E observe-se que o número dos pareceres recusados de muito sobrepujou o dos aceitos.

À conta de reserva e cautela talvez fosse de se levar também no seu entender, para jurista de tão grande nomeada, o restrito número de artigos que escreveu e de palestras que pronunciou, notadamente já na sua idade madura; e se hesito em fazer a afirmação direta e incisiva, preferindo a afirmação condicional, não me furto de pelo menos sugerir que o fato não somente tinha que ver com a sua reserva, que, no caso de palestras, o fazia fugir de pronunciamentos públicos, mas também e principalmente com a sua cautela, que, num caso e outro, artigos e conferências, o fazia evitar pronunciamentos apressados e incompletos, inevitáveis quando feitos sob a pressão de prazos e datas. Preferiu sempre Sylvio Marcondes a monografia e o estudo de âmbito mais restrito, mas claramente delimitado, que permitiam num e outro caso reflexão mais calma e mais detida ponderação. Toda a questão prendia-se, na verdade, ao seu entranhado amor à lógica jurídica e à precisão de conceitos, que o impediam de trabalho apressado e menos exato. Embora distante o paralelo, no tempo e no espaço, não vejo outro, que melhor a ele se possa aplicar, do que a antiga tradição da Universidade de Cambridge, na Inglaterra, de que dá notícia Stephen Neill, teólogo notável, segundo o qual se condenava o trabalho acadêmico que se pudesse fazer nalguns poucos anos, e só se dava apoio a projetos de toda uma vida que resultasse em monografia compacta e definitiva.

Nos seus trinta e cinco anos de magistério, desde o concurso de livre-docência em 1941 até a aposentadoria em 1976,

deu-nos Sylvio Marcondes uma obra de extraordinária amplitude e valor. As monografias, que apresentou aos concursos de livre-docência e de cátedra, são trabalhos pioneiros no Brasil, como tais reconhecidos por todos. Constitui o primeiro, sobre a sociedade de responsabilidade limitada, um estudo de direito comparado, no meu entender até hoje, nesse aspecto, não igualado no Brasil; nele, a partir de análise do tipo societário em vários sistemas nacionais, entre os quais o brasileiro, estabeleceu Sylvio Marcondes o seu conceito genérico, jurídico e econômico, para depois confrontar, com extraordinária felicidade, o instituto brasileiro e os dos países estrangeiros de início estudados. Já a segunda monografia, sobre a limitação da responsabilidade do comerciante individual, alcançou repercussão internacional, como também notou Fábio Konder Comparato, reconhecida por Ângelo Grisoli como tendo merecido lugar de destaque na literatura mundial. E é preciso observar que neste trabalho se inserem, como partes integrantes de uma linha de argumento rigorosamente desenvolvida, os grandes temas que o seu autor retomaria em outros trabalhos, notadamente o da empresa e o da personalidade de corporações e fundações; e que nele ainda se encontra o primeiro tratamento rigoroso, no direito brasileiro, da natureza dualista da obrigação e da teoria do patrimônio.

Mas não é este o momento para análise detalhada da obra de Sylvio Marcondes, que, na sua variedade e amplitude, está a exigir apreciação compreensiva, dada a sua unidade e coerência, em que se pesem, no seu conjunto, as suas características básicas. Fez ele mesmo, contudo, uma primeira tentativa, embora parcial. No seu discurso de agradecimento, ao lhe ser outorgado o título de Professor Emérito, focalizou Sylvio Marcondes, no contexto de sua obra, o fenômeno da empresa, em suas implicações econômicas e jurídicas, para notar que tratara já do tema desde a sua dissertação de livre-docência, na qual, na distinção entre o quotista e o administrador, fizera já presente a figura do empresário, em contraposição à do capitalista, e depois ao longo de toda a sua vida de jurista, notadamente na elaboração do anteprojeto e do projeto que em 1945 resultaram na atual lei falimentar, “o mais longo dos diplomas falimentares brasileiros”, na dissertação com que concorrera à cátedra, no anteprojeto do Código de Obrigações que apresentou em 1964 como relator da matéria concernente a sociedades e exercício da atividade mercantil e, afinal, em 1972, novamente como relator do livro concernente à atividade negocial, no atual Projeto de Código Civil. Mostrou então Sylvio Marcondes que, nessa sua longa trajetória, preocupou-se

em tornar precisos os conceitos de empresa e de empresário, configurando solução do fenômeno da empresa, que não era “simples traslado de concepções vigorantes no direito comparado, mas, sim, solução que se preconiza para o direito brasileiro”, substituindo o atual sistema ultrapassado.

É este último aspecto da obra de Sylvio Marcondes, a que ele próprio se referiu com tanta propriedade, que quero retomar por um instante, diante de sua extraordinária relevância — a sua colaboração às reformas legislativas brasileiras. As qualidades de Sylvio Marcondes, a que aludi de início, o rigor lógico de seu pensamento e a sua inegável capacidade de apreender, incorporando-a à sua análise, o fundamento econômico de institutos jurídicos, faziam dele um extraordinário projetista de leis. E em reconhecimento de tal inegável qualidade foi que o convidaram a participar de várias Comissões. Assim, quanto aos trabalhos que levaram à edição da atual Lei de Falências, participou de todas as suas etapas, tendo sido Presidente e Relator da Comissão Mista nomeada em 1940 por associações de classe e pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, membro da Comissão Ministerial formada em 1943, e membro da Comissão Ministerial organizada em 1945, cujo anteprojeto se converteu afinal na lei vigente. Foi autor do Anteprojeto de Código de Obrigações, na parte relativa às sociedades e ao exercício da atividade mercantil, apresentado em 1964; e membro da Comissão Revisora do Projeto de Código de Obrigações, remetido ao Congresso em 1965. Foi afinal, de 1969 a 1972, membro da Comissão Revisora do Código Civil Brasileiro, na qual relatou o livro sobre a atividade negocial, que teve seu Anteprojeto convertido no Projeto de Lei n.º 634, de 1975, hoje no Congresso Nacional.

O livro sobre a atividade negocial, de sua autoria, convém que se afirme claramente, é trabalho de extraordinária valia, mesmo que, contra toda expectativa, o Projeto não venha a se converter em lei. Nele, a figura do empresário liga-se a atividade econômica organizada, vale dizer, à empresa, considerada “unidade econômica de produção”, que substituí assim, nas palavras da Exposição de Motivos, de autoria do Professor Miguel Reale, o “tormentoso e jamais determinado conceito de ato de comércio” Mas, e principalmente, ao empresário, pessoa física ou jurídica, titular da empresa, prende-se um sistema societário, de características novas, e de ainda insuspeitada relevância para o direito brasileiro do futuro; com Sylvio Marcondes uma nova etapa do direito brasileiro inaugura-se, de tal sorte, sem que tenha até agora merecido de juristas pátrios um estudo de profundidade.

4. Resta-me ainda dizer de Sylvio Marcondes algumas poucas palavras, já agora sem mesmo a ficção de que falo também em nome de outros. O traço de reserva pessoal, tão fortemente característico de Sylvio, perdõem-me a força de expressão, mantinha mesmo os seus amigos à distância, disso sem que ele próprio se desse conta, e muitas vezes com grande mágoa sua. Os seus amigos eram, assim, seus amigos, de certo modo, apesar dele, o que equivale a dizer que eram sempre verdadeiros amigos, que ele conservava sem esforço, indefinidamente. Sylvio tinha amigos, e amigos de verdade, amigos “de horas amargas”, os únicos verdadeiros, que vinham de sua mocidade, e isso muito poucos de nós pode dizer. E ele os reconhecia como amigos, não por palavras, que, sempre reservado, era o avesso do homem comunicativo e aberto, mas por atos, reveladores às vezes de surpreendente emoção. Por tudo isso, nenhum de seus amigos sabia calcular o número de seus amigos. Eu era um deles, e para mim, como para todos os outros, estou certo, ele deixou um grande vazio.

Os Enfoques Universalista e Regionalista no Direito Internacional*

Haroldo Valladão

Catedrático de Direito Internacional Privado das
Universidades Federal e Católica do Rio de Janeiro.

9. É muito importante constatar e proclamar que a Europa teve, afinal, de reconhecer o valor do D.I. americano.

Proclamou-o o Presidente da Conferência, NELIDOF, Delegado da Rússia, na Sessão de encerramento: “Pour la première fois, des représentants de tous les États constitués se sont trouvés réunis, afin de discuter les intérêts qui leur sont communs et dont l’objectif est le bien de l’humanité tout entière. Em cela, ajoute-t-il, l’association à nos travaux des représentants de l’Amérique latine a contribué incontestablement au trésor commun de la science avec des éléments nouveaux et très précieux, dont la valeur nous était imparfaitement connue jusqu’à présent”

10. Assegurado na Haia, em 1907, o princípio da igualdade dos Estados, desenvolveu-se o *processo da democratização do direito internacional* e já num sentido menos individualista.

No Brasil, logo em 1910, o insigne jurista CLÓVIS BEVILAQUA rompe novos horizontes ao direito internacional, declarando textualmente: “Partindo da idéia da sociedade dos Estados, dá-se por fundamento ao direito público internacional, não a soberania, princípio de direito interno, mas a solidariedade, fenômeno social de alta relevância, pelo qual devemos entender: a consciência de que as nações cultas têm interesses comuns, que transbordam de suas fronteiras, e para a satisfação dos quais necessitam umas do concurso das outras; e, ainda, a consciência de que a ofensa desses interesses se reflete sobre todas elas, de onde a necessidade de garanti-los por um acordo comum” (*Dir. Pub. Internac.* I, p. 13).

*. Continuação do trabalho, com o mesmo título, publicado no volume 74-1979 desta Revista.

À idéia de soberania, norte do moderno direito internacional ao surgir nos Séculos XV e XVI, substitui BEVILAQUA a de solidariedade, base democrática e socializadora do autêntico direito internacional dos meados do Século XX. Havia, pois, aquele grande jurista de acrescentar que tal solidariedade, a princípio só entre Estados da Europa e da América, se estendia aos povos da América do Sul e aos mais importantes da Ásia, concluindo com estas belas palavras: “E a sua tendência é estender-se a *todos os povos da terra, para proteger os fracos e atrasados*, e conferir a plenitude dos direitos, aos que se organizarem regularmente. Mais do que se imagina comumente, o sentimento de solidariedade, que é uma das formas em que se concretiza a idéia de justiça, vai dominando nas relações internacionais, quebrando os velhos moldes da prevenção diplomática e da protéria a blasonar, apontando para os canhões” Aí se achava antecipada a idéia socializadora da proteção de todos os povos fracos e atrasados.

11. As relações internacionais, profundamente abaladas em consequência da Primeira Guerra Mundial, 1914-1918, vão determinar, numa justa reação dos espíritos, um surto progressista democrático do direito internacional através das propostas de Paz do Papa Benedicto XV, 1917, indicando uma arbitragem internacional generalizada e das vindas da América, do Presidente Wilson, com célebres declarações de 6 e 8 de janeiro de 1916, 11 de fevereiro e 14 de junho de 1918, nas quais se punham os interesses dos povos, a sua vontade, acima da dos governantes e se pleiteava a fundação de uma Sociedade Geral das Nações com as garantias mútuas de independência política e integridade territorial absolutas, que assegurasse a paz e a justiça e resolvesse todos os litígios internacionais.

E, afinal, o Tratado de Paz de Versailles de 20 de junho de 1919, consagrando-as em maior parte, abria-se com o Pacto da Sociedade das Nações, postulando a criação de uma Corte Permanente de Justiça Internacional, e praticamente, se encerrava, no Título XIII, com a formação da Organização Internacional do Trabalho, visando à “paz universal”, “fundada sobre a base da *justiça social*”

Se a Assembléa da Sociedade das Nações possuía organização democrática, todos os Estados-membros com igualdade de votos, o seu poderoso Conselho seguindo o tradicional sistema aristocrático europeu das grandes potências, assegurava-lhes cinco lugares permanentes, perpétuos, e, nas deliberações respectivas, ainda num individualismo clássico se mantinha, em geral, o princípio da unanimidade.

Confirma-se então na Europa e se proclama a contribuição americana para o direito internacional, em particular pelo jurista germânico KARL STRUPP, que intitulava a edição francesa de sua obra *Droit Public Universel, Européen et Américain*, 1927. Ao mesmo tempo os Estados Americanos numa obra admirável de codificação do direito internacional, iniciada, preparada e concluída por uma Comissão de Jurisconsultos do Rio de Janeiro, de 1912 a 1927, aprovam na 6.^a Conferência Pan-Americana de Havana, 1928, uma série de Convenções, *precuroras no mundo*, todas em vigor, ratificadas por muitos Estados americanos, versando a Condição dos Estrangeiros, Tratados, Funcionários Diplomáticos, Agentes Consulares, Neutralidade Marítima, Asilo, Deveres e Direitos dos Estados nos Casos de Lutas Civis, Direito Internacional Privado (Código Bustamante) e na de Montevidéu, 1933, sobre Extra-dição. No mesmo ano de 1928, a 10 de dezembro, abria-se em Washington a Conferência Internacional Americana de Conciliação e Arbitragem, de que resultou a Convenção Geral de Conciliação Interamericana e o Tratado de Arbitragem Interamericana, amplo e obrigatório, de Washington, 5 de janeiro de 1929, em vigor, ratificado por vários Estados.

Mas a Sociedade das Nações veio logo a ter o seu prestígio destruído por não poder coartar as deletérias atividades de conquista de territórios e de colonialismo, com a revolta de dois de seus membros iniciais e do próprio grupo das grandes potências, do Japão invadindo e ocupando parte da China, a Mandchúria, 1932, da Itália guerreando e anexando a Etiópia, outro membro da Sociedade, 1935; com o "colonialismo" renascido em certas formas de Mandato e, afinal, com a incorporação pela Alemanha, da Áustria e de parte da Tcheco-Eslováquia, 1938, com a agressão da Finlândia pela Rússia, 1939, todos membros da Sociedade, sem que esta nada pudesse fazer.

Caminhava, assim, para a dissolução o grande órgão de Genebra, abafado por tão grosseiras violações do direito internacional e no entanto ia-se reforçando a *solidariedade continental nas Américas*, em particular com a resolução pacífica pelos Estados americanos do grande conflito do Chaco entre a Bolívia e o Paraguai, com o não reconhecimento de aquisições territoriais pela força, Declaração de 3 de agosto de 1932, Protocolo de 21 de junho de 1935 e Ata de 21 de janeiro de 1936, e Tratado de Paz, Amizade e Limites de Buenos Aires, entre os dois Estados, de 21 de julho de 1938.

E em 30 de janeiro de 1936 outra voz se ergue das Américas, a do Presidente Franklin Roosevelt, ressaltando o sucesso

do acordo Bolívia-Paraguai, para convocar uma Conferência Extraordinária Interamericana, a da *Consolidação da Paz*, de Buenos Aires, dezembro de 1936, visando proteger melhor a manutenção da paz entre as Repúblicas Americanas, por várias medidas que seriam “em prol da paz mundial”, “servindo para complementar e reforçar os intentos da Sociedade das Nações”, com esta frase lapidar: “Todos temos desfrutado *as glórias da independência*. Encaminhem-nos, agora, para as que *nos oferece a interdependência*” (Rio, dez. 1936).

E a conferência pôde proclamar a “existência de uma democracia *solidária* americana” e mais que “a comunidade internacional Americana aceitava os seguintes princípios: “a) La proscrición de la conquista territorial y, en consecuencia, ninguna adquisición hecha por la violencia será reconocida; b) Está condenada la intervención de un Estado en los asuntos internos e externos, de otro Estado; c) Es ilícito el cobro compulsivo de las obligaciones pecuniarias; y d) Toda diferencia o disputa entre las Naciones de America, cualquiera que sean su naturaleza y su origen, será resuelta por la vía de la conciliación, del arbitraje amplio o de la justicia internacional”

Foi mais longe a Conferência no verdadeiro pensamento democrático, de extensão mundial dos progressos jurídicos, propugnando, ainda, pela possibilidade de adesão e acessão por todos os Estados aos Tratados e Convenções das Conferências Interamericanas, na Resolução pela Universalização do Regime Jurídico Internacional.

12. Com a Segunda Guerra Mundial, 1939 a 1945 desaparece a Sociedade das Nações e funda-se, logo após à Paz, a Organização das Nações Unidas, através da Carta de São Francisco de 26 de junho de 1945, vigorando de 24 de outubro seguinte, que decorreria da célebre Carta do Atlântico de 14 de junho de 1941, repudiando a conquista territorial ou de outra espécie, estabelecendo o princípio da autodeterminação dos povos, prevendo a cooperação econômica e a renúncia ao emprego da força, das Declarações das Nações Unidas de Washington de 1.º de janeiro de 1942 e da Declaração de Moscou de 30 de outubro de 1943 para a criação “de uma organização internacional baseada no princípio da igualdade soberana de todos os Estados pacíficos e aberta a todos os Estados grandes e pequenos”

Em verdade o preâmbulo da Carta e seus artigos 1.º e 2.º consagraram princípios fundamentais de Paz, Justiça, Coope-

ração, Igualdade soberana de todos os Membros, da integridade territorial e da independência política de qualquer Estado, etc., enfim, numa “união de esforços para a manutenção da paz e da segurança internacional. para promover o progresso econômico e social de todos os povos”. Infelizmente em outros textos e sobretudo na sua aplicação viram-se a exclusão inicial de vários Estados, dos neutros durante a guerra de 1939-1945, as dificuldades a princípio criadas para a admissão de novos Membros, e admitiu-se predomínio no Conselho de Segurança dos cinco grandes Estados, membros permanentes com o direito de veto, art. 27, n.º 2. Mas progrediu-se em muitos pontos sobre a Sociedade das Nações, por exemplo, na substituição, para as deliberações, do princípio da unanimidade pelo da maioria, qualificada, ou simples, arts. 18, n.ºs 2 e 3, 20, 67 n.º 2, 72, n.º 2, 89, n.º 2, 90, n.º 2, 109, n.º 3, 110, n.º 3 e, afinal, em 1955, na Resolução, Ação Unida para a Paz.

Avançou ainda mais a Carta das Nações Unidas, determinando se promovesse a Cooperação Internacional Econômica e Social, art. 61 e seguintes.

Mas a grande luta democrática dentro da ONU se desenvolveu no sentido de sua universalização, sempre postulada e defendida pelos Estados Latino-Americanos (Ata de Chapultepec, 1945) e afinal vitoriosa a partir de 1955 com a abolição do colonialismo (propugnada nas importantíssimas X Conferência Internacional Americana, de Caracas (1954) e na Conferência Afro-Asiática de Bandung e a integração hoje de, praticamente, quase todas as nações do mundo, principalmente da África, com a independência de vários povos, em especial das colônias portuguesas e, ainda, do Caribe.

13. O ideal socializador do direito internacional, inicialmente previsto, segundo vimos, na América Latina, adquirira grande força com a Declaração de Princípios Americanos aprovada em Lima, na 8.^a Conferência Interamericana, a 24 de dezembro de 1938, onde propugnava-se pela conservação da ordem mundial “bajo el régimen de la ley, de la paz basada en la justicia y del bienestar social y económico de la humanidad”; e se resolvia que: “7.^a La reconstrucción económica contribuye al bienestar nacional e internacional, asi como a la paz entre los pueblos”.

O Presidente Franklin Roosevelt levaria esse alevantado ideal pan-americano à comunidade internacional incluindo-o na Carta do Atlântico, de 14 de agosto de 1941, em forma avançada: “Quinto — Desejam promover, no campo da eco-

nomia, a mais ampla colaboração entre todas as nações com o fim de conseguir, para todos, melhores condições de trabalho, prosperidade econômica, e segurança social”

Já nos fins da guerra, os Estados Americanos, na célebre Declaração de Princípios da Comunidade Americana, do México, fevereiro-março de 1945, reconheciam solenemente entre as “normas diretrizes das relações entre os Estados que a compõem”, as seguintes: “15. A colaboração econômica é essencial à prosperidade comum das nações americanas. A *miséria*, de qualquer dos seus povos, quer sob a forma de pobreza, de desnutrição ou de insalubridade, *afeta cada um e por conseguinte todos em conjunto*” “16. Os Estados Americanos consideram *necessária a justa coordenação* de todos os interesses a fim de criar uma *economia de abundância*, na qual se aproveitem os recursos naturais e o trabalho humano, com o objetivo de elevar as condições de vida de todos os povos do Continente”

Colocava-se no mais alto nível a *cooperação econômica internacional*, proclamava-se o interesse e a necessidade para todos os Estados de cooperar para a melhoria das condições de vida de todos os povos, enfim, sustentava-se o contrário do que escrevera VOLTAIRE no século do individualismo: “Telle est la condition humaine que souhaiter la grandeur de son pays, c’est souhaiter mal à ses voisins. Il est clair qu’un pays ne peut gagner sains qu’un autre perde”

E o pan-americanismo de um ideal dos patriarcas da independência, de diplomático nas conferências internacionais americanas, de militar na última guerra, teria de se realizar, objetivamente, e veio a ser jurídico com a Carta dos Estados Americanos, de Bogotá, 30-4-1948, reafirmando no art. 5.º os princípios da comunidade internacional americana: “h) A justiça e a segurança sociais são bases de uma paz duradoura; i) A cooperação econômica é essencial para o bem-estar e para a prosperidade comuns dos povos do Continente”, tratando, porém, de tal cooperação nos artigos 26 e 27 de maneira tímida.

Mister se fazia, porém, dar um real impulso à cooperação econômica interamericana, qual o plano Marshall dera à européia, alçando-a dos estudos e pareceres, tímidos e burocráticos daquele Conselho, para uma ação decisiva, ampla e rápida dos Chefes de Governo dos Estados Americanos, de completa e efetiva assistência aos Estados subdesenvolvidos do continente. Foi o que propôs o Presidente do Brasil, Dr. Juscelino Kubitschek, em maio de 1958 com a “Operação

Pan-Americana, o.P.A.", a cooperação ativa dos Estados Americanos, visando, no Continente, "eliminar o subdesenvolvimento", e suprimir a "impiedosa coexistência da miséria e do excesso de riquezas", afinal adotada "pelos ministros do Exterior dos Estados Americanos, em 24 de setembro de 1958"

Chegava-se, assim, ao último estado do pan-americanismo, econômico-social, em forma ativa e positiva.

14. Mas o ideal brasileiro da Operação Pan-Americana, pela sua manifesta justiça e equidade na ajuda efetiva aos Estados subdesenvolvidos, não podia ficar restrito aos Estados Americanos. Impunha-se a sua universalização.

Assim foi proposto, solenemente, pelo Brasil na sessão inaugural da XVI Assembléia Geral das Nações Unidas, em setembro de 1960.

O Presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, em março de 1961 enviava mensagem ao Congresso propondo a plena efetivação dos ideais da Operação Pan-Americana, com a "Aliança para o Progresso" para dar um sólido fundamento social e econômico à estrutura interamericana, visando nesse novo Plano as necessidades sociais dos países, a elevação dos níveis de vida da América Latina.

Finalmente chegaria a vez das Nações Unidas, que viria dar dimensão universal às iniciativas brasileiras e norte-americanas, com a Resolução de 19 de dezembro de 1961, da XVI Assembléia, estabelecendo a "Década do Desenvolvimento", um programa para a Cooperação Econômica Internacional, complementada pela Resolução de 3 de agosto de 1962, do seu Conselho Econômico e Social, pondo ênfase na necessidade do fortalecimento da independência econômica dos países menos desenvolvidos.

Daí a Conferência das Nações Unidas, de Genebra de março-abril de 1964 sobre Comércio e Desenvolvimento, com a presença de 120 Estados, que adotou resoluções importantíssimas para a ajuda financeira aos Estados menos desenvolvidos e ao seu comércio internacional, constante da obrigação para os Estados desenvolvidos de reservar 1% de sua renda nacional para assistir aqueles países e da remoção de barreiras e outorga de um regime preferencial para as exportações de produtos primários manufaturados dos mesmos países. Muito relevante, ademais, para o desenvolvimento econômico foi ter essa Conferência se tornado definitiva como órgão da Assembléia-Geral com uma Junta Permanente de Comércio e Desenvolvimento, que se instalou em Nova Iorque, em abril de 1965, afinal institucionalizada como novo órgão da Assembléia

Geral das Nações Unidas, a UNCTAD, com sede naquela cidade e sucessivas reuniões pelo mundo, estimulando, para sua finalidade, Agências Especializadas das Nações Unidas e de outras organizações internacionais.

15. Mas o aperfeiçoamento que se impõe na ordem internacional, qual se vem fazendo na ordem interna, consistirá em estabelecer que a cooperação para o desenvolvimento econômico-social e a integração são deveres de todos os Estados, são obrigações jurídicas-internacionais.

A esse ponto chegaram os Estados americanos quando da 2.^a Conferência Extraordinária Interamericana do Rio de Janeiro, de 17/30 de novembro de 1965, ao aprovar a Ata Econômica Social do Rio de Janeiro, com a seguinte declaração: "Ser indispensável incorporar ao sistema interamericano, no campo econômico-social, os princípios de segurança, solidariedade, cooperação e assistência mútuas, com caráter de obrigatoriedade jurídica, sem prejuízo de que os Estados-membros adotem de imediato as medidas pertinentes para pôr em prática os princípios expressos na presente Ata"

Representava no clássico Direito Internacional, uma autêntica revolução, um passo agigantado para dar-lhe aquela dimensão econômico-social que, sob a égide da justiça social veio, a partir do começo do século, a socializar o conservador Direito Privado, e, após as grandes guerras, o próprio Direito Constitucional.

Significou na verdade a última etapa de sua democratização, iniciada na Haia, em 1907, e coroada no Rio, em 1965, como obra gloriosa das Américas. Mas na Revisão final da Carta da OEA, em Buenos Aires, não se manteve aquele caráter de obrigatoriedade jurídica.

16. Todavia continuam no mundo, e mui justamente, as lutas em tal sentido, dos Estados em desenvolvimento para a sua plena integração no progresso econômico e social⁵.

Enfoque-se na mesma linha, e em ponto alto, a notável *Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados*, aprovada pelas Nações Unidas em 1975.

5. Vd. HAROLDO VALLADÃO, *Democr. e Socializ. do D.I.*, e o livro *Novas Dimensões do Direito: Justiça Social*, 1961, *Desenvolvimento, Integração*, capítulos: I — *As novas dimensões do Direito Internacional*, II — *Aos juristas da integração sem violência*, III — *Da organização judiciária para os problemas internacionais do desenvolvimento econômico e social*, VI — *Reforma agrária, magno problema jurídico do século*, VII — *João XXIII, Pater et Magister Gentium*, VIII — *Espaço e corpos celestes não pertencem ao homem* e IX — *O direito do espaço interplanetário*.

Mas não bastam apenas textos legislativos, internos ou internacionais. Mister se faz cuidar de sua efetuação.

Com tal finalidade, considere-se a Resolução do IHLADI, Undécimo Congresso, de Madri-Salamanca, 5-12 outubro, sobre a Nova Ordem Econômica Internacional, na qual defendemos e vimos aprovada esta conclusão: “3.^a La equidad y la justicia social constituyen las bases esenciales del orden económico internacional. A la luz de estos principios deben ser interpretadas y aplicadas las normas del Derecho internacional económico”

17 Teremos de marchar, agora, para uma nova campanha, e da Reforma da Justiça Internacional.

Apresentamo-la em discurso inaugural como Presidente da Sessão do Institut de Droit International de Nice, 1967, com o título: *As Novas Dimensões do Direito Internacional*. Ali, após ter exaltado a Justiça Social como “o verdadeiro ideal tanto em direito interno como em direito internacional”, mostramos que “devem ser mudados os limites de lógica formal dos processos de arbitragem em julgamento, atualizando a justiça internacional” (H. VALLADÃO, *Novas Dimensões do Direito*, cit. p. 5 e 7).

Esse espírito renovador já havíamos manifestado como Vice-Presidente da Reunião de Juristas de Montevidéu, 1966, para um Projeto criando um Tribunal da ALALC, nestes termos: “Impõem-se, para o novíssimo direito econômico e social internacional novíssimas e avançadas soluções no campo jurisdicional e muitas delas se encontram satisfatoriamente nos textos do Tratado e no ato especial da Comunidade Econômica Européia sobre sua Corte de Justiça, e, ainda, no Tratado de Integração Econômica Centro-Americana” Estávamos e estamos sempre na Democratização e Socialização do D.I. (H. VALLADÃO, *Novas Dimensões*, cit.).

Na mesma diretriz, dando ao assunto o máximo prestígio, escrevia esse insigne pensador americano de nossa época, Don RAFAEL CALDERA, em 1974: “Na minha opinião, a grande mudança que o Direito Internacional espera e exige deveria ser feita através da Justiça Social Internacional”

Impõe-se, realmente, uma ampla abertura nos organismos judiciários e no processo, internacionais, qual vem ocorrendo no direito interno, por exemplo, no direito do trabalho, no direito tributário, no direito econômico

Não pode a justiça ser apanágio exclusivamente dos juristas, nem permanecer com métodos de trabalho seculares, num irracional confronto pela vitória, de escritos e discursos infundáveis, de uma verdadeira guerra sem sangue. Precisamos de cortes e tribunais múltiplos, especializados, até de órgãos para-judiciais, não só de juristas, mas integrado também, por outros altos expoentes culturais, conhecedores dos fatos e das relações internacionais, que se reúnam com novo espírito, o da conciliação ou da reconciliação, rápida e eficaz, sem verbalismo nem papelada, sem vencedores nem vencidos.

18. Nesse escorço jurídico e histórico, observamos no D.I. duas fases de seu nascimento e evolução, ambas regionais, a se desenvolverem e se sucederem, uma européia, aristocrática, absolutista, individualista, outra americana, democrática, humana, social, para se encontrarem e chegarem na etapa contemporânea, a grandiosa síntese final, em que predominaria o uno e pleno internacionalismo, que é uma espécie de universalismo, o do globo terrestre.

A internacionalização é a constante de nossos tempos. Em verdade tudo atualmente tende a se internacionalizar de imediato, idéias, novidades, descobertas, comportamentos, leis e convenções.

O conhecimento humano e a conseqüente repercussão e o respectivo relacionamento dos homens e dos povos superam tempo e espaço. São instantâneos e universais pelos novíssimos sistemas de comunicação (até por satélites), ultrapassando o nosso fim do século XX, as grandes descobertas dos séculos XV e XVI, da imprensa, da bússola, da nova navegação marítima, das Américas e das Índias, hoje com a aviação, o rádio, a televisão, o átomo e o espaço exterior.

Constatamos, assim, que todo direito novo e novíssimo nasce no século atual, o do trabalho e os aéreo, nuclear, espacial — internacionalizados, para todo o mundo, pois a internacionalização é a forma, a marca universalista do globo terrestre. Do planalto internacional é que ele desce para o direito interno, em códigos, leis, regulamentos, decisões.

Assim foi com o verdadeiro D.I. que se constituiu no Tratado de Versalhes de 1919, a Sociedade das Nações, a Corte Internacional de Justiça, e a Organização Internacional do Trabalho. Esta, a base imortal do Direito do Século XX, do *direito social*, através desses felizes textos: “visando a paz universal”, “fundada na Justiça Social” Também é de 1919 a criação do direito aéreo, com a célebre Convenção de Paris de 1919.

E, ultimamente, as certidões de nascimento dos novíssimos direito atômico ou nuclear e direito interplanetário ou do espaço exterior, são convenções internacionais. Para o primeiro os estatutos da Agência Internacional da Energia Atômica, da IAEA, aprovados pelas Nações Unidas em 1956, e a Convenção sobre Responsabilidade civil sobre usos pacíficos da Energia nuclear de Viena — 1963. Para o segundo, o Tratado sobre Espaço Cósmico ou Ultraterrestre, de Londres, Moscou e Washington, 1967.

Quando saiu o primeiro satélite artificial, em outubro de 1957, escrevemos em jornais do Rio e logo em novembro de 1957, em intervenção e projeto, aprovado, de criação de um Comitê de Direito Interplanetário, e na 10.^a Conferência Interamericana de Advogados, de Buenos Aires, proclamamos a necessidade imediata de um direito interplanetário, sob autêntico signo universalista para regular os problemas do espaço ocupado pelos satélites, espaço solar ou interplanetário, da galáxia solar. Falamos, ainda, de um remoto direito intergentes planetárias, caso encontrasse o homem, nos satélites e planetas a descobrir, seres inteligentes. Afirmamos, mesmo, que o espaço e os corpos celestes seriam não apenas *res communes omnium*, mas *res communes omnium "universi"*. E acrescentamos que o novíssimo direito jamais nasceria com o pecado original do direito internacional europeu da ocupação de terras e escravização dos respectivos habitantes (H. VALLADÃO, *Paz, Direito, Técnica*, 1969, cap. *Direito Interplanetário e Direitos Intergentes Planetárias*). Foram vitoriosos esses pontos de vista na Conferência seguinte, XI, da mesma FIA (H. VALLADÃO, *Novas Dimensões do Direito, cit.*, 334 e ss.).

Finalmente, na Sessão do Institut de Droit International de Bruxelas, 1963, ao se estudar a matéria, Regime Jurídico do Espaço, propus, sendo aprovada, no preâmbulo da Resolução, substituir a expressão "esprit général", pela própria, "esprit universal". Ainda no art. 1.^o da Resolução, correspondente ao art. 2.^o do Tratado antes referido, propus, sendo aprovado, que, em vez de se proibir a apropriação nacional, se dissesse, *qualquer* apropriação, do espaço e corpos celestes. (*Ann.* 1963, v. II, p. 68).

O Novo Direito do Mar e a América Latina *

Vicente Marotta Rangel

Professor Catedrático de Direito Internacional na
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

VI. A Nova Dimensão do Direito do Mar.

Enquanto o direito marítimo tradicional comportava apenas uma dimensão, a da superfície, o novo direito do mar passou a se interessar por nova dimensão, a da profundidade, e a ser por ela profundamente influenciado³¹. Esta nova perspectiva não ocorreu senão após processo gradual e prolongado, através do qual se divisa a influência do fator tecnológico na formação e desenvolvimento das normas jurídicas.

Têm os oceanos que, como se sabe, cobrem três quartas partes de nosso planeta, uma profundidade média de 3.800 metros, na qual a vida se distribui da superfície à fossa mais profunda. As terras emersas têm uma altitude média de apenas 875 metros e formas de vida praticamente limitadas à superfície. Durante muito tempo persistiu a idéia de que essas terras eram cercadas pelos oceanos, mas hoje pode-se verificar que o contrário se dá. Embora à superfície os mares constituam um grande envólucro que as circunda, essas terras, de fato, se interligam num relacionamento geral e abrangente e acabam por envolver globalmente os oceanos³². A noção de mares tende a ser substituída, por outro lado, pela de espaços marítimos ou hidroespaços³³.

*. Continuação do trabalho, com o mesmo título, publicado no volume 74-1979 desta Revista.

31. VAZQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. *El Nuevo Derecho del Mar*, Bogotá, Temis, 1976, pp. 39 e segs.

32. QUÉNEUDEC, Jean-Pierre. *La Remise en Cause du Droit de la Mer*, in *Actualités du Droit de la Mer*, Colloque de Montpellier, Paris, Pedone, 1973, p. 33.

33. Como o define Brown, E. D., o hidroespaço é *that part of the globe which extends vertically downwards from the air/sea interface to include the bed and subsoil of the seas and horizontally form land outwards to include the deep oceans*. (*The Legal Regime of Hydrospace*, London, Stevens & Sons, 1971, Introduction, p. XIX).

A época das grandes descobertas deu ensejo, como se sabe, a acirrado debate. Consolidada, enfim, a delimitação do mar em duas áreas fundamentais, admitia-se que o leito e subsolo do mar a ela se subordinava, em princípio. Pertencia ao Estado ribeirinho o solo e o subsolo de seu mar territorial; e a todos os Estados pertencia igualmente o fundo do alto mar: "*cujus est solum ejus est usque ad coelum et ad inferos*"

Do leito dos oceanos o conhecimento permanecia ínfimo e eventual. Pouco progresso se alcançara. No século XVIII, o marco de maior significado foi o atingido pelo capitão Phillips (Lord Mulgrave) que conseguiu, no Oceano Ártico (sobre o Race Horse e o Carcasse), atingir a profundidade de 4.000 pés. Nos meados desse século, surge a mais antiga referência às pescarias sedentárias. VATTEL a formulou.

Nesse mesmo século, conquanto de modo extremamente vago, delineiam-se idéias sobre a forma do fundo do mar. O conde de Marsili, que publicara sua história física dos mares em 1735, foi o primeiro — observa BOUCART — a ter noção da configuração do Mediterrâneo, de cujo relevo, aliás, sublinhara a existência de um traçado peculiar: o da plataforma continental.

Influenciado certamente por essas noções, propôs VALIN, alguns anos mais tarde (1760) — em seus famosos comentários sobre a *Ordenação da Marinha* de 1681 — se delimitasse a área do mar territorial em razão de novo critério, a saber: prolongar-se-ia esse mar até onde pudesse tocar-lhe o fundo.

Não prosperou, de imediato, a sugestão do escritor francês. Quase meio século mais tarde, retomou-a RAYNEVAL³⁴ embora formulando-a de maneira menos precisa: "pode o fundo do mar, perto das costas, ser considerado como tendo feito parte do continente, e assim, ser estimado como dele fazendo ainda parte" Não tiveram, contudo, conseqüências práticas e imediatas as palavras do publicista francês.

No início do século XIX, problema especial — conquanto referente à prática antiga e já referido por VATTEL — suscitou exame mais atento dos estudiosos, sobretudo em razão dos interesses econômicos que abarcava: o das pescarias sedentárias de ostras destinadas à produção de pérolas. Se os bancos de pérolas se localizassem no fundo do alto mar, a ninguém

34. *Institutions du Droit de la Nature et des Gens*, Liv. II, cap. x, § 10, 1803, p. 303.

era lícito, em princípio, cultivá-las com exclusividade. Tanto as águas do alto mar como o solo por elas coberto a todos pertenceriam. Progressivamente, porém, a doutrina e a legislação acabaram admitindo uma exceção às regras sobre o alto mar: poderiam ter direitos com exclusividade a esses bancos aqueles que há longa data os vinham explorando. Os bancos do Golfo de Manaar e de Palk's Bay se estendem de 6 a 21 milhas marítimas no largo da costa do Ceilão. Antiga lei colonial britânica de 1811 prescrevia a perseguição e a detenção de todo navio que não estivesse autorizado a singrar nessas passagens. Convenção, de 2 de agosto de 1839, subscrita pela Grã-Bretanha e pela França, reservava aos barcos desses dois Estados, com exclusividade, a coleta de ostras na baía de Granville, tanto em mares territoriais, como em área de alto mar. Não tardou a doutrina a entender como válidas essas exceções à regra da liberdade dos mares, ora de forma mais ampla, como se verifica em escrito de sir CECIL HURST, que *apenas* reclama um requisito, o de ser efetiva a ocupação do fundo do mar; e ora de modo mais restrito, como se lê na obra de GIDEL, que, além desse requisito, pede a observância de outros: reconhecimento da ocupação pelos demais Estados; ocupação prolongada; nenhum entrave se impondo à livre navegação.

Induziu o progresso tecnológico ao exame de outras questões relevantes. O da instalação de faróis, de cabos e de *pipelines* em alto mar. Desde o início do século passado, se tem cogitado, com ênfase, da construção do túnel sob o canal da Mancha. Tem sido, desde então, admitido pelos juristas dos países mais diretamente interessados que o subsolo do canal poderia ser efetivamente ocupado e que o direito de soberania e de jurisdição da Grã-Bretanha e da França relativo ao túnel poderia ser regulado sem dificuldades por via de tratado entre ambos.

Outro aspecto interessante da questão concerne à construção de túneis submarinos, cavados a partir do litoral e na direção do alto mar, destinados à exploração de carvão e de petróleo.

Quanto à extração do carvão, conhecem-se os trabalhos realizados nas minas francesas de Dilette na extremidade noroeste do Cotentin assim como nas inglesas de Cornwall e de Cumberland. O Canadá, a Austrália, o Chile e o Japão, outros exemplos oferecem.

A construção de túnel submarino para fins de facilidade de comunicação ou de extração de riquezas minerais induziu

a prática internacional e a doutrina a distinguirem o regime jurídico do solo e do subsolo do alto mar. Quanto ao subsolo, se tem admitido, com mais facilidade, tratar-se de *res nullius*; quanto ao solo do alto mar, se havia considerado com extremas restrições ser susceptível de ocupação. Tendência dominante era qualificá-lo de *res communis*, acolhidas exceções como a concernente às pescarias sedentárias.

Essas questões doutrinárias que não dissimulavam, contudo, a presença de sólidos interesses econômicos e comerciais, secundavam as conquistas atingidas no século passado pela oceanografia. Edward Forbes mostrara, na primeira metade desse século, que a configuração do fundo do mar representa importante fator ambiental, podendo isolar, por exemplo, uma das outras, populações animais contíguas, mas muito diferentes. James Clark Ross em 1840 conseguira atingir uma profundidade de quase 2.000 braças com uma linha de cânhamo amarrada a um peso de chumbo.

Em obra publicada em 1857, R. NIZZE assinalava de forma singular, que “as águas no litoral não formam a fronteira dos países, mas o solo e o subsolo das águas é considerado como a continuação do território do país³⁵.

Depois que o processo *echo sounding* principiou a desvendar os segredos da arquitetura submarina, é que se tornou possível conhecê-los com maior precisão. Tal não sucedeu senão depois do término da primeira guerra mundial, mercê do emprego da sondagem sonora e da ultra-sonora.

Sensível impulso resultou da viagem do Challenger (1872-1874), que chegara a sondar fossa de 8.860 m, nas cercanias das Ilhas Marianas, no Pacífico Norte, e propiciara uma idéia geral dos contornos e profundidades médias das principais bacias oceânicas. Tratava-se, porém, de informações preliminares e bastante imprecisas no conjunto.

Em 1894, sondagem realizada nas costas da Califórnia revelou, pela primeira vez, jazida de petróleo no subsolo do mar; o poço então perfurado teve por base uma plataforma edificada em águas pouco profundas. A experiência, devido a motivos provavelmente econômicos, não teve prosseguimento. Esforços nesse sentido começariam a ser renovados, com grande intensidade, cinco lustros mais tarde.

35. Apud AUGUSTE, Barry B. L. *The Continental Shelf*, Paris-Genève, Droz-Minard, 1960, p. 40.

No decurso do ano de 1918, pesquisas petrolíferas submarinas foram realizadas com certa intensidade nos Estados Unidos, no golfo do México, até uma profundidade de cem pés. Comprovaram elas a existência de amplo lençol de petróleo, até pelo menos quarenta milhas do litoral, isto é, à distância que abrangia vasta área do subsolo coberto pelo alto mar. Solicitaram os interessados autorização do Departamento de Estado norte-americano para construir as instalações adequadas no oceano e para explorar-lhe o subsolo. Negou-se a dá-la o órgão consultado pelo fato de não possuírem os Estados Unidos jurisdição sobre o leito desse golfo, “além das águas territoriais adjacentes à costa”

Resposta coerente com as normas então vigentes sobre a matéria. Estendia-se a jurisdição do governo dos Estados Unidos sobre o mar territorial cuja largura se fixara em três milhas marítimas. Firmava-se essa jurisdição igualmente sobre o solo e subsolo do mar territorial. Além das três milhas marítimas se projetava o alto mar cujo solo não poderia ficar sujeito à jurisdição de nenhum Estado. Todos poderiam livremente explorar-lhe as riquezas, inclusive os interessados que agiriam por sua própria conta, sujeitos eventualmente — como esclarecia a mesma resposta do Departamento de Estado — aos riscos de protestos estrangeiros e esclarecidos de que “as ilhas construídas poderiam ficar sob o controle do governo dos Estados Unidos”

Parece haver essa resposta desencorajado as outras tentativas de exploração de jazidas petrolíferas da plataforma continental. Demais, tinha-se consciência de que instalações fixadas no leito do mar, por meio de âncoras ou de cabos, apresentariam graves prejuízos para a navegação, além de, por certo, não resistirem por muito tempo ao assédio destruidor das vagas do mar e das tempestades. Todavia, assinala-se, desde o ano de 1920, a localização de poços de petróleo na Califórnia, junto às linhas de baixa mar.

A partir de 1927, começou-se a operar obliquamente com as perfuradoras, graças ao sistema do *directional drilling* que permite, a partir de uma única plataforma edificada no mar, atuar com várias sondas ao mesmo tempo e em direções diferentes. O processo ensejou reduzir o número de plataformas e, em consequência, o custo das explorações.

O avanço tecnológico, nesse particular, tem sido, desde então, surpreendente, e conduziu, de etapa em etapa, à era das explorações dos fundos oceânicos que se projeta,

como uma das características marcantes, no novo direito do mar³⁶. Assinale-se que, em 1910, decreto do governo português se referia à pesca na plataforma continental^{36a}.

Já durante a Primeira Guerra Mundial, juristas argentinos se preocupavam com a importância da plataforma continental na formação e reprodução dos recursos biológicos adjacentes ao litoral do país. Tinha assim origem na Argentina, em virtude de critérios diferentes do que cerca de quatro décadas após se acolheriam entre os países do Pacífico, uma corrente de idéias em favor do alargamento das águas territoriais.

No mês de junho de 1916, o Capitão de Fragata argentino, Segundo R. Storni, analisando as características da plataforma continental de seu país, dizia tratar-se de região do oceano adjacente à terra firme e que deveria ser chamada com propriedade de “*mar argentino*”³⁷. Dois anos mais tarde, JOSÉ LEÓN SUAREZ, em conferência pronunciada, a 12 de setembro de 1918, no Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo, intitulada *El Mar Territorial y las Industrias Marítimas* recordava a necessidade de acordo internacional que tivesse por objeto regulamentar a extensão do mar territorial com relação à pesca marítima bem como a urgência de “estudos biológicos oceanográficos”, condição preliminar desse acordo. “O que caracteriza a vida marítima” — dizia SUAREZ — “não é a distância da costa senão o maior ou menor prolongamento submarino do continente”. Depois de explicar em que consiste a plataforma, expunha haverem os zoólogos comprovado “que a fauna vive especialmente na meseta continental e que, na profundidade de cinquenta metros se encontra geralmente a zona pesqueira propriamente dita, zona que costuma encontrar-se a dez, vinte e cem milhas do litoral e quase nunca dentro do raio das três milhas reservadas para o mar territorial”. Discorrendo a respeito da delimitação do mar territorial, acrescentava que não se deveria tomar em conta “uma distância fixa e arbitrária medida desde a costa senão em consideração

36. ORREGO VICUÑA, Francisco, *Los Fondos Marinos y Oceánicos*, Santiago, Editorial Andres Bello, 1976, cap. v e SILENZI de STAGNI, Adolfo. *El Nuevo Derecho del Mar, Buenos Aires*, Juarez Editor, cap. IV.

36a. Cfr. NWEIHED, Kaldone G. *Assessment of the Extension of State Jurisdiction in Terms of the Living Resources of the Sea. The Law of the Sea. The Emerging Regime of the Oceans*, Edited by Gamble and Pontecorvo, University of Rhode Island, 1978, p. 23.

37. *Interesses Argentinos en el Mar*, Buenos Aires, 1916, p. 38 e segs. (*apud* TERESA H. I. Flouret, *la Doctrina de la Plataforma Submarina*, Madrid, 1952, pp. 93-94).

a um elemento novo para o Direito Internacional, velho para a Zoologia e para a Geografia Oceânica: a meseta continental” “E o fundo do mar” — acrescentava — “é a única medida útil para o litoral do continente. É também o único critério certo sob o prisma biológico, industrial e comercial que interessa, em geral, à humanidade” As afirmações de SUAREZ se difundem. De fato, logo a seguir, no mês subsequente, de outubro de 1918, no decurso do Congresso Nacional de Pesca de Madrid, asseverava o técnico espanhol ODÓN DE BUÉN que “a planície continental deve pertencer à nação a que pertence a costa, porque é continuação desta. .” E concluía: “Temos de defender, com ardor de quem pelega pelo justo, que as águas jurisdicionais se estendam a toda a planície continental e que os limites desta sejam determinados por Comissões Científicas. .” A mesma tese é exposta por VICENTE DE ALMEIDA d’EÇA, em 1921, durante o Sétimo Congresso Internacional sobre Pesca, celebrado em Santander. Reiterou-a no Relatório, de 1925, sobre “o problema das águas territoriais” Subscreveu-a BARBOSA DE MAGALHÃES, nas observações redigidas acerca do memorando de *Schücking*, sobre o regime do mar territorial, embora o jurista português terminasse por propor, atendendo por certo a razões de ordem pragmática, a largura de doze milhas marítimas. Em 1927, é divulgada em Buenos Aires a publicação *Mar Libre*, escrita por um professor argentino, JOSÉ JUAN NÁGERA, para quem se distinguem dois espaços marítimos: o mar litoral, territorial, jurisdicional ou epicontinental, sujeito à soberania do Estado costeiro, o qual “se extiende hasta el borde continental”; e o mar livre ou alto mar, que “comienza donde termina el mar epicontinental”³⁸.

Três anos mais tarde, MIGUEL RUELAS, em artigo publicado na *Revista de Derecho Internacional*, do Instituto Americano de Direito Internacional — de janeiro/fevereiro de 1930 — recomendava pertencesse o planalto submarino (Cornisa continental territorial) ao Estado de cujo território é prolongamento. A cada Estado competiria formular declaração de soberania em relação à sua própria plataforma continental e reconhecimento de igual direito aos demais Estados³⁹. Como assinala TERESA H. I. FLOURET⁴⁰, o artigo de RUELAS “llama la atención por la similitud, en conceptos y

38. *Apud* Teresa H. I. Flouret, *op. cit.*, pp. 96-97.

39. MORALES, Miguel, *La Cornisa Continental Territorial*, in *Revista de Derecho Internacional*, t. XVII, n. 33, enero a junio 1930, p. 136.

40. *Op. cit.*, p. 97.

términos, con la proclamación del Presidente de los Estados Unidos da América en 1945, es decir, quince años después”.

Na verdade, foram duas essas proclamações, que muito influenciaram, como se sabe, o desenvolvimento do direito das gentes: sobre os recursos naturais do solo e subsolo da plataforma continental; e sobre pesca em certas áreas do alto mar. Convém recordá-las. A segunda proclamação estabeleceu zonas de conservação em partes de alto mar adjacentes ao litoral, onde se desenvolvesse atividade pesqueira em grande escala, nas quais seria vedado ao Estado costeiro direito exclusivo de exploração. Tratava-se de medidas insatisfatórias para a proteção dos interesses econômicos dos países em desenvolvimento e daí a oposição alcançada pela Convenção sobre Pesca de 1958, que as acolhia. Reagiram esses países com a adoção de soluções diferentes mas visando a propósitos análogos: a) zonas de pesca; b) alargamento do mar territorial; c) zona econômica exclusiva ou mar patrimonial ⁴¹.

A primeira proclamação considerou que os recursos do leito e subsolo da plataforma continental contígua às costas dos Estados Unidos a este país e estavam sujeitos à sua jurisdição e controle. Foram três as espécies de ressonância que esta proclamação alcançou. A primeira o foi num sentido de conformidade, ou seja a da mera integração da plataforma continental no território do Estado costeiro, decisão que acabou sendo tomada, paulatinamente, por todos os países latino-americanos ⁴². As duas últimas o foram num sentido de desconformidade, quer para o fim de consolidar o conceito de mar epicontinental, o que ocorreu apenas por curto período, quer para o fim de constituir o critério das duzentas milhas, o qual surgiu, por sua vez, de duas maneiras: como conversão do conceito de mar epicontinental, o que se verificou no Atlântico sul ⁴³, e diretamente, o que se deu com os países do Pacífico desprovidos de plataforma continental, como forma

41. Vide MONTAZ, Djamchid. *Vers un Nouveau Régime Juridique des Pêcheries Adjacentes*, RGDI, 1974, pp. 228-245.

42. Dentro do primeiro quinquênio subsequente à Proclamação Truman sobre a plataforma continental, os seguintes países latino-americanos haviam publicado atos unilaterais incorporando a plataforma em seus respectivos territórios: Argentina (11-X-1946), México (29-X-1946), Panamá (1-VIII-1947), Costa Rica (27-VII-1948), El Salvador (14-IX-1950), Honduras (17-I-1951). Tornaram-se, por outro lado, partes da Convenção de Genebra sobre Plataforma Continental, Colômbia, Cuba, Guatemala, Guyana, Haiti, Jamaica, México, República Dominicana, Trinidad y Tobago e Venezuela (com reserva ao artigo 6.º da Convenção).

43. GROS ESPIELL, H. *La Mer Territoriale dans l'Atlantique Sud Américain*, AFDI, 1970, pp. 743-763.

de compensação dessa carência. Em todos esses casos, não tiveram os Estados latino-americanos atuação meramente passiva. Já nos referimos à tradição argentina sobre a noção de mar epicontinental. Quanto à natureza e regime da plataforma continental, basta recordar as concepções pioneiras de JOSÉ LÉON SUAREZ, de STORNI, de NÁGERA, e de RUELAS. Quanto ao critério das duzentas milhas, surgiu ele, a rigor, em oposição a ambas as proclamações cujo alcance era, em verdade, limitar em âmbito restrito a área das águas territoriais do Estado costeiro.

Por sinal, a primeira formulação de direito positivo, conquanto bilateral, em favor da integração da plataforma continental no território do Estado costeiro, ainda que situada além do mar territorial deste Estado, ocorreu um lustro antes das proclamações de Truman, em tratado de que uma das partes era país latino-americano, a Venezuela, e outro Estado europeu, a Grã-Bretanha. Embora sem mencionar a expressão “plataforma continental”, o tratado de 26 de fevereiro de 1942, que a 22 de setembro do mesmo ano entrou em vigor, foi o antecedente principal da Proclamação Truman de 1945 “y la génesis de una doctrina enteramente nueva”⁴⁴. Situado entre Trinidad e as costas venezuelanas, tem o golfo aproximadamente “setenta millas de largo por treinta millas de ancho”, ou seja, amplitude tal que abarca tanto o mar territorial da então possessão britânica e o da Venezuela. Delimitaram os signatários da convenção o solo e o subsolo, ricos em petróleo, cobertos pelo alto mar. Cada contratante se comprometia a não fazer valer “direito algum de soberania ou de controle” das áreas submarinas que lhe não tiveram sido atribuídas e a não modificar o regime jurídico do alto mar”⁴⁵.

Segundo o que fora decidido na Conferência de Genebra, de 1958, o limite exterior da plataforma continental se estende até a profundidade de 200 metros, ou até o ponto em que a profundidade das águas sobrejacentes permita o aproveitamento dos recursos naturais das regiões submarinas adjacentes às costas. Relatório publicado nesse mesmo ano e destinado à preparação da mesma Conferência havia previsto que vinte anos após (1978) se poderia explorar jazidas de petróleo a duzentos metros de profundidade do mar (*Doc.A/Conf.*

44. MORALES PAUL, Isidro. *Venezuela y el Derecho del Mar in El Derecho del Mar en Evolución: la Contribución de los Países Americanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 210.

45. *Laws and Regulations on the Regime of High Seas* (United Nations Legislative Series), pp. 44-46.

13/25). Segundo esse relatório, a camada de sedimentos, que cobre uma grande parte do fundo dos mares, dificultaria consideravelmente ou mesmo impediria, em razão de sua espessura, a exploração das jazidas minerais por ela recobertas. Bastou o transcurso de dez anos, porém, para que as afirmações do relatório se revelassem inexatas. Tornou-se possível realizar prospecções sob 300 metros de profundidade e a 6.000 metros do subsolo marinho. Quanto à camada de sedimento, verificou-se que estes por si sós apresentam um valor econômico certo pois podem fornecer carbonato de cálcio com despesas reduzidas ^{45a}.

Nas reuniões latino-americanas que se intercalaram entre a Segunda e a Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, e que se converteram em etapas propulsoras do movimento de revisão, verifica-se gradual propósito de precisão do critério definidor do limite exterior da plataforma continental. A declaração de Montevideo, de 8 de maio de 1970, estipulou como princípio básico “el derecho a explorar, conservar y explotar los recursos naturales” tanto “de sus respectivas plataformas continentales, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de dichos recursos” como “del suelo y subsuelo de los fondos marinos, hasta el limite donde el Estado ribereño ejerza su jurisdicción sobre el mar” (itens 5 e 6). Por ocasião da conferência especializada dos países do Caribe sobre os problemas do mar, os Estados participantes consignaram “su opinión en favor de que las delegaciones latinoamericanas en la Comisión de los Fondos Marinos y Oceánicos de las Naciones Unidas” promovessero “un estudio acerca de la conveniencia y de la oportunidad de establecer limites exteriores precisos para la plataforma, teniendo en cuenta el borde exterior de la emergencia continental” (*Declaração de Santo Domingo*, de 9 de junho de 1972). Como reflexo desse desideratum e em seqüência à sentença da Corte Internacional de Justiça na controversia sobre a delimitação da plataforma continental do Mar do Norte, dispõe atualmente o Texto integrado para Fins de Negociação, em seu artigo 76: “La plataforma continental de um Estado ribereño comprende el lecho y subsuelo de las zonas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde de 200 millas marinas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide el mar territorial, en los

45a. VOECKEL, *op. cit.*, p. 723.

casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia”

É também o progresso tecnológico que, propiciando o conhecimento mais nítido do relevo submarino e de seus recursos, entre os quais nódulos polimetálicos e argila vermelha, tem estimulado a formulação de normas especiais sobre o fundo oceânico e instituições jurídicas pertinentes. É marcante a contribuição latino-americana na elaboração da Declaração adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 2749 (XXV) de 17 de dezembro de 1970 assim como das normas integrantes da Parte XI do Texto Integrado Oficioso para fins de Negociação ^{45b}. Logo após a aprovação da proposta de Malta pela Assembléia Geral das Nações Unidas, de 1968, o Brasil convidou a Comissão *Ad Hoc* então instituída a reunir-se no Rio de Janeiro ⁴⁶. Como nota MICHAEL A. MORRIS ^{46a}, os governos brasileiro e chileno tomaram nessa reunião a iniciativa de propor o conceito de “patrimônio comum da humanidade”, que, posteriormente, recebeu aprovação geral naquela Declaração de Princípios.

45b. Cfr. PAVÓN EGAS, Fernando. *La Definición de la Zona Internacional de los Fondos Marinos. Derecho del Mar: una visión latino-americana*. Compiladores: Jorge A. Vargas y Edmundo Vargas Carreño, México, Editorial Jus, 1976, pp. 179-203.

46. Sobre a contribuição latino-americana, particularmente brasileira, em relação ao regime dos fundos oceânicos, vide SARAIVA GUERREIRO, Ramiro, *Aspectos Políticos, Econômicos e Jurídicos do Aproveitamento do Fundo do Mar além dos Limites da Jurisdição Nacional*, in *Segurança e Desenvolvimento*, 1970, n. 19, pp. 16 e segs.; CALERO RODRIGUES, Carlos. “Relações Internacionais do Brasil: *Interesses Marítimos*, in *Segurança e Desenvolvimento*, 1973, n. 22, pp. 100 e segs.; THOMPSON - FLORES, Sergio. *La Maquinaria Internacional para la Zona de los Fondos Marinos y Oceánicos*, in *Derecho del Mar: una visión latino-americana*, *op. cit.*, pp. 237-247.

46a. *INTERNATIONAL Politics and the Sea: The Case of Brazil*, Westview Press, Boulder, Colorado, pp. 113 e segs.

Estado, Jurisdição e Garantias*

(Um Capítulo de História Constitucional)

Nelson Saldanha

Professor de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

III. As Garantias e o Direito Escrito.

Vimos que, nas estruturas políticas medievais, o poder foi sempre considerado como algo limitado. Isto com referência a situações típicas, com base em testemunhos fundamentais e segundo interpretações que têm dominado a historiografia contemporânea. A dispersão política e a desconcentração do poder faziam com que a rigidez feudal fosse desta forma compensada. O poder real se entendia como outorga divina, necessitada entretanto da chancela popular expressada inclusive através dos costumes.

Vimos também que se verificou, na Idade Média, um conflito latente, entre a tendência do governo a se enrijecer como poder, e o caráter do direito, que na Inglaterra estava na auto-consciência funcional do judiciário. Conflito real em certos casos, mas também latente no sentido de se espalhar e se “universalizar” Como os outros dois conflitos mencionados de início: aquele entre o esquema administrativo-autoritário e o modelo liberal-individualista, e aquele entre os méritos formais do *jus strictum* e o valor substancial do *jus aequum*.

Com o Estado moderno concentra-se o poder; este é considerado, durante o absolutismo, como ilimitado; nesta fase, faltam condições para se desenvolverem os institutos das garantias. Entretanto dois aspectos, no Estado moderno, vieram favorecer o desenvolvimento daqueles institutos.

Um foi o prestígio assumido pelo direito escrito, que se tornou característico dos ordenamentos modernos, e que no

*. Continuação do trabalho, com o mesmo título, publicado no volume 74-1979, desta Revista.

próprio Estado absoluto se dinamizou. Outro foi o fato de que a unificação política e jurídica, criando em cada Estado um ordenamento uniforme e uma unidade de funções, permitiu que se tratasse sistematicamente o conceito de jurisdição. A jurisdição, como atributo *do Estado*, podia agora desdobrar-se e abranger as relações entre os direitos dos cidadãos e a sua tutela por parte dos órgãos estatais correspondentes.

De certo modo, a manter-se a idéia de POUND mencionada no início, o “elemento” germânico se consubstanciaria no direito costumeiro, enquanto o romano se expressaria no direito legal. “Superando” o estágio costumeiro, o Estado moderno apropriou-se da competência normadora: a lei, que sob o absolutismo monárquico reencontrava seu sentido imperial romano, era uma norma que se emitia *sobre* a comunidade e *para* ela. Por outro lado os caracteres da lei correspondiam a um certo sentido de “universalismo” que sempre se atribuiu à mentalidade burguesa: ela não era o casuismo nem o regionalismo que os costumes representavam, era uma formulação normativa racionalizada, clara, presumidamente genérica.

Mas a experiência do direito costumeiro foi, na Idade Média, apenas dominante: não foi exclusiva. Houve manifestações legislativas importantes, e por várias vezes o direito esteve dado em textos. A Magna Carta inglesa exemplifica isto, como as outras Cartas inglesas, mais a “Bula de Ouro” húngara de 1222 e outros casos. Este é um problema complexo, porque a tradição historiográfica realçou um pouco demais a importância do costume no medievo, e porque as expressões medievais a respeito são variáveis: BRACON, por exemplo, dizia que na Inglaterra o direito é predominantemente “não escrito”, mas dizia também que Deus e a lei são as instâncias limitadoras do poder do rei²⁵. O crescimento da experiência jurídica em termos de direito escrito, nos últimos estágios da Idade Média, correspondeu a contextos

25. Cf. textos em WILLIAM STUBBS, *Select Charters and other illustrations of English Constitutional history*, nova edição, revista por H. W. Davis (Clarendon Press, Oxford, reimpressão em 1960), p. 412. Sobre o assunto, F. KERN, *op. cit.* p. 211. — No século vinte, vez por outra aparecem alusões a um direito não escrito, ou mesmo costumeiro, não inteiramente convincentes mas ao menos muito significativas: assim em G. BOEHMER, *El Derecho através de la jurisprudencia*, *cit.* (p. 318 por exemplo), e também OTTO BACHOFF, *Normas Constitucionais inconstitucionais?* (trad. port., Atlântida Editora, Coimbra 1977), pp. 64 e segs.

que prepararam a modernidade: advento de capas burguesas, concentração do poder em mãos de certos monarcas, criação de burocracias nacionais incipientes.

Seria o caso de pensar, mas deixo o assunto em aberto, se as garantias constitucionais, em suas formas primitivas, não teriam sido uma conquista do *direito escrito*. A idéia seria a seguinte: em face do Estado (moderno), as garantias se achariam no direito positivo escrito — sem embargo de ser este um direito estatal —, porque neste direito se encontraria a nitidez alegável para fundar pretensões. A forma, diria depois IHERING, é irmã da liberdade, e a burguesia o percebeu: quis formalizar sua situação para garantir-se, e com isso veio a fazer as constituições e os códigos. A possibilidade de ter existido entre os antigos germanos uma organização consuetudinária, onde o indivíduo se sentia “garantido” (é a interpretação que sempre se dá)²⁶, não preenche inteiramente, nem no sentido histórico nem no plano conceitual, o que se tem como “garantias”

O fato de terem, certos monarcas absolutos, desenvolvido larga atividade legislativa²⁷, parece entretanto mostrar que nem todo o direito escrito se compaginou com a idéia de garantias, que evidentemente só seria plenificada sob o pálio do liberalismo.

Por outro lado a ligação entre garantias e direito escrito nos põe de novo diante da opção entre *jus strictum* e *jus aequum*. Sendo as garantias, por essência, institutos bastante definidos, elas necessitam da clareza e da certeza que somente a forma legal confere; mas o estreito formalismo e o apego às inflexíveis positivities nem sempre convêm à defesa da perspectiva das garantias (os romanos já tinham dito que o *summum jus* pode ser a *summa injuria*). O estritismo formalista cabe mais ao ponto de vista estatalizante do que ao que valoriza liberdades e direitos. Portanto o legalismo moderno e contemporâneo, ao permitir que os ordenamentos se dotassem de claros dispositivos garantidores, colocou também o perigo do formalismo. Voltaremos ao tema.

26. Seria inclusive o caso da primitiva Islândia. A respeito, o pouco conhecido ensaio de JAMES BRYCE, “Primitive Iceland”, inserido em *Studies in History and Jurisprudence* (Nova York, Oxford Univ. Press., 1901), v. I, pp. 263 e segs.

27. Cf. F. GARRISON, *op. cit.*, cap. III (Afirmação do poder estatal), seção 1, § 1, pp. 216 e segs. Cabe, entretanto, distinguir entre as primitivas “redações de costumes” e a atividade legiferante propriamente dita, que na monarquia absoluta se expressou inclusive através de “éditos” e de *ordonnances*.

De qualquer modo, as informações históricas mostram uma ligação entre o crescimento das garantias e o dos experimentos do direito escrito na baixa Idade Média — sem embargo de haverem existido formas menos formais, típicas ou nítidas de garantias no direito costumeiro. Sem embargo também de ter havido um direito escrito absolutista, e posteriormente outro pós-absolutista, genericamente liberal (a este chamaria mais propriamente de “direito legalista”). O esboço de Estado que se teve na baixa Idade Média condicionou ajustes e equacionamentos que já eram garantias — embora, no caso exemplar de *habeas-corpus* contido na “Magna Carta”, o alcance concreto do remédio estivesse limitado a certos estratos da sociedade. No Estado absoluto, o direito legal foi instrumento de concentração, de unificação e racionalização; no Estado constitucional, o mesmo direito legal foi instrumento de democratização e liberalização, apesar de, em potencial, conter o caminho do estatismo e do formalismo.

O Estado moderno, distinguindo-se da sociedade, se coloca como fonte do poder e do direito. Sua legitimidade terminaria por dar-se como intrínseca, e as normas que ele impõe, como irretorquíveis. A restrição às tendências absorventes do Estado se consubstanciou nas garantias: do mesmo modo que um liberalismo teimoso faria contraponto com a *Ragion di Stato* até hoje, também a defesa das liberdades e dos direitos se afirmou desde cedo como resistência ao estatismo absoluto. Os bens que se garantem contra a demasia estatal, têm sido de preferência as liberdades. O que se garante é sempre algo oposto ao Estado, ou avesso a ele, ou distinto dele, e de sua *entelequia* autoritária e absorvente. As garantias são defesas em face do Estado, ou contra ele — contra seus excessos, que se definem em função de uns tantos direitos, consignados como próprios do ente humano, e portanto próprios dos súbitos do (e no) Estado. As garantias são um compromisso assumido pelo Estado no sentido de respeitar os limites legais de sua própria ação, e de proteger determinados direitos subjetivos em função de tais limites. Cresceram pois conjuntamente, conforme vimos ao início, as garantias, a *supremacy of law*, o *due process of law* e a definição das funções estatais.

O predomínio do direito escrito, definindo unitariamente a estrutura do ordenamento, tornou viável a divisão dos poderes, que se clarificou justamente nas constituições. E com isso se tornou possível o conceito moderno de jurisdição — a um tempo atributo do Estado, enquanto portador de um

ordenamento, e função específica, deferida sistematicamente aos órgãos de um dos poderes estatais.

Para rever o processo de formação do conceito moderno de jurisdição, cabe referir o problema do aparecimento das formas processuais e do direito chamado adjetivo. Certos autores do século XIX, talvez demasiado imbuídos de evolucionismo, situaram os inícios do direito — em cada área cultural — como algo homogêneo: STREET, por exemplo, alude a um período no qual não teria havido dissociação entre direito substantivo e direito adjetivo²⁸. Para ele, aliás, o direito adjetivo ou processual teria sido o primeiro a formar-se. A ordem de surgimento indicada por ele é esta: juiz, corte, adjudicação, processo (ação, remédio), e depois os setores especiais (*wrong, duty, right*)²⁹. Esta idéia de que o juiz, ou a corte, fora a primeiríssima instituição jurídica coincide aliás com a opinião de certos pensadores como COGLIOLO, que considerava a *sentença* como forma primigênia de direito objetivo. O juiz antecede ao legislador, o caso antecede a hipótese, a decisão situada antecede a generalização normativa³⁰.

Esta idéia, discutível mas sedutora, nos conduz a entender a *jurisdição* como um dado fundamental, inclusive um dado originário; a *afirmação decisória do direito*, obtida em cada caso, teria então sido ponto de partida da institucionalização dos valores jurídicos. *Dizer o direito* teria sido ato fundamental como primeira fixação da certeza e da referibilidade das relações entre o modo de julgar e o momento de julgar: de um lado, valor a consolidar, e talvez regra (potencial? implícita?) a fazer valer; do outro, função e

28. Cf. páginas iniciais do cap. I do v. III de seu *Foundations of legal liability*, citado. Para ele, os tribunais teriam sido a primeira instituição jurídica. Entre os estudiosos ingleses — ou, em geral, de língua inglesa — persiste, cabe observar todavia, uma certa ambiguidade no referente ao direito costumeiro, pois tanto falam em um *customary law* como adotam uma distinção entre *custom* e *law*.

29. STREET, op. cit., pág. 3. — Sobre o alcance inicial (apenas penal) do "due process", ADA PELLEGRINI GRINOVER, *As garantias constitucionais do Direito de Ação*, citado, cap. III, p. 39.

30. "Che la prima fonte del diritto — dizia PIETRO COGLIOLO — sia la *sententia iudicis*, appare da molti fatti indiscutibile: nel mondo romano la connessione tra l'ius e l'actio fu intima e costante" (*Filosofia del Diritto Privato*, 2.^a ed. Barbera, Florença 1891, p. 42). — Segundo LOUIS GERNET, o mais antigo emprego do termo *dikè* se refere à sentença, como imagem central entre as que representam a experiência do direito (*Droit et société dans la Grèce ancienne*, ed Sirey, Paris 1955, pág. 61).

gesto ante o caso real. Diante da ordem a manter, ou ainda a elaborar, o gesto julgador deve ter sido de início secamente preso ao caso, e provavelmente desprovido de dimensão interpretativa; com o tempo viriam as analogias, a generalização, a norma abrangente, e também os problemas, as dúvidas, a interpretação. E a complexidade passaria a aumentar sempre.

Nos séculos mais recentes, a idéia de ação seria posta como seguimento da de direito, e o adjetivo viria depois do substantivo: na teoria do direito subjetivo construída por IHERING, era primeiro o interesse, depois a proteção por parte do ordenamento, e a ação surgia como instrumento para acionar tal proteção. Perspectivas. Aqui, a perspectiva da ordem “pronta” e do sistema *accompli*, e também a do indivíduo dotado de vontade madura “diante” do ordenamento ³¹.

IV. O Estado, o Direito e as Garantias.

Foi visto que o Estado moderno se apresentou como fenômeno de concentração e de legitimação. Ele tendeu, contraditando dialeticamente as estruturas da fase anterior, a absorver em si todas as fontes de poder e de legitimidade, deixando à sociedade um papel passivo de destinatária das normas que ele, Estado, ditasse. Mas, assumindo todas as atribuições concernentes ao uso do poder e aos desdobramentos da legitimidade, o Estado teve de se organizar em funções que, a seguir, seriam tidas doutrinariamente como “divisão de poderes” e favoreceriam em tese a debilitação do próprio Estado. Mas mesmo dividido e limitado, recondicionado no constitucionalismo liberal, o Estado manteve o molde geral alcançado no período dito absoluto. Este molde incluía a presença de um ordenamento unitário e de um direito escrito (predominantemente legislado).

A experiência das garantias, que na Idade Média teve relevantes momentos e se baseou sempre no princípio da limitação do poder do rei, foi obviamente obscurecida durante o absolutismo, e retomada depois das revoluções liberais. A política criminal absolutista, consubstanciada nas “Ordenações” e em outras formas normativas repressivas, cedeu passo

31. Guardando relação com este problema, se situam certas revisões recentes da concepção de Ihering segundo a qual o direito subjetivo seria o “interesse juridicamente protegido”, sendo a *ação* o modo mesmo de tal proteção. Cf. R. ORESTANO, op. cit., in STEFANO RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, cit., p. 99.

ao humanitarismo e ao princípio de legalidade. O liberalismo fez do indivíduo base da sociedade, fez da liberdade base da ordem política e fez das garantias núcleo da constituição.

Vale acentuar que, com o advento do ideal liberal, o próprio fundamento do Estado, que eram as liberdades individuais convergentes e convencidas da necessidade de um governo (evidentemente controlado por elas), coincidia com o fundamento das garantias. O Estado, no ideário liberal, existia para dar às condutas externas dos homens uma disciplina, e para proteger a comunidade contra distúrbios internos e externos. Não poderia passar disso, nem na esfera sócio-econômica nem na administrativa e policial: daí que as constituições fossem tão cuidadosas na fixação dos direitos e das garantias.

E mais: O Estado liberal foi desde logo Estado-de-Direito, sobretudo como Estado constitucional; a constituição foi desde então concebida como parte básica da ordem jurídica, e todo Estado teria de ter constituição, entendida — conforme a Declaração francesa de 1791 — como separação dos poderes e asseguração de garantias. Esta correlação entre constituição e garantias, peculiar ao entendimento liberal clássico, foi algo essencial.

A tradição francesa, tornada neste ponto modelar e exemplar para os séculos XIX e XX, manteve e consolidou a idéia de um Estado definido pela constituição, e de uma constituição que existe para oferecer garantias. Na frase famosa de MAURICE HAURIU, “todo o direito constitucional tem por ofício garantir as liberdades”³². A tradição das *lois du royaume* se transmudava, e as normas constitucionais adotavam expressamente a missão de assegurar direitos. Tornada expressa e de certo modo “universalidade”, a noção de constituição como sistema de garantias (também a parte referente aos poderes se considera alusiva a garantias) assumia todos os momentos anteriores. Com o conceito liberal de constituição, redimia-se a noção de Estado, refundida na estruturação juridicizante, e assim se assegurava em definitivo a noção de jurisdição.

A velha imagem do *due process of law* se reencontrava, enriquecida de uma experiência processual maior: já não era o problema da *law of the land*, que se consubstanciara na

32. MAURICE HAURIU, *Principios de Derecho publico y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, 2.^a ed., Reus, Madrid 1927, pág. 120. A propósito, cf. DJACIR MENEZES, “O Direito subjetivo nas teorias constitucionais modernas”, em *Rev. de Ciência Política*, cit., p. 58.

Magna Carta, era toda uma série de idéias sobre as relações entre o direito de cada um e as pretensões governamentais.

Se retomarmos o dualismo citado por MAC ILWAIN sobre *gubernaculum* e *jurisdictio*, poderemos indagar se dentro do Estado constitucional contemporâneo se daria a conciliação entre ambos elementos, como componentes da própria ordem, onde o poder e o ordenamento se acham compaginados. Ou se, diversamente, o Estado seguiria sendo o *gubernaculum* e o direito a *jurisdictio*, como certas tendências estatizantes mais recentes vêm sugerindo.

Conforme já foi lembrado, houve sempre uma correlação entre a trajetória das garantias e a da “supremacia do Direito”, posto que o crescimento da eficácia do Direito como ordem específica foi pressuposto do progresso das garantias. Deste modo, cabe entender que a jurisdição cresceu, e que, no Estado contemporâneo, a parte do ordenamento jurídico tem sido essencial; de aí sua caracterização como Estado de Direito. O Estado de Direito, sob tal prisma, corresponde precisamente a uma subordinação de todo poder governamental às indicações contidas no ordenamento. Ou seja: subordinação do *gubernaculum* à *jurisdictio*. O Estado constitucional manteve o arcabouço estatal vindo do absolutismo, submeteu-o à constituição, dividiu os poderes, garantiu os direitos: o moderno direito administrativo se fundou sobre categorias emanadas da crença na necessidade de delimitar os atos e as competências estatais em função da inatocabilidade dos direitos individuais³³. Tudo isto, evidentemente, só pode ser entendido (sobretudo diante do ângulo histórico) se se parte da idéia de que *Estado e Direito* não são a mesma coisa. São realidades que se co-implicam. E se se diz que o Estado contemporâneo se propõe submeter-se ao Direito, é necessário manter as duas imagens bem distintas, correspondendo a valores distintos, entendendo-se esta distinção tanto em termos históricos quanto em termos conceituais.

O surgimento das *garantias*, em formas positivas específicas, como no caso do “*habeas corpus*” inglês, não foi jamais episódio isolado. Veio dentro de um processo complexo e contínuo (embora não ininterrupto), a incluir conceitos, legislação, movimentos reivindicatórios, alterações na ordem vigente. É sempre o que se visa “garantir” é algo oposto ao Estado, ou ao menos bastante distinto dele: é a liberdade, são os inte-

33. PROSPER WEIL, *El Derecho Administrativo* (trad. esp., ed. Taurus, Madrid 1966), Introdução, pp. 25 e 28.

resses humanos concretos, ou é a própria justiça, situada em cada circunstância de tempo e espaço, em cada caso real, em cada necessidade de assecuramento.

Volto agora à citação de GUSTAV BOEHMER, colocada entre os tópicos iniciais. A idéia, no caso, é a de uma contraposição entre *jus strictum* e *jus aequum*, dada como expressa em certos momentos e como potencialmente constante em toda a história das instituições. As frases de BOEHMER permitem entender o *jus strictum*, não no sentido de “Direito propriamente dito” (em sentido próprio, oposto ao “lato”), mas no de estritamente legal: um Direito que se restringe e se aperta nos marcos da norma estatal. No Estado moderno, com o predomínio do legalismo, que levaria ao formalismo e ao normativismo em nosso século, esse apego ao *jus strictum* criaria numerosos problemas. Por outro lado, cabe entender o *jus aequum* como um direito mais preso ao valor justiça, ou por outra, mais ligado a valores do que a formas (faltaria um SCHELER para estudar isso).

Sendo menos estatal, seria talvez o caso de considerar o *jus aequum* como mais “jurídico”. O *jus aequum*, ou *direito equitativo*, se vincula por definição à idéia de justiça, mas, tomado amplamente, ele se acha voltado ao humano, ao concreto, e ao individual — ao individual no sentido do caso e no sentido do problema pessoal. Talvez se possa afirmar que o valor certeza, no universo jurídico, se acha preso às *jus strictum*, e o valor justiça ao *jus aequum*. Até certo ponto, será também possível dizer que a pugna entre ambos os tipos se acha reproduzida no combate moderno entre jusnaturalismo e juspositivismo. As tentativas modernas de compensar o estatismo e o legalismo, visando um direito mais flexível, não puderam senão raramente voltar-se para o costume; mas sempre se voltaram para a noção de “princípios” e para a velha idéia da *aequitas*. Em toda a Idade Média ao que assevera ENNIO CORTESE — se discutiu o problema do *jus strictum*, e nesta discussão se encontram aspectos muito interessantes. Para BÚLGARO, por exemplo, a diferença entre *aequitas* e *rigor juris* (ou *jus strictum*) equivaleria à separação entre costume e lei; e a *aequitas*, entendida freqüentemente como *jus non scriptum*, foi quase sempre considerada superior ao *jus strictum*³⁴.

34. ENNIO CORTESE, *La norma jurídica — Spunti teorici nel diritto comune classico*, ed. Giuffrè, Milão 1964. Para a alusão a Búlgaro, págs. 131-132. Cf. também páginas 323 e segs., 328 e segs., 342, 350 e segs., para as demais referências.

Na medida em que for viável considerar o *jus aequum* como tipo de direito mais próximo à esfera dos *direitos humanos* (que latejam como valores embora precisem da ordem positiva para se fazerem valer), será viável vinculá-lo também à esfera das garantias. Estas teriam realmente surgido como uma conquista da justiça e dos valores diante do poder e do arcabouço do Estado. Elas continuariam necessitando de instrumentos de asseguramento obtidos dentro do próprio Estado, mas sem se confundirem com ele. É necessário entender as garantias como algo que se conquistou e que se mantém em face do Estado, conseguindo-se que dentro do Estado uma parte de ordenamento limite o Estado e funcione contra ele em defesa dos direitos dos indivíduos concretos. As garantias atendem a direitos que o puro e seco *jus strictum* não poderia sentir, nem auscultar, embora seja verdade que, uma vez postas as garantias entre os dispositivos do ordenamento positivo, esta positividade deve ser valorizada, como forma, na qualidade de instrumento. A coisa é complexa.

Cabe lembrar aqui algumas observações de JOSEF ESSER, ao mencionar o problema das codificações, obra máxima do legalismo ocidental, e da hostilidade delas, sobretudo do *Code* francês, a toda atividade interpretativa³⁵. Para ESSER, a apologia da lei escrita conteria em si, como complemento, uma imagem negativa da própria atividade dos juristas: a lei é boa, os juristas são maus. A concepção legislativa do direito estaria, segundo ele, muito mais próxima do cesarismo, do autoritarismo e do totalitarismo do que a concepção judicilarista³⁶. É evidente que estas observações fazem lembrar de imediato as já citadas afirmações de POUND sobre os dois núcleos originários do direito ocidental: o romano-autorita-

35. JOSEF ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. Eduardo Fiol, ed. Bosch, Barcelona, 1961, Parte III, cap. IX, pág. 185 e seguintes, 191 e segs. Para Esser, o caso do BGB alemão teria sido entretanto diferente, pois, ao contrário, favoreceu relações positivas com a ciência do tempo. Cabe distinguir, contudo, este direito de juristas de Esser, que é entendido como *rechtswissenschaftlich* em sentido amplo, do "direito de juristas" de Koschaker, que tem sentido específico e até estamental.

36. *Principio y norma*, cit., páginas 370 e segs. A correlação entre legislativismo e autoritarismo, aparentemente paradoxal — já que o legalismo veio a ser nas revoluções liberais um corretivo ao absolutismo do executivo —, se acha bastante visível em Thomas Hobbes (cuja filosofia política jamais convenceu os ingleses), como também em Jean-Jacques Rousseau. E Laski viu bem a linha autoritarista que levaria de Rousseau a Hegel. — Sobre os dois lados do legalismo (e dos códigos), e os respectivos "modelos" que formou, o *garantista* e o *autoritarista*, ver DOMENICO CORRADINI, *Garantismo e Statualismo* (ed. Giuffrè, Milão, 1971), pp. 12 e segs.

rista-estatista e o germânico-predemocrático-judiciarista. Fazem lembrar também os conceitos de RENÉ MARCIC a respeito da transição, vivida em nosso século, de um “Estado legislativista” para um “Estado judiciarista”³⁷. De qualquer sorte, a emergência histórica das garantias, e seus progressos, estão ligados à própria vigilância dos juristas e da consciência jurídica. O estatismo, ligado a uma específica desconfiança com relação à interpretação — ou seja, ao mais nuclear aspecto do pensamento e da ação do jurista —, tem como seu oposto uma série de conquistas que são, que têm sido obra do trabalho dos juristas, que força o Estado a se desdobrar e se redimensionar como jurisdição, e a atender ao reclamo dos cidadãos carentes de defender seus direitos. Somente atribuindo-se ao Estado uma dimensão (e portanto um caráter) jurisdicional, se pode ter uma plena eficácia para as garantias. A conciliação entre o *factum* do Estado e os valores implicados pelas garantias requer que estas se incrustem institucionalmente dentro da própria ordem estatal, neste sentido tomada como ordem jurídico-política.

Seria o caso, entretanto — e este é um problema que já tem sido posto —, de indagar se não teriam sido vãos os esforços demoliberais e seu respectivo constitucionalismo, dada a realidade política de nosso tempo. Nesta realidade, vemos o Estado realimentado, crescido em volume e em complexidade, quer dentro dos regimes socializados quer nos regimes capitalistas. Por toda a parte, o Estado liberal substituído pelo Estado Social, intervencionista e provido de razões irrecorribéis, com um executivo predominante e uma política que frequentemente nega os conceitos clássicos da separação de poderes e da “lei-expressão-da-vontade-geral” Este panorama tem sido

37 RENÉ MARCIC, *Vom Gesetzstaat zum Richtersstaat*, ed. Springer, Viena, 1957.

38. Entre outros, LUDWIG VON MISES, *Le Gouvernement omnipotent*, trad. M. Hulster, L. de Medicis, Paris, 1947; KARL MANNHEIM, *Man and Society in an age of Reconstruction* (trad. E. Shils, ed. Kegan Paul, Londres 1946); idem, *Diagnóstico de Nuestro tiempo*, trad. J. M. Echavarría, ed. FCE, México 1959 (3.^a ed.); idem, *Freedom, Power and democratic planning*, ed. Routledge & Kegan Paul, Londres 1965 (reimpressão).

estudado sob vários prismas, sobretudo depois da discussão travada nos anos trinta e quarenta a respeito de planejamento e de planificação³⁸, e da divulgação do problema da opção entre Estado social democrático e Estado social ditatorial³⁹.

O Estado social, na verdade, poderia ser ou não um Estado de Direito.

O aparecimento de novas necessidades, identificadas como “públicas”, veio aumentar a margem de presença do Estado, com os seus serviços, dentro da vida social, comprometendo esquemas assentes, como o esquema da harmonia dos poderes e o da supremacia do direito sobre o poder. Certas correntes aproveitaram o prestígio da idéia de “plano” para aplaudir sem mais o intervencionismo estatal, dito inclusive imprescindível para o “desenvolvimento” e para a chamada “modernização” Poucas vezes se opuseram, de início, ao avanço dos “serviços”⁴², mas depois o que se viu mesmo foi a pletera do poder e a hegemonia do executivo começarem a destruir as estruturas daquilo que se chamava confiadamente Estado-de-Direito. Era a virtual ameaça do Estado (e de suas razões) contra as garantias; era uma nova *révanche* do “*gubernaculum*” sobre a “*jurisdictio*” O século vinte negava enfaticamente várias das pretensões (e das melhores) do dezenove: o ideal civilista, o parlamentarismo, o constitucionalismo como sistema de garantias.

Todavia, por dentro deste panorama desenvolveram-se outras tendências. Depois de 1945, com a derrubada do fascismo italiano e do nazismo alemão, reforçou-se a grita por um direito justo e pelo abandono dos formalismos; veio depois o movimento pela criação (ou recriação) da justiça constitucional, sobretudo a partir de modelos alemães e austríacos⁴⁰. Todos os debates atuais sobre os fundamentos constitucionais das questões judiciais são expressões de uma idéia ampla da jurisdicionalidade do Estado. E todos estes debates vêm logicamente confluir para o tema das garantias.

39. ERNST FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad Industrial*, trad. esp., ed. IEP, Madrid 1975; idem, *Problemas actuales del Estado Social de Derecho en Alemania*, ed. CFPE, Madrid 1966; M. GARCIA-PELAYO, *El Estado Social y sus implicaciones*, Univ. Mac. de México, 1975; idem, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid 1977; ELIAS DIAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid, 1975.

40. MAURO CAPELETTI, *La jurisdicción Constitucional de la libertad — com referencia los ordenamientos alemán, suizo y austríaco*, trad. mex., Imp. Universitaria, México, 1961.

41. *Vom Gesetzstaat zum Richterstaat*, cit., pág. 343.

RENÉ MARCIC chegou a escrever que “o pensamento fundamental dentro do moderno Estado democrático de Direito é o do controle jurídico dos atos políticos através do judiciário”⁴¹.

Não cair, porém, na negação pura e simples do Estado, e portanto no anarquismo, segundo o qual o Estado traduz sempre a prepotência e carrega a iminência do arbítrio, nega a liberdade, esmaga os homens. Nem cair nas tentações do maniqueísmo: o Estado é o mal, como é mau o poder, enquanto o Direito é o bem, as liberdades são o bem, a justiça é o bem. As distinções, dentro das amplas dobras deste problema, correspondem a relações e conexões que são também irrecusáveis: não se pode imaginar as liberdades sem certas formas de controle social, nem o Direito sem o poder, nem as liberdades sem as instituições. Entre a autoridade e a obediência, os valores que se atribuem ao comportamento e à condição dos homens precisam ser concretizados. Sem as formas da ordem, não serão possíveis as dimensões da ação: justiça, liberdade, segurança também. Como não cabe aceitar apenas a segurança (e este era o preço enorme e fundamental do *Leviatã*), nem cabe admitir a ordem só por ser ordem, nem endeusar o Estado porque este promove desenvolvimento tecnológico e bem-estar programado, também não cabe idealizar na direção inversa. O desafio é no sentido de manter as instituições políticas, com as respectivas formas de controle social, mas ressaltando a justiça e a liberdade — mesmo dentro do Estado dito social. Manter a presença do poder e da autoridade, com alguma hierarquia e com estruturas socialmente atuantes, sem deixar diminuídas nem esvaziadas as defesas da pessoa humana diante disso tudo.

16, janeiro 1979

42. Em 1929, na Inglaterra, Lord HEWART escreveu o livro *The new Despotism*, contrapondo à idéia clássica do “rule of Law” o incremento da administração e do direito administrativo, com uma ameaçadora burocracia. Segundo HEWART, o “novo despotismo” estaria na pleora de faculdades atribuídas aos órgãos do executivo, por cima das prerrogativas parlamentares e do velho equilíbrio de poderes (apud RODOLFO BLEDEL, *Introducción al estudio del Derecho Público anglosajón*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, pp. 100 e segs.).

28 de janeiro de 1979

* Texto correspondente à aula ministrada, em 9 de março de 1979, no curso sobre *Temas Fundamentais do Processo Constitucional*, promovido pela Procuradoria Jurídica do Estado de São Paulo.

A Sentença Normativa e o Direito do Trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento

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

I. As Formas do Direito do Trabalho

A teoria das fontes do Direito do Trabalho incluiu a sentença normativa dentre as figuras de que se compõe o seu amplo quadro, caracterizado por aspectos particulares que se relacionam com as peculiaridades de um setor especial da ordem jurídica.

Basta ver a dimensão que a sentença normativa ocupa na teoria do regulamento coletivo trabalhista.

As normas jurídicas trabalhistas são *pluricêntricas*, isto é, provêm de diversas fontes de produção, não só do Estado como também de outros grupos sociais, como as organizações sindicais e a empresa.

Essas normas são *individuais*, quando ajustadas para regular uma determinada e específica relação de trabalho entre duas ou mais pessoas singularmente consideradas. São as normas sobre as condições de trabalho fixadas através do contrato individual, tácita ou expressamente.

Serão, no entanto, *coletivas*, quando estabelecidas de um modo geral e abstrato, para a criação de um modelo a ser observado nas relações individuais.

Assim, regulamento coletivo é o conjunto de normas que, em caráter geral, disciplinam a relação de emprego.

Quanto à *origem*, o regulamento coletivo provém do Estado, dos sindicatos, das empresas, da Organização Internacional do Trabalho e da sociedade em geral.

Quanto à *forma*, o regulamento coletivo elaborado pelo Estado apresenta-se como lei quando feito pelo Poder Legislativo, ato administrativo, quando determinado pelo Poder

Executivo, sentença normativa, quando o seu processo de elaboração desenvolve-se perante os órgãos jurisdicionais e tratado quando negociado por dois ou mais Estados. O regulamento coletivo constituído pelos sindicatos têm a forma de convenção coletiva de trabalho. Se, no entanto, é elaborado pela empresa será um regulamento interno de empresa, unilateral ou bilateral, conforme da sua elaboração participem ou não os trabalhadores. Quando é a Organização Internacional do Trabalho que o faz, será, formalmente, uma convenção internacional. Finalmente, se provém da sociedade através de espontânea criação, terá a forma de usos ou costumes.

Quanto ao *conteúdo*, disciplina as condições de trabalho em geral: salários, férias, indenizações, jornadas de trabalho, adicionais etc.

II. A Função do Processo Coletivo

O processo coletivo é um meio de produção de regulamentos coletivos de trabalho pelo Estado, através de um dos seus órgãos, o Poder Judiciário.

Suas origens históricas são encontradas no corporativismo italiano, como parte de um sistema no qual, da valorização dos interesses da produção nacional, resultou uma estrutura político-social dotada de instrumentos considerados necessários para esse fim, em especial a disciplinação do trabalho e do capital em categorias, a institucionalização das corporações e sindicatos e a organização da magistratura do trabalho em condições de declarar, com eficácia geral, normas suficientes para regular a atividade das corporações e dos sindicatos no interesse do Estado e das categorias económicas e profissionais.

Para a realização dos comandos jurídicos abstratos a Itália reconheceu à *magistratura del lavoro* a função normativa e confiou ao magistrado um poder por alguns considerado de natureza legislativa. Compreendido como fonte de produção de normas jurídicas, o processo coletivo destinou-se à “*formazione del regolamento collettivo giudiziale dei rapporti di lavoro e al controllo ed alla interpretazione astratta di ogni norma collettiva; e la sua disciplina è intensa a far sì che il giudice possa provvedere col sussidio di tutti gli elementi opportuni a fargli valutare esattamente gli interessi professionali e nazionali*” (NICOLA JAEGER) ¹.

1. *Corso di Diritto Processuale del Lavoro*, Pádova, Instituto Delle Edizioni Accademiche, 1939.

Baseando-o em ampla fundamentação doutrinária, FRANCESCO CARNELUTTI², combinando convenções coletivas, ordenações corporativas e sentenças normativas, deu-lhes uma estrutura teórica comum e unitária. Definiu as convenções coletivas com a frase que ficou célebre, “un ibrido che ha il corpo del contratto e l’anima della legge”. Conceituou as ordenações corporativas como a antítese das convenções coletivas, marcadas pela impositividade e unilateralismo, sem a espontaneidade e a bilateralidade das convenções. As ordenações surgiram como comandos emanados das corporações e as convenções coletivas como ajustes de vontade. As terceiras, as sentenças normativas, foram consideradas formas gerais de criação de normas jurídicas.

CALAMANDREI³ observa que os pronunciamentos da magistratura nos processos coletivos “são, em seu conteúdo, a expressão de poderes normativos absolutamente similares àqueles que ordinariamente exercem os órgãos legislativos” Acrescenta que “a magistratura do trabalho formula o direito por classes, de forma geral e abstrata, que é típica dos mandados legislativos. Um elemento jurisdicional existe também aqui: a magistratura do trabalho não pode proceder à formulação de novas normas jurídicas se antes não adquiriu a certeza da existência de uma controvérsia coletiva de modo que também aqui a intervenção do juiz representa o sucedâneo da conclusão do contrato que falta; mas, superada esta fase a magistratura do trabalho, tal como se manifesta não somente nas premissas mas na conclusão da sua decisão, tem neste caso, natureza genuinamente legislativa”

COUTURE⁴ sustenta que a sentença normativa “não só rege as relações já existentes no momento de ser ditada a resolução (conteúdo declarativo), mas, também, atua para o futuro (conteúdo constitutivo) como uma verdadeira lei”

Essas são as idéias que estão embasadas no art. 409 do *Código de Processo Civil de 1940* da Itália, fiel aos princípios da *Carta del Lavoro de 1927*, e nos seguintes termos: “Nella formulazione di nuove condizioni di lavoro la magistratura del lavoro giudica secondo equità, temperando gli interessi dei datori di lavoro con quelli dei lavoratori e tutelando in ogni caso gli interessi superiori della produzione”

2. *Lezioni di diritto industriale, teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Pádova, Cedam, 1936.

3. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea, 1962, p. 207, trad.

4. *Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo*, in *Tribunales del Trabajo*, Santa Fé, 1941, p. 121.

III. O Novo Direito Peninsular

Com o crescimento da teoria da autonomia privada coletiva o direito peninsular sofreu transformações aparentemente substanciais quanto à forma de solução dos conflitos coletivos. Novas normas alteraram a legislação corporativista, dentre as quais o Decreto n. 369, de 24 de novembro de 1944 que revoga todas as disposições legais relativas à constituição, poderes e atividades de sindicatos que remanesçam da estrutura corporativa; o Decreto-lei n. 721, de 9 de agosto de 1943 que suprimiu as corporações, refletindo-se sobre o procedimento jurisdicional; o *Código de Processo Civil* de 1973 que excluiu o capítulo sobre conflitos coletivos limitando-se a disciplinar o procedimento para solução judicial dos conflitos individuais; e a Constituição italiana de 1947 sepultando o sistema anterior.

Um dos intérpretes do novo pensamento, o jurista GIUGNI, em sua obra *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, de 1960, procurando formular uma "dottrina dell'ordinamento intersindacale", ressalta que as relações sindicais devem formar um sistema, uma ordem jurídica não estatal. Essas relações, segundo o mesmo pensador, têm um elemento essencial jurídico que resulta dos conflitos de interesses entre as organizações sindicais, segundo um livre jogo de forças do qual resulta o *ordenamento sindacal* ou *intersindical*.

Está presente, nessa concepção, a idéia de que a organização sindical italiana contemporânea não abre mão da sua liberdade orgânica. Desse fato, refletem-se efeitos sobre a problemática do processo judicial. A arbitragem facultativa, prevista em convenções coletivas de trabalho aparece como uma forma espontânea e melhor. Formam-se comissões interpretativas que têm a natureza de um colégio de representantes das partes interessadas com poderes para explicitar o sentido das convenções coletivas em torno das quais residirem controvérsias, dotadas, também, de caráter arbitral. Valorizam-se as conciliações sindicais, previstas também nas convenções coletivas, com poderes interpretativos e decisórios⁵.

5. Sobre o novo pensamento dos doutrinadores italianos veja-se GIOVANNI TARELLO, *Teorie e Ideologie nel diritto sindacale*, Milão, Edizioni di Comunità, 1972; MARCELLO DE CRISTOFARO, *L'organizzazione spontanea dei lavoratori*, Pádova, Cedam, 1972; PERA, *Problemi Costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milão, Feltrinelli, 1960 GINO GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milão, Giuffrè, 1960.

Observa, no entanto, CECILIA ASSANTI⁶ que o princípio da autotutela sindical e a arbitragem não conseguem afastar a ação coletiva perante o Poder Judiciário italiano. Afirma que os conflitos coletivos estão sendo resolvidos na “giurisdizione privata intersindacale e agli organi della giurisdizione ordinaria, potendosi così risolvere sia attraverso il sistema di eterotutela tipico della giurisdizione ordinaria”

IV Origens no Direito Brasileiro

No Brasil, a sentença normativa, desde 1946 quando a Justiça do Trabalho foi incorporada ao Poder Judiciário e mesmo antes, na sua fase administrativa, é admitida.

Da discussão que se travou em torno dela, dá-nos uma visão ampla a célebre polêmica entre OLIVEIRA VIANNA e WALDEMAR FERREIRA⁷

Em outubro de 1935 o Ministro do Trabalho submeteu à apreciação do Presidente da República anteprojeto de organização da Justiça do Trabalho encaminhado à Câmara dos Deputados em 1.º de dezembro de 1936 e distribuído à Comissão de Constituição e Justiça, sendo relator designado WALDEMAR FERREIRA. No texto era previsto o poder normativo da Justiça do Trabalho contra o qual WALDEMAR FERREIRA se colocou sustentando que a Justiça do Trabalho, no regime constitucional brasileiro (1934), tem a só e única função de dirimir as questões entre empregados e empregadores, regidas pela legislação social. Decide casos concretos. Resolvendo-os, firma os precedentes judiciais, a outros casos aplicáveis, por via de analogia. Por essa forma e nesse sentido, pode criar normas jurídicas, de caso em caso, como a Justiça Ordinária. Fora disso, não. Divergiu do critério do anteprojeto ao propor que nos dissídios coletivos a Justiça do Trabalho teria competência para estabelecer “tabela de salários e normas que regulem as condições de trabalho em determinados ramos de atividade profissional”, por entender que tal poder implicaria no reconhecimento de funções legislativa ao órgão judicial. Bateu-se, também, contra a extensão das sentenças normativas a terceiros exercentes de outras atividades, qualidade que, se atribuída à sentença, acabaria desfigurando o seu papel e que é o de meio

6. *L'auto tutela sindacale*, in SANSEVERINO & MAZZONI, *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, Pádova, Cedam, 1971, v. 1, p. 353..

7. OLIVEIRA VIANNA, *Problemas de Direito Corporativo*, RJ., José Olímpio, 1938; WALDEMAR FERREIRA, *Princípios de Legislação e Direito Judiciário do Trabalho*, SP., 1938.

de aplicação do direito positivo constituído e não forma de criação de direito geral e abstrato.

OLIVEIRA VIANNA, que participou da elaboração do anteprojeto, defendeu-o com invulgar brilho através de uma série de artigos publicados no *Jornal do Comércio*, em número de 7 (sete), reunidos no seu livro *Problemas de Direito Corporativo*. A sua divergência com WALDEMAR FERREIRA foi profunda, envolvendo duas concepções jurídicas diferentes. WALDEMAR FERREIRA defendeu uma teoria clássica, tradicional, exegética e OLIVEIRA VIANNA uma doutrina sociológica, renovadora, dinâmica, inspirada no *Realismo Jurídico* norte-americano, nos defensores da *New Scholl* e da *Sociological Jurisprudence* de LLEWELLYN, HOLES, BRANDEIS, STONE, CARDOZO, aos quais faz referência expressa em suas obras, considerando-os espíritos pragmáticos para os quais o Direito é um instrumento de que devemos nos utilizar para o progresso e a ordem. Com isso, recusa-se a aceitar a rígida separação dos poderes para defender a possibilidade da criação de normas jurídicas pelo Estado e outras fontes; no Estado, pelo Poder Legislativo e outros órgãos, considerando, ainda, válida a delegação de poderes e a descentralização legislativa.

Prevaleceram as idéias de OLIVEIRA VIANNA, o poder normativo da Justiça do Trabalho e as normas constitucionais que conferiram aos Tribunais do Trabalho atribuições para decidir os conflitos coletivos de trabalho, tarefa que vem sendo desenvolvida através dos diferentes regimes políticos e econômicos de governo.

V Dimensões Atuais

Discussões hermenêuticas têm surgido porque a Constituição de 1946 dispõe que "a lei especificará os casos em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho", texto que encontra correspondência no art. 134 § 1.º da Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969 da qual resulta a redação do art. 142 § 1.º da norma constitucional vigente nos mesmos termos.

Duas correntes surgiram. Uma, restritiva do poder normativo, limitando-o aos casos previstos em lei anterior⁷ e outra ampliativa, para a qual a competência da Justiça do

7. ARION ROMITA cita parecer de entidade sindical patronal, em seu livro *Problemas de Trabalho e Previdência Social*, RJ., 1972, p. 93, reunindo juristas que se situam nessa posição, dentre os quais ESPÍNOLA, VICENTE RÃO, FRANCISCO CAMPOS, PONTES DE MIRANDA e outros.

Trabalho é plena, fundada na própria norma constitucional não limitada por lei ordinária, sendo seus adeptos, dentre outros, BEZERRA DE MENEZES, JOAQUIM PIMENTA, OLIVEIRA LIMA, BERESFORD MARTINS MOREIRA, CATHARINO, RUSSOMANO e CID SITRÂNGULO ⁸.

Lei ordinária limitativa do poder normativo dos Tribunais do Trabalho é, unicamente, a lei de política salarial que retira a competência dos Tribunais para fixar livremente as correções salariais coletivas. Para as demais matérias não há limitação nem previsão. Logo, prevalece a genérica autorização constitucional, interpretação, a nosso ver, coincidente com a melhor doutrina.

Na vida rotineira, os Tribunais vêm elaborando normas gerais, mesmo sem prévia autorização legal, fundando-se no poder constitucional amplo, salvo expressas limitações, com o que se não é maior a sua atividade nos conflitos coletivos salariais, expressiva tem sido nos conflitos coletivos envolvendo outras condições de trabalho.

Seriam hoje sustentáveis os fundamentos que justificaram a sentença normativa?

Coloco-me dentre aqueles que respondem afirmativamente, consideradas as razões que passamos a expor.

Desde logo, afasto qualquer seriedade que se pretenda dar ao argumento de que a sentença normativa deve ser rejeitada porque é instrumento do corporativismo fascista. Aceitá-lo seria o mesmo que afirmar que o filho deve ser repudiado conforme o pai que tem. Assim, o *habeas-corpus* mereceria repúdio, criação que é do Individualismo quando hoje a idéia é a valorização do social. MONTAIGNE já dizia que nem sempre é possível julgar as pessoas pelas companhias que têm. Nesse caso, teríamos que condenar os médicos que vivem cercados de doentes. Um fruto bom pode vir de uma árvore má. O que importa é ver se a sentença normativa tem contribuído para a solução dos conflitos coletivos e produzido normas aplicáveis aos contratos individuais e a resposta não pode ser negativa.

Os processos de dissídios coletivos têm contribuído para a criação e o aperfeiçoamento do Direito do Trabalho em nosso

8. GERALDO BEZERRA DE MENEZES, *Dissídios Coletivos do Trabalho e Direito de Greve*, RJ., Borsoi, 1957; JOAQUIM PIMENTA, *Justiça Normativa para Dissídios Coletivos do Trabalho*, prefácio à obra anterior; OLIVEIRA LIMA, *Poder Normativo*, in *Rev. Trabalhista*, set./out. 1949, p. 25 a 28; BERESFORD MARTINS MOREIRA, *Dissídios Coletivos*; CATHARINO, *Poder Normativo da Justiça do Trabalho*, in *Temas de Direito do Trabalho*, 1971; RUSSOMANO, *Direito Processual do Trabalho*, SP., LTR., 1977; CID SITRÂNGULO, *Conteúdo dos Dissídios Coletivos*, SP., LTR.

País. A *estabilidade da gestante*, do Direito estrangeiro no Brasil foi instituída mediante sentença normativa e de tal modo que o anteprojeto da CLT, elaborado pela Comissão presidida por SUSSEKIND, acolhe-a como garantia geral. A estabilidade do menor de 10 anos em fase de serviço militar é outra figura que se acrescenta ao nosso Direito pela via jurisdicional. Outros exemplos podem ser indicados como a estabilidade do trabalhador que sofre acidente de trabalho, a obrigatoriedade de fornecimento pelo empregador de envelopes de pagamento discriminando as parcelas pagas ao trabalhador, a distribuição gratuita de uniformes, o salário normativo, o desconto assistencial, a garantia ao substituto do mesmo salário do substituído durante a substituição de caráter não eventual, a comunicação escrita dos motivos da dispensa do empregado, a “sobretaxa” de horas extras para a jornada suplementar acima dos permissivos máximos legais, a contagem do tempo de serviço do exercente de mandato sindical afastado do emprego, na sua respectiva antigüidade etc.

Rejeito, também, o argumento inconsistente de que a sentença normativa é figurino ultrapassado porque a Itália a afastou. Não é certo que os conflitos coletivos de trabalho na península, apesar da exclusão formal do novo Código de Processo Civil, do Capítulo sobre conflitos coletivos, possam hoje prescindir do Poder Judiciário quando é sabido que não são raras as situações nas quais os Tribunais italianos vêm sendo chamados a interpretar cláusulas das convenções coletivas de trabalho, conforme dissemos no início.

Não pode ser considerada ultrapassada uma das formas naturais de solução dos conflitos e basta ver a teoria ensinada com muita clareza por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO em sua obra *Proceso, auto composición y autodefensa*, para que nenhuma dúvida possa ficar quanto aos “modos de desembocadura dos litígios”, individuais ou sociais.

Os conflitos precisam ser resolvidos. Os modos de solução classificam-se em três: a *autodefesa*, a *autocomposição* e a *heterocomposição*. O primeiro consiste na solução direta pelos próprios litigantes e pela imposição de um sobre outro. O segundo, na solução que também é direta, mas não pela imposição e sim pelo acordo. O terceiro na solução por uma fonte suprapartes. Há um *iter* a ser percorrido no procedimento de solução dos conflitos coletivos trabalhistas, abrangendo em suas fases as três formas e não prescindindo da última, a heterocomposição. Esta será indispensável sempre

que as partes não encontrem diretamente o caminho para a composição.

A jurisdição trabalhista é um poder social de decidir com força jurídica as lides de natureza trabalhista. Esse poder atende à finalidade de vida social segundo o bem comum. Surgiu da necessidade de dotar a sociedade de um sistema de solução de questões trabalhistas. Da gradativa transposição da autodefesa, ainda indispensável, para a solução organizada e emanada não dos interesses isolados dos participantes do conflito, mas de um terceiro imparcial, desinteressado, resultou a institucionalização da idéia de jurisdição trabalhista, hoje irreversível. A jurisdição pode, como poder institucionalizado, quebrar resistências, nem sempre entre nós ainda hoje quebradas e que só o serão de modo pleno e satisfatório na medida da conscientização do seu significado. O processo de evolução cultural de um povo conduz, necessariamente, à aceitação do poder jurisdicional, a não ser que prevaleça o entendimento de que a violência é forma prioritária na composição dos conflitos, como se fosse possível tal concepção. A intervenção harmonizadora da jurisdição pode reduzir a intensidade dos conflitos numa dada ordem social por mais defeituosa que seja a formulação que dê aos problemas econômico e de distribuição de riquezas. A jurisdição trabalhista é um instrumento que, embora relacionado com a problemática econômica, não deve ser vista como meio para pôr fim à questão social, mas sim como canal indispensável de atendimento às reivindicações trabalhistas que são justas e oportunas em um litígio coletivo.

Pelos mesmos motivos que me levam a entender que há um *iter* a ser percorrido na solução dos conflitos trabalhistas, a sentença normativa não pode ser vista como substituta das negociações coletivas, e sim como parte de um procedimento mais amplo que não prescinde das negociações diretas — autocomposição —, só se justificando à falta do acordo, caso em que é necessária a interferência heterônoma-heterocomposição. Não é por outra razão que a teoria alemã considera o dissídio coletivo como sucedâneo da convenção coletiva frustrada.

De outro lado, é, também, forçada a afirmação de que ao proferir a sentença normativa o Tribunal deixa de cumprir a sua função que é restrita à aplicação do direito positivo pré-constituído. Em outras palavras, a sentença normativa representaria injustificável invasão das funções pertinentes ao Poder Legislativo pelo Poder Judiciário. Também aqui penso

que tal entendimento não pode ser acompanhado a menos que desavisadamente.

Não é mais possível recusar a função criativa da atividade judicial. A teoria contemporânea defende a maior flexibilidade de atuação do magistrado diante dos problemas que tem que resolver. A teoria clássica do juiz escravo da lei justificava-se à luz do Código de Napoleão mas não tem base na doutrina moderna, como mostra com toda a clareza a obra de BELAID, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge* (Paris, LGDJ, 1974). Para o autor, a jurisdição é valorizada como fonte de Direito. O juiz tem poder criativo, para alguns fundado na delegação do próprio legislador, age com e por equidade, na qual encontra, sem nenhuma dúvida, uma transferência do poder de legislar para o caso concreto.

Quando OLIVEIRA VIANNA invocava a Escola Sociológica fazia um trabalho pioneiro que ainda hoje não pode ser desvalorizado. Ao contrário, tem toda a atualidade. Daí porque na área trabalhista com maior razão, não é possível desconhecer os seus estudos como também são expressivas as novas formulações que embora não destinadas diretamente ao nosso campo, tem nele um natural escoadouro. Dentre estas, a *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho* e a lógica razoável, de RECASÉNS SICHES, indicativa da mesma postura criativa do juiz moderno.

Incluo, dentre as contribuições contemporâneas e que dão ampla fundamentação às idéias que justificam a sentença normativa, a teoria da sentença como norma, com ampla aceitação de juristas como KELSEN⁹, GARCIA MAYNES¹⁰, GOLDSCHMIDT¹¹, ABELARDO TORRÈ¹², RODRIGUES ARIAS¹³, MARTIN OVIEDO¹⁴, MIGUEL REALE¹⁵ e o próprio SICHES¹⁶.

Finalizando, penso que o Direito não é obra exclusiva do Legislador e a lei não resume todo o fenômeno normativo.

9. *Teoria Pura do Direito*, trad., 2.^a ed. Coimbra, Armênio Amadi Editor, 1962, Col. Studium.

10. *Introducción al estudio del derecho*, 19.^a ed., México, Porrúa, 1972, p. 92.

11. *Introducción al derecho*, trad., 3.^a ed., Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 190.

12. *Introducción al derecho*, 6.^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, p. 147.

13. *Ciencia y Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, EJE, 1961, p. 530.

14. *Formación y Aplicación del Derecho*, Madri, IEP, 1972, p. 94.

15. *Lições Preliminares de Direito*, SP., Bushatsky, 1973, p. 161.

16. *Op. cit.*

Deve ser pluralista a organização da ordem jurídica, descentralizando-se em uma multiplicidade de formas e de fontes que se combinam com a supremacia das normas do Estado e do Poder Legislativo. A lei nunca foi a única fonte, nem historicamente a primeira, porque os primeiros conflitos foram solucionados segundo os costumes.

Dessas observações não se pode fugir ao repensar sobre a sentença normativa, muito menos ignorar as transformações operadas no Direito Processual Civil com a teoria da tutela jurisdicional dos grupos sociais ou a teoria da proteção dos direitos difusos que certamente acarretará uma revolução nos conceitos tradicionais de ação, representação processual, coisa julgada e jurisdição, tendendo para novas concepções, coincidentemente as mesmas que justificam a sentença normativa.

Bibliografia.

- ARANGUREN, Aldo. *Controversie individuali e controversie collettive di lavoro*, in Sanseverino e Mazzoni, Nuovo trattato di diritto del lavoro, Padova, Cedam, 1975.
- ARIAS, Rodrigues, *Ciência y filosofia del derecho*, BA., Ejea, 1961.
- AROCA, Juan Montero, *Introducción al derecho procesal*, Madri, Tecnos, 1976.
- BELAID, S., *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ., 1974.
- BRIMO, Albert, *Les grandes courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Pedone, 1968.
- CABANELLAS, *Derecho normativo laboral*, BA., Bibliográfica Argentina, 1966.
- CABANELLAS e RUSSOMANO, *Solución de los conflictos colectivos*, tese, 1977.
- CALAMANDREI, *La natura giuridica delle decisioni della magistratura del lavoro in Italia*, in Studi sul processo civile, Padova, 1934.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Formações sociais e interesses dos grupos ante a justiça civil*, Rivista di diritto processuale a. XXX, II série n. 3. fls. 361 e 402, jul/set. 1975.
- CARNELUTTI, Francesco, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1929; *Lezioni di diritto industriale, teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, Cedam, 1936.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y, *Proceso, auto-composición y autodefensa*, México, Unam, 1970.
- CATHARINO, José Martins, *Poder normativo da Justiça do Trabalho*, in Temas de Direito do Trabalho, RJ., Ed. Trabalhistas, 1971.
- CESARINO JÚNIOR, *Direito Processual do Trabalho*, RJ. e SP., Freitas Bastos, 1942.
- COSTA, Orlando Teixeira, *Sistemas de Solução dos Conflitos Coletivos*, SP., LTr..
- GAUDEMET, Jean, *Institutions de l'antiquité*, Paris, Sirey, 1967.

- JAEGER, Nicola, *Corso di diritto processuale del lavoro*, Padova, Istituti delle Edizioni Accademiche, 1933.
- LARA, Cipriano Gomes, *Teoria General del Proceso*, México, Unam, 1974.
- MAYNES, Garcia, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1971.
- MENEZES, Geraldo Bezerra, *Dissídios Coletivos do Trabalho e Direito de Greve*, RJ., Borsoi, 1957.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Teoria da Norma Jurídica Trabalhista*, SP., LTr., 1977; *Conflitos Coletivos de Trabalho*, SP., Saraiva, 1978.
- OSSORIO Y FLORIT, *Consideraciones a la solución judicial de los conflictos colectivos del trabajo*, III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1965.
- PUECH, Luiz Roberto de Rezende, *Da Sentença Normativa na Justiça do Trabalho*, LTr., SP., n. 33/371.
- RASELLI, Alessandro, *La magistratura del lavoro, giurisdizione ed azione*, Padova, Cedam, 134.
- REALE, MIGUEL, *O direito como experiência*, SP., Saraiva, 1968.
- RIPERT, Georges, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ., 1955.
- RODRIGUEZ, Americo Pla, *Los conflictos del trabajo*, Montevideo, 1947.
- ROMITA, Arion Sayon, *Problemas de Trabalho e Previdência Social*. RJ., Ed. Rio, 1972.
- RUPRECHT, *Conflictos colectivos del trabajo*, BA., Abeledo-Perrot, 1967.
- RUSSOMANO, Mozart Victor, *Direito Processual do Trabalho*, SP., LTr., 1977.
- SICHES, Luis Recaséns, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1973.
- SILVA TELES, Goffredo, *Filosofia do Direito*, São Paulo, Max Limonad, s/d.
- SITRÂNGULO, Cid José, *Conteúdo dos Dissídios Coletivos*, SP., LTr., 1978.
- VIANNA, Oliveira, *Problemas de Direito Corporativo*, RJ., José Olímpio, 1938.
- VILHENÀ, Paulo Emilio Ribeiro, *Contrato de Trabalho com o Estado*, tese, 1965.

A Revogação da Sentença no Direito Lusitano*

Moacyr Lobo da Costa

Professor Adjunto regente de História do
Processo Romano. Canônico e Lusitano no
Curso de Pós-Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.

* Continuação do trabalho publicado no volume 74, 1979.

SUMÁRIO: 9. *A elaboração das Ordenações Manuelinas e seus compiladores.* 9.1 *As duas edições, de 1514 e de 1521.* 9.2 *Os revisores da edição de 1521.* 9.3 *Diferença formal e de estilo entre as Afonsinas e as Manuelinas.* 10. *A revisão das sentenças na compilação de 1514.* 10.1 *As alterações introduzidas na recopilação de 1521.* 10.2 *A sentença que por direito é nenhuma e os meios para a revogar.* 10.3 *As inovações introduzidas pelas leis de D. Sebastião no recurso de revista.* 11. *D. Filipe e a recopilação das Ordenações do Reino.* 11.1 *Os autores da nova recopilação.* 11.2 *As críticas às Ordenações Filipinas.*

9 As Ordenações Afonsinas, cuja elaboração foi concluída na Vila de Arruda a 28 de julho de 1446, não se conhecendo a data de sua promulgação oficial por AFONSO V, tiveram curta duração.

Já em 1505 o rei D. MANUEL cogitou de reformar as Ordenações do Reino.

Segundo o testemunho do cronista DAMIÃO DE GOES “El Rey D. Manuel foi naturalmente amator da honra e dezejezo de deixar de si memoria, e boas Leyes e Foros a seus sujeitos, e Vassallos: começou neste anno (1505) hum negocio de muito trabalho; que foi mandar reformar as Leyes, e Ordenações antigas do Reyno, e accrescentar algumas que parecerão necessarias” etc. (Chronica do Serenissimo Senhor Rei D. Manuel, Coimbra 1790, Parte I, cap. 94, p. 250).

E o Bispo JERONIMO OSORIO, referindo-se aos acontecimentos marcantes do ano de 1505, escreveu: “Eodem anno Rex Leges multas vetustis legibus addidit, antiqua instituta correxit” (Hieronymi Osorii, De Rebus Emmanuelis, Conimbricæ 1791, Tomus II, Liber Quartus, p. 157).

É a conjugação dessas duas passagens que leva os historiadores a assentar que os trabalhos para a revisão e reforma das Ordenações Afonsinas tiveram início em 1505.

A prova decisiva desse fato é, porém, a carta de 9 de fevereiro de 1506, que D. MANUEL dirigiu de Almerim, onde se encontrava, ao Chanceler Mor RUY BOTTO, ao Licenciado RUY DA GRÃA e ao Bacharel JOÃO COTRIM, na qual se encontravam as seguintes palavras: "Havemos por bem que nas Ord. do Regno, em que ora por nosso mandado entendeis" etc.

Como não se encontrou Carta Régia ou Alvará passado pelo Rei, determinando a composição de uma nova compilação das leis do reino, essa carta de D. MANUEL é que dá a conhecer quais foram os juriconsultos encarregados do empreendimento, bem assim que eles não tiveram outros colaboradores no trabalho, pois que, como observou o lente de leis FRANCISCO XAVIER DE OLIVEIRA MATTOS, na Prefação que escreveu para a edição oficial das "Ordenações do Senhor Rey D. Manuel", mandada publicar pela Universidade de Coimbra, "de outra sorte era natural, que a mesma carta os nomeasse, ou que ao menos os indicasse por huma expressão geral" (Ordenações do Senhor Rey D. Manuel", Ed. da Universidade de Coimbra, 1797, Liv. I, Prefação p. VIII).

O principal motivo para a revisão e reforma das Ordenações era de se incluírem numa nova compilação as leis que haviam sido promulgadas posteriormente, e se evitarem as muitas divergências que se davam na sua interpretação, o que era origem de muitas dúvidas para os julgadores e de grandes perdas para as partes. (Cf. PEDRO MARTINS, História Geral, cit. p. 408).

O motivo é solenemente proclamado pelo Monarca no Prólogo das Ordenações publicadas em 1521:

"Pelo qual vendo Nós, como nas Ordenações pelos Reys Nossos Antecessores, e per Nós ategora feitas, a muitos casos nom era prouido, e em algũas hauia diuersos entendimentos; e assi per andarem espalhadas, donde aos julgadores recresciam muitas duuidas, e aas partes grande perda: E querendo nisso prouer, Determinamos com os do Nosso Conselho, e Letrados, reformar estas Ordenações, e fazer noua Compilaçam, de maneira que assi dos Letrados, como dos outros se possam bem entender".

Ademais, com a invenção da imprensa, que teria aparecido em Portugal por volta de 1487 (Cf. MARCELLO CAETANO, Lições cit. 262), é curial que o rei pretendesse dar a maior

divulgação à legislação geral do reino, mandando imprimir as novas Ordenações, como declara no mesmo Prólogo: “Mandamos imprimir, e publicar: e Arouamos e Confirmamos, e Queremos que em todos Nossos Reynos, e Senhorios se guardem, e pratiquem, e valham para sempre: Revogando, Cancellando quaisquer outras Ordenações, que fora desta Copilação se acharem” etc.

Não é dispiciendo acrescentar-se um outro motivo, lembrado por alguns historiadores, o de ambicionar o rei ligar seu nome ao novo Código que mandara organizar, ajuntando aos seus títulos o de legislador. (Cf. COELHO DA ROCHA, Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação de Portugal, 4.^a ed., Coimbra 1861, p. 127; PAULO MERRÊA, Lições, 1923, cit. p. 94; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, Lições cit. p. 388, 389).

9.1 Não se sabe a data em que ficaram concluídos os trabalhos da reforma das Ordenações.

Os cinco Livros, cuja impressão esteve a cargo dos tipógrafos VALENTIM FERNANDES, o alemão, e JOÃO PEDRO BONHOMINI, de Cremona, terminaram de se imprimir na seguinte ordem cronológica: Livro I (impressor V. Fernandes) — 17 de dezembro de 1512; Livro II (impressor V. Fernandes) — 19 de novembro de 1513; Livro III (impressor Bonhomini) — 11 de março de 1514; Livro IV (impressor Bonhomini) — 24 de março de 1514; Livro V (impressor Bonhomini) — 28 de junho de 1514.

BONHOMINI reimprimiu em 30 de outubro de 1514 o Livro I, e em 15 de dezembro de 1514 o Livro II, que haviam sido anteriormente impressos por VALENTIM FERNANDES, completando dessa forma a sua edição dos cinco Livros das Ordenações de D. MANUEL.

Como não foram encontrados em parte alguma exemplares dos Livros III, IV e V, da impressão de VALENTIM FERNANDES, entendem vários autores que o citado impressor não teria tirado uma edição completa das novas Ordenações reformadas, mas teria imprimido em sua oficina e sob sua responsabilidade tão-somente os Livros I e II, porquanto, apenas desses dois livros se tem notícia e existem atualmente dois exemplares de cada um, que pertenceram a bibliotecas particulares. (Consulte-se sobre o assunto, JOSÉ GOMES B. CÂMARA. Subsídios para a História do Direito Pátrio, 2.^a ed. Rio de Janeiro, 1973, Tomo I, p. 79 e segs. e AUGUSTO MAGNE S. J., Dicionário da Língua Portuguesa, especialmente dos períodos Medieval e Clássico, Rio de Janeiro 1950, Tomo I, Introdução bibliográfica, p. L II).

O assunto não é pacífico. Partindo de cuidadoso exame de alguns documentos coêvos daquelas impressões, BRAGA DA CRUZ e NUNO ESPINOSA apresentam sérios argumentos no sentido de demonstrar que a edição de VALENTIM FERNANDES devia ser completa, muito embora jamais tivesse sido encontrado nos arquivos e nas livrarias públicas e particulares um único exemplar de qualquer dos Livros faltantes. (Cf. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, O direito subsidiário na história do direito português, Coimbra 1975, p. 223 e segs. nota 59; NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, Algumas notas sobre a edição das Ordenações Manuelinas de 1512 — 1513, Livraria Cruz, Braga, 1977).

Todavia, como pondera judiciosamente MARCELLO CAETANO “não se pode deixar de ficar à espera que as circunstâncias favoreçam o aparecimento dum exemplar da impressão de VALENTIM FERNANDES que tire as dúvidas” Espera que, segundo BRAGA DA CRUZ, poderá durar eternamente. (BRAGA DA CRUZ, O direito subsidiário cit. p. 236).

Enquanto não aparecer esse exemplar, a edição de BONHOMINI, de 1514, é a única completa que se conhece das Ordenações reformadas por determinação de D. MANUEL.

É ponto indubitado que a reforma, tal como foi apresentada na edição de 1514, não agradou ao Monarca, que ordenou que se prosseguisse no trabalho de revisão e emenda daquela edição das Ordenações.

Era tal seu empenho de dotar o país de um código de leis atualizado e de fácil entendimento “assi dos Letrados, como dos outros”, que, receando falecer antes do término da obra, recomendou a seu sucessor, no testamento de 7 de abril de 1517, que não esmorecesse até vê-la concluída segundo suas determinações.

Ao rei, que passou para a história com a alcunha de “o Venturoso”, coube a ventura, ardentemente desejada, de assistir no último ano de seu reinado a publicação definitiva das Ordenações, que levavam seu nome e passaram a ser as leis gerais do reino, “Revogando, Cancellando quaesquer outras Ordenações, que fora desta Copillaçam se acharem”

No colofão, ao pé do último fólio do Livro V, está a indicação, “Foi impresso em a Cidade de Lisboa por JACOB GRÖBERGUER Alemão, aos onze dias do mez de Março de mil quinhentos e XXI annos”

A 13 de dezembro desse ano morreu D. MANUEL.

9.2 Ao contrário da compilação, impressa em 1514, cujos autores são conhecidos, em razão da carta de 9 de fevereiro de 1506, que D. MANUEL lhes enviou recomendando “a incorporação nas Ordenações, em que ora por nosso mandado entendeis” de quaisquer sentenças, acórdãos ou determinações que tivessem sido passadas ou aprovadas nos feitos dos forais, (Cf. JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *Synopsis chronologica*. da legislação portuguesa, tomo I, Lisboa 1790, p. 161), e que eram os jurisconsultos RUY BOTTO, Chanceler do Reino, o licenciado RUY DA GRÃA e o bacharel JOÃO COTRIM, não existe comprovação dos nomes dos jurisconsultos que trabalharam na revisão e reformulação das Ordenações publicadas em 1514, de que resultou a nova compilação inteiramente refundida, que foi publicada em 1521 em caráter definitivo.

Apenas, no final do Livro V encontra-se a seguinte determinação: “E pera que na Impressam destas Ordenações, que ora Mandamos imprimir, se nom possa acrescentar, nem minguar cousa algũa, Mandamos que lhes seja dada fee, e auctoridade, sendo assinado no fim de todos cinco Livros, por dous dos quatro Desembargadores seguintes, conuem a saber, o Doutor JOAM COTRIM, e o Doutor JOAM DE FARIA, e o Doutor PEDRO JORGE, e o Licenciado CHRISTOVAM ESTEVEZ, que pera ello Ordenamos”

Observou o professor FRANCISCO XAVIER DE OLIVEIRA MATTOS, a propósito dessa determinação, que a simples nomeação seria certamente um argumento de muito pouco peso para se afirmar que foram aqueles os verdadeiros autores do Código, havendo, porém, outras razões mais atendíveis para julgar que ou todos os referidos quatro Desembargadores, ou ao menos alguns deles, trabalharam na dita obra. (Prefação à Ed. da Universidade de Coimbra, cit. p. XVII).

É admitido, geralmente, que o Chanceler RUY BOTTO e RUY DA GRÃA, seu sucessor no cargo, também tenham trabalhado na revisão da obra que inicialmente elaboraram (Prefação cit. p. XVIII). Quanto à participação de CHRISTOVAM ESTEVES parece estar comprovada por documentos da época que o apontam na qualidade de um dos autores daquelas Ordenações. (Prefação cit. p. XVIII).

A coexistência de duas edições das Ordenações, muito diferentes entre elas — uma vez que para a edição definitiva de 1521 os compiladores não se limitaram a proceder a uma revisão da edição de 1514, mas reformularam inúmeros textos e alteraram a distribuição da matéria e respectivos Títulos —

poderia gerar dúvidas e confusões na aplicação da nova legislação geral do reino.

Para prevenir tão sério inconveniente, D. MANUEL, por carta régia de 15 de março de 1521, quatro dias depois da publicação das novas Ordenações, determinou “que dentro de tres meses qualquer pessoa que tiver hordenações da impressam velha a rompa e desfaça de maneira que nam se posam ler sob pena de pagar qualquer pesoa, a que forem achadas, pasado o dito tempo, e as tiver, cem cruzados ametade para quem os acusar e a outra metade para os cativos e mais ser degradado por dous anos para alem”

Essa medida é a responsável pela extrema raridade da edição de 1514, de que se tem notícia existirem em Portugal apenas cinco exemplares, como informa o professor FRANCISCO XAVIER DE OLIVEIRA MATTOS (Prefação cit. p. XII).

A Biblioteca Nacional, no Rio de Janeiro, possui, também, um belo exemplar, em perfeito estado de conservação, que veio com a livreria da Família Real e foi o núcleo daquela Biblioteca; de cujo exemplar a Biblioteca da Faculdade de Direito de São Paulo possui uma cópia microfilmada.

9.3 Entre as Ordenações Afonsinas e as Manuelinas as diferenças, a rigor, são mais de forma que de substância. Como disse COELHO DA ROCHA, “os compiladores das novas Ordenações poucos defeitos emendaram das antigas. A divisão da obra, o systema, o espírito e princípios gerais da legislação, é o mesmo: unicamente lhes inseriram as novas providências e alterações, que no intervallo entre uma e outra compilação haviam sido publicadas. O estylo é mais conciso, e em toda a parte decretório: não se encontra o teor; apenas em alguns logares o extracto das leis antigas. Apezar d’algumas mudanças na collocação das matérias, a falta de dedução e de methodo ficou no mesmo estado”. (Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação de Portugal, cit. § 168, p. 128).

Observou a propósito, NUNO ESPINOSA, que de modo geral todas as leis são redigidas em estilo *decretório*, como se de leis novas se tratasse, sem referência ao teor das leis anteriores nem indicação do monarca que as promulgara, embora, muitas vezes, seja, apenas, nova forma de lei já vigente. (Cf. História cit. p. 371).

Com respeito ao tema da revisão das sentenças, entretanto, além de algumas modificações de aspecto puramente formal, foram introduzidas nos correspondentes textos das edições de 1514 e de 1521, várias alterações de natureza processual, no

sentido do aperfeiçoamento do processo e julgamento daquele remédio contra as sentenças, tornando-o mais adequado à sua finalidade.

É no texto da edição de 1521 que se depara uma importante inovação processual, de relevante significado para a história da ação rescisória do direito brasileiro, mas que passou despercebida ao ilustre PONTES DE MIRANDA.

10. No governo de D. MANUEL foram introduzidas algumas importantes modificações no sistema da organização judiciária, notadamente quanto a competência para o conhecimento e julgamento dos recursos contra as sentenças, em função dos diferentes cargos judiciários nos Tribunais de segunda instância, ou seja, os desembargadores dos agravos da Casa da Suplicação e da Casa Cível, os desembargadores do Paço, o Corregedor da Corte dos feitos civeis e os Ouvidores da Casa da Suplicação, consoante as específicas discriminações estabelecidas no Livro I das novas Ordenações.

Na edição de 1514, o tema da revisão das sentenças é tratado no Livro III, Título XCIII, que reproduz o enunciado do Título CVIII, das Afonsinas: “Dos q pedê q lhes revejã os feitos (. .) desembargados p. os juizes da sopricaçam” (tendo sido suprimida a referência “e Sentenças”, do texto Afonsino).

Em correlação com o sistema de distribuição de competências, a nova ordenação estabelece, de forma decretória: “Despois q os feitos q em relaçaã hã de seer vistos e desembargados forẽ ã ella sentenciados: ou forẽ desembargados pellos nossos desembargadores dos agravos da casa da sopricaçaã; ou do çiuil: nos casos q a elles segundo o regimento de seus officios ptença o conhecimẽto: ou sendo sentenciados p. os sobrejuizes: ou p. o corregedor da nossa corte: ou ouvidores: e nom sendo dlles agraudo: ou nõ pagãdo: ou nõ pseguindo o agrauo ao tpõ ordenado: nõ serã mais reuistos ã nõhu caso”.

Era a confirmação da velha regra, assentada nas Cortes de Coimbra de 1211, e traduzida em lei geral de AFONSO II, destinada a pôr termo às demandas para que tenham fim qual devem.

Em seguida, vem a exceção introduzida pela lei de D. DINIZ: “Saluo se os condenados allegarẽ q as sentenças forã dadas p. falsas p̄uas: ou p. falsas escrituras: dcrarãdo: e especificando a falsidade a ql nõ fosse ãtes allegada nesses feitos: ou se foy allegada nõ foy recebida: ou allegãdo q as sentenças foram dadas p. juizes sobornados: e peitados pera darem as ditas sentenças”

Prosegue a ordenação, com a reiteração daquela outra forma excepcional de revisão dos feitos criada pelas Afonsinas: "ou q̄ndo nos p. graça especial mandarmos reuer algũas sentenças: e os pcessos dõde sairã. posto q as ditas cousas cõtra taes sentenças se nom aleguem.

A ql reuista mandamos q se nõ faça sêm nosso especial mãdado. E nos casos onde os cõdenados nõ allegarã falsidade de testemunhas: ou de escrituras: ou sobornação dos juizes. E soomête per graça especial pedirẽ q lhe mãdem reuer os feitos: dizêdo q forã p. as sentenças agrauados: e allegãdo as causas de seu agrauos: nõ lhe serã taes reuitas outorgadas. Saluo auêdo nos pmeiramete en formaçã p. algũ letrado: a q o feito d. q se pedir reuista mãdarmos veer q he caso pera lhe seer concedida: por parecer p. o feito que a sentença nõ foy direitamête dada: ou por algua tal sospeiçã: q sintamos acerca dos desmbargadores q no feito forã: q posto que se nõ possa poer em forma pa p. direito pceder: nos pareça porem q abasta pa o nos deuermos mãdar reuer: ou por parecer o feito em sy tal: e de tal qlidade: e a sentença nõ bem dada q notoriamête cõceba ã sy q nõ deua passar sem seer melhor examinada"

As principais modificações, em relação ao sistema das Afonsinas, consistiram, em subordinar a concessão da Revista por Graça Especial à informação favorável de um letrado que tenha previamente examinado o feito e concluído que a sentença não foi dada corretamente; a existência de suspeita contra os desembargadores que julgaram o feito, não obstante não configurar o caso para o processo formal da suspeição, mas ser bastante para justificar a revisão; a natureza e qualidade do feito, quando a sentença notoriamente carecer de ser melhor examinada.

É mantida a exigência das Afonsinas do depósito prévio de trinta escudos de ouro para a Revista de Graça Especial, os quais serão devolvidos ao recorrente quando a revista for julgada procedente e revogada a sentença, ou, no caso de revogação parcial, a devolução será proporcional à parte revogada da sentença.

Se a revista for julgada improcedente, os trinta escudos serão arrecadados para o rei. "E achando que o que impetrou a revista nõ foy em alguũa parte agrauado: nom lhe tornaram cousa alguũa dos ditos escudos. Os q̄es mãdamos q semp se arrecadem pera nos: e nõ pa os rendeiros posto que a chancelaria seja arrendada"

As leis anteriores não marcavam prazo para o pedido da Revista por Graça Especial, o que gerava intranquilidade para as partes quanto à segurança de seu direito. A nova ordenação supriu a falha: “E pera q as demãdas ajã fim: e os vencedores nõ este semp duvidosos de seu direito. Mandamos q as reuistas q p. especial graça se requererẽ as peçã atee dous meses contados do dia q as sentenças forem publicadas e nõ as pedindo no dito tpõ nõ lhes serem outorgadas nem suas pitições recebidas”

Para disciplinar o julgamento das revistas, o legislador manuelino introduziu algumas regras atinentes à composição da turma julgadora; assim, os desembargadores que participaram da sentença não poderão tomar parte na sua revisão e só poderão estar presentes para prestar alguma informação sobre o feito, ou se, para declarar a tenção e fundamento que tiveram no dar a sentença, parecer necessaria a presença de um ou dois deles, quando tenha havido divergência, sendo para isso chamados tanto os que foram pró como os que foram contra.

A segunda regra é que no julgamento da revista haja sempre um número maior de desembargadores do que os que deram a sentença que se vai rever. “Assi como se na primeira sentença foram qtro vozes conformes: deve seer no reuimento noue ou dez desembargadores ou mais.”

“Em tal maneira q̃ na pte em que acordarem os mais destes do reuimento sejam cinco vozes: ou seys; ou dy pera cima: de guisa que sejam mais que as q̃ foram na primeira sentença: pera a auerem de revougar”

A terceira regra, por sua peculiaridade, constitui uma aberta exceção à regra anterior, no sentido de permitir que no revimento de algum feito participem menos desembargadores, ou por não haver tantos que possam tomar parte no julgamento, “ou por nisso metermos taes: e de tanta cõfiança; que nos pareça que posto que sejam menos em conto que os p̃meiros: sam de tanta autoridade que abasta pera o dito reuimento”

O escopo do legislador foi de substituir, em circunstância excepcional, o princípio da quantidade pelo critério da qualidade do julgador.

Em consonância com o critério a determinação: “Mandamos que o desembargo se ponha em o tal feito segundo o que for determinado: e acordado pellas mais vozes daquelles que forem no reuimento do dito feito: e per sua determinaçãem

faça fim o feito e passe a sentença: posto que o conto das vozes q̄ forem em a reuogaçam da p̄meira sentêça seja menos q̄ daqlles que foram na dita p̄meira sentença.”

Finalmente, no encerramento do Título XCIII, uma determinação de natureza processual que caracteriza o revimento dos feitos, no regime instituído pelas Ordenações de 1514, como um recurso.

“Outrosy mandamos q̄ no reuimento dos feitos as ptes nō possã allegar nē dizer cousa alguãa d. fora dos autos Saluo se forē allegações d. direito: mas p. aqlles mesmos autos p.q foy dada a p̄meira sentêça julguē o feito os desembargadores q o ouuerē d. reuer: e se justifiq̄ ou repreue a sentença de q̄ for p̄dida a reuista”.

O princípio era inadequado e injusto quando se tratasse da Revista de Justiça, por motivo de falsidade da prova ou de suborno do Juiz, casos em que o impetrante tinha necessidade de alegar e provar fatos de fora dos autos em que a sentença fora proferida.

Os revisores atentaram para essa conjuntura e na edição de 1521 formularam uma solução diferente..

10.1 Em confronto com o do Título XCIII, da edição de 1514, o texto definitivo do Título LXXVIII, da edição de 1521 — “Dos que pedem que lhe revejam os feitos” — apresenta poucas, mas significativas, alterações.

A primeira diz respeito à elevação para dois, os letrados incumbidos de ver o feito e informar o monarca sobre a concessão da Revista de Graça Especial.

A segunda é o retorno ao sistema da lei de D. DINIZ: “E a parte, a que concedemos a Revista per qualquer modo que seja, poerá sessenta cruzados d’ouro do nosso cunho, ou sua justa valia, em cauçam, em mão do Recebedor da Nossa Chancelaria perante o Escriuam della”.

Na edição de 1514 fôra mantido o sistema introduzido nas Afonsinas, de ser exigido o deposito de 30 escudos d’ouro, apenas para Revista de Graça Especial.

A terceira concerne ao destino dos sessenta cruzados, depositados, no caso do julgamento desfavorável. Na edição de 1514 deviam ser arrecadados para o monarca, mesmo que a chancelaria estivesse arrendada. Agora o destino é outro: os desembargadores que deram a sentença de que se pediu a revista. “E achando que o que impetrou a Revista nom foi em

algua parte agrauado, lhe nom tornaram cousa alguma dos ditos cruzados, os quaes Apropriamos, e Queremos que ajam os Desembargadores que a sentença (de que se pedio a Revista) deram”.

Seria como que em reparação por terem sido increpados de darem sentença viciosa, que se apurou ser correta.

A quarta, e mais importante do ponto de vista do direito processual, é referente à maneira como se devia proceder em cada uma das Revistas.

“Outrosi Mandamos que no reuimento dos feitos, nas Revistas que por especial Graça Concedemos, as partes nom possam aleguar nem dizer cousa alguma de fora dos Autos: saluo se forem aleguações de Dereito, mas por aquelles mesmos Autos por que foi dada a primeira sentença julguem o feito os Desembargadores que o ouuerem de reuer, e se justifique, ou reproue a sentença, de que for pedida a Reuista” Tal como no texto da edição anterior, a que se acrescentou: “Porem se aos Desembargadores da Reuista, ou a cada huu delles parecer, que he necessario pera o despacho do feito repreguntar alguma testemunha que no feito já fosse preguntada, ou fazer viir alguns Autos propios, cujos treslados já andarem nos Autos, por que a primeira sentença foi dada, poderam mandar fazer cada hua das ditas diligencias”

A Revista de Graça Especial deve ser processada nos mesmos autos do feito, sendo vedada qualquer alegação de fora deles, salvo se forem alegações de direito, e, por aqueles mesmos autos julguem os desembargadores a revisão, confirmando ou revogando a sentença.

Parece, fora de dúvida, tratar-se de um recurso extraordinário contra a sentença.

Prossegue a Ordenação: “E quanto aas outras Reuistas, que nom sam por especial graça, que emcima Dissemos no começo deste Titulo, poderam aleguar e prouar as causas, por que lhe foi concedida a Reuista, e as partes sejam ouuidas sobre ello com seu derecho.”

As outras eram as Revistas de Justiça, em que se alegava ter sido a sentença dada por falsa prova ou por subornação do juiz.

Como se permitiu ao impetrante alegar e provar as causas por que lhe foi concedida a revista da sentença, e, às partes de serem ouuidas com seu direito sobre a revisão, em face das provas produzidas, não tendo sido reiterada a determinação

de ser julgada pelos mesmos autos de onde saiu a sentença, todas essas peculiaridades conduzem a considerar-se a Revista de Justiça, não como recurso extraordinário, mas como uma figura *sui generis*, misto de recurso e de ação, destinada à revogação da sentença, que se propunha em segunda instância e se processava em autos apartados, e, por seu escopo, ensejava ampla liberdade probatória.

Uma figura na qual, sem grande esforço de imaginação, é possível antever o ancestral lusitano da moderna ação rescisória do direito brasileiro.

10.2 No Título LX — “Da sentença, que per Direito he nenhuma, se non requiere seer apellado, e em todo tempo pode seer reuogada” — os revisores conservaram, sem alteração, o texto da edição anterior, que era transcrição imperfeita do texto correspondente das Afonsinas.

No regime das Manuelinas, a sentença continuou sendo considerada como nenhuma, sem “nunca já mais em tempo alguu” passar em coisa julgada, mas “em todo tempo se pode poer contra ella, que he ninhua e de ninhuu valor e sem alguu efecto, e portanto nom he necessario seer della apellado”, quando: “he dada sem a parte seer primeiro citada; ou he contra outra sentença já dada; ou foi dada por peita ou preço que o Juiz ouue; ou se foi dada per falsa proua; ou se eram muitos Juizes deleguados, e alguus deram sentença sem os outros; ou se foi dada per Juiz incompetente, em parte, ou em todo; ou quando foi dada contra Dereito expresso”, etc.

Nota-se nesse texto, contudo, uma inusitada alteração. Nas Afonsinas era considerada nenhuma a sentença “dada por falsa prova *acinte* contra algum ausente”, ou seja, positadamente, com intenção de prejudicar o ausente, que tal é o significado do advérbio *acinte*. Nesse caso a sentença era nenhuma. A sentença dada por falsa prova contra a parte presente, entretanto, era alguma e carecia de ser revogada, mediante o remédio da Revista de Justiça, para não passar em coisa julgada e produzir efeito.

Parece incongruente, então, que, tendo considerado a sentença dada por falsa prova como fundamento para a Revista de Justiça, no Título LXXVIII, as Manuelinas tenham, concomitantemente, considerado nenhuma a sentença por esse mesmo motivo, no Título LX.

A incongruência entre os dois textos só pode ser explicada, a nosso ver, como manifestação do firme intento do legislador de conceder uma dupla proteção contra a eventualidade da

sentença ser dada por falsa prova: quando a falsidade é patente e a sentença foi dada acinte, sem se distinguir entre réu ausente ou presente, a sentença é nenhuma e em todo tempo se pode dizer contra ela; quando a falsidade carecer de demonstração e prova, enseja a revisão da sentença mediante a Revista de Justiça.

O mesmo ocorre com a sentença dada por juiz peitado, que é dita nenhuma no Título LX e serve de fundamento para a Revista de Justiça no Título LXXVIII, que parece comportar idêntica explicação, de ser o suborno evidente ou de necessitar de ser provado.

A presente explicação é formulada sem apoio em qualquer autoridade, pois não temos conhecimento de nenhum estudo a propósito dessa questão no regime das Ordenações Manuelinas.

NUNO ESPINOSA e BRAGA DA CRUZ referem a existência de uns comentários, em manuscrito inédito, que se encontra na Biblioteca Nacional de Lisboa, a que não tivemos acesso, ignorando se o assunto teria sido tratado. (Cf. NUNO ESPINOSA, *História do Direito Português*, cit. p. 362, nota 1, e *Humanismo e Direito em Portugal*, Lisboa 1964, *Bibliografia*, p. 374; G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário*, cit. p. 217, nota 49).

ÁLVARO VALASCO, como veremos adiante, em um de seus escritos aborda o problema da concorrência dos dois remédios destinados a atacar a sentença dada por falsas provas, o ordinário “per viam nullitatis” e o extraordinário “per viam revisionis de justitia” mostrando a diferença que há entre eles, notadamente quanto ao modo de alegar e de provar a falsidade, mas não alude à questão de ser ou não evidente a falsidade, para justificar o emprego de um ou do outro remédio. Segundo VALASCO, não há que se distinguir entre réu ausente ou presente, pois “quod dolosè, per falsum obtinetur, praesentia vel absentia partis, contra quem fertur sententia, quidquam de jure mutare non debeat”, onde a expressão *dolosè*”, com o significado de dolosamente, com velhacaria, poderá ser considerada como equivalente de acinte.

10.3 As Ordenações de D. MANUEL estiveram em vigor até 1603, tendo sido parcialmente modificadas durante esse período por leis extravagantes, que alteraram as disposições de alguns de seus Títulos.

Destas, em matéria processual, as mais notáveis foram a lei de D. JOÃO III, de 5 de julho de 1526, que estabeleceu a nova ordem do juízo, a de D. SEBASTIÃO, de 28 de janeiro de 1578 e de FILIPE I, de 4 de janeiro de 1583, sobre o mesmo assunto

da lei de D. JOÃO III, que praticamente revogou o Título XV, do Livro III, por ter regulado inteiramente de novo a ordem do juízo.

Quanto às revistas dos feitos, algumas relevantes inovações foram introduzidas pelos dispositivos constantes do Regimento dos Desembargadores do Paço, promulgado em 2 de novembro de 1564, por D. SEBASTIÃO, e recolhido na Coleção das Leis Extravagantes, Parte I, Título IIII, Lei I, p. 28 a 65.

A primeira provisão diz respeito ao prazo peremptório de 2 meses para a apresentação da petição da revista, que deve ser contado do dia em que se publicarem as sentenças de que se pede revisão, de qualquer quantia que seja, determinando aos Desembargadores do Paço que não recebam as petições de revista passados os dois meses (n.º 113).

No item seguinte (114) é estabelecida a proibição da revista de sentença dada em casos crimes, posto que as petições se ofereçam dentro nos ditos dois meses, quando pelas sentenças não for julgada além da pena crime tanta fazenda ou bens que excedam as quantias fixadas para o cabimento das revistas, porque, então, se poderão receber as petições no que tocar às fazendas ou bens somente.

A proibição é estendida (item 115) às sentenças que se derem sobre suspeições e às interlocutórias que se puzerem nos processos. No item 116, uma importante determinação a respeito do valor das causas para ser admitido o pedido da revista: não receberão os Desembargadores as petições de revista das sentenças que, da primeira instância vierem por apelação à Casa do Cível e nela forem julgadas, e que da dita Casa forem por agravo à Casa da Suplicação, onde também foram julgadas, não passando a valia da coisa julgada de cem mil reaes em bens de raiz, e de cento e cinquenta mil reaes em bens móveis, posto que se ofereçam as ditas petições dentro nos dois meses da Ordenação e que aleguem que têm algumas tenções em seu favor, porque parece que, quando os feitos são julgados em três instâncias, deve a justiça das partes ser também vista e examinada como convém. Porém, excedendo as ditas quantias, poderão tomar as petições quando oferecidas dentro nos dois meses, e isto sendo as sentenças da Casa do Cível e da Casa da Suplicação ambas conformes ainda que haja tenções diferentes. E para este efeito se entenderá pela primeira instância a sentença do Juiz e Ouvidor da terra.

E quanto aos casos que vierem da primeira instância a cada uma das ditas Casas, por apelação e agravo, e foram finalmente

determinadas em cada um deles, de maneira que não corram por mais que duas instâncias ou que por ação nova se julgarem finalmente em cada uma das ditas Casas, sem haver outra instância (instância única) como são alguns que se julgam nos juízos dos feitos de S.A. da Casa da Suplicação, e da Fazenda, e no juízo da Mina, ou os que se despacham nas ditas Casas por suas provisões na primeira instância, nestes casos sendo as sentenças sobre bens de raiz de valia de sessenta mil reaes e de cem mil reaes, poderão tomar as petições de revista sendo oferecidas dentro nos dois meses. As quais petições os Desembargadores do Paço verão com as respostas que as partes a elas derem. E parecendo-lhes pelas petições que as pessoas contra quem se deram as sentenças, de que se pedir revista, são agravadas lhes porão despacho, que se vejam os feitos pelos Desembargadores que S.A. nomear para lhe darem informação, que é caso de revista.

E assim nestes casos, como nos casos das três instâncias, em que por excederem as quantias atras declaradas podem receber as petições de revista, parecendo-lhes que não são as partes agravadas, e sendo nisso dous conformes, as excusarão.

E terão no despacho das petições tal advertência que se escusem as despezas e outros inconvenientes que se seguem da muita dilação das ditas causas.

No item 119 é prescrito que as petições de revista, que assim hão de receber, serão assinadas por um dos Procuradores das ditas Casas e de outra maneira não as receberão.

Todas essas determinações vão ser acolhidas no Código Filipino.

11. Ao ser aclamado rei de Portugal pelas Cortes reunidas em Tomar, em 16 de abril de 1581, na condição de neto legítimo de D. MANUEL, uma vez que o falecido Cardeal Rei D. HENRIQUE não deixou descendentes e o outro pretendente à corôa portuguesa, D. ANTONIO Prior do Crato, fora vencido pelas armas espanholas, o rei de Espanha, FILIPE II, prometeu guardar os privilégios, graças e mercês da nação portuguesa, como se lê na "Patente dos privilégios perpétuos, graças e mercês, de que el Rey Dom Philippe primeiro deste nome, nosso Senhor, fez mercê a estes Reynos e Senhorios de Portugal, quando nelles foi levantado por Rey em as Cortes solennes de todos os três Estados que se fizerão em a Villa de Thomar, que he cabeça da Ordem de Nosso Senhor Jesu Christo. Em abril de m.d.lxxxj"

Entre os pedidos específicos apresentados ao monarca nos Capítulos Gerais, consta o de que Portugal nunca se juntasse a Castela, regendo-se pelas suas leis e usos próprios (Cf. JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, História de Portugal, Editorial Verbo, vol. IV p. 16 e nota 25).

O monarca espanhol foi sensível ao apelo, pois, reunindo em sua cabeça as duas corôas não uniu as duas nações, preservou as leis e costumes portugueses, cuidando diligentemente de melhorar a administração da justiça e de atender às necessidades da vida jurídica mediante a promulgação de novas leis e a reforma das velhas.

Como justamente observou VERÍSSIMO SERRÃO, “e ainda que muitas disposições mergulhem no espírito das Ordenações Manuelinas e não contenham doutrina nova para o direito português, impõe-se reconhecer que foram quase sempre inspiradas pela ânsia de bom governo que define a atuação de FILIPE II e do sucessor” (História, vol. cit. p. 256).

Uma das leis mais importantes, dos primeiros anos de seu governo, é a de 4 de janeiro de 1583, que estabeleceu a nova ordem do Juízo nos feitos cíveis, alterando o sistema instituído pela lei de D. JOÃO III, de 5 de julho de 1526, a que a lei de D. SEBASTIÃO, de 28 de janeiro de 1578, introduzira algumas modificações. Essa lei irá servir de paradigma aos compiladores das Ordenações Filipinas para a redação do Título XX do Livro III.

Outra, importantíssima, é a Lei da Reforma da Justiça, de 27 de julho de 1582, que, no dizer de CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, é por si só um Código de Processo Civil e Criminal.

As muitas leis promulgadas nos reinados de D. JOÃO III e D. SEBASTIÃO, denominadas extravagantes, que o Licenciado DUARTE NUNES DO LIÃO, procurador na Casa da Suplicação, reuniu em Livro por mandado do rei (Alvará de 14 de fevereiro de 1569) para que pudesse vir à notícia de todos (Leis Extravagantes Collegidas e Relatadas pelo Licenciado DUARTE NUNES DO LIÃO, per mandado do Muito Alto e Muito Poderoso Rei Dom Sebastião, Nosso Senhor-Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1796) somavam-se as que se promulgaram posteriormente, no reinado do próprio D. SEBASTIÃO, e nos de D. HENRIQUE e de FILIPE I de Portugal, como era designado o novo monarca.

Mais uma vez se fazia sentir a necessidade imperiosa de novas Ordenações que representassem a expressão coordenada

do direito vigente, e, na precisa apreciação de MARIO JÚLIO DE ALMEIDA DA COSTA, "FILIPE I, político habilíssimo, não quiz decerto perder a oportunidade que se lhe oferecia para mostrar aos portugueses o respeito que tinha pelas leis tradicionais do País, promovendo a reforma das Ordenações dentro de um autêntico espírito nacional" (verbete "Ordenações", do Dicionário de História de Portugal, dirigido por JOEL SERRÃO, vol. 3 p. 209).

Conjectura-se que os trabalhos da compilação Filipina tiveram início entre 1584-1586.

Em 1595 estavam concluídos.

Por Alvará dado em Madrid, a 5 de julho de 1595, aprovando e confirmando a recopilação, o rei esclarece o motivo: "po lo qual vendo Nós, que depois da recopilação dos cinco Livros das Ordenações, que El Rei Dom Manoel, meu Senhor e Avô, de gloriosa memória, mandou fazer, se fizerão novamente outras muitas Leis pelos Senhores Reis nossos antecessores e per Nós, as quaes andavão de fóra dos ditos cinco Livros espalhadas, em modo que os julgadores não tinhão dellas notícias, do que se seguia as partes grande prejuizo, e em algumas havia diversos entendimentos, e per outras não era provido a muitos casos que occorião: Querendo a isso prover, determinamos com pessoas do nosso Conselho e Desembargo reformar as ditas Ordenações, e fazer nova recopilação, de maneira que de todos, assi dos Letrados, como dos que o não são, se possão bem endenter: a qual obra bem examinada e emendada, reduzida em cinco Livros, mandamos imprimir e publicar, e a approvamos e confirmamos, e queremos que em todos nossos Reinos e Senhorios se guardem e pratiquem, e valhão para sempre, e per as ditas Leis se julguem e decidão todos os casos que occorrerem: para o que revogamos e annullamos quaesquer outras Ordenações e Leis, posto que fossem estabelecidas e ordenadas em Cortes, que atéqui forem feitas, que fóra desta recopilação se acharem", etc.

As novas Ordenações, entretanto, só tiveram vigência a partir de 1603, após a morte de FILIPE I.

Por Alvará, dado em Lisboa a 11 de janeiro de 1603, FILIPE II declara: "Por quanto El Rei meu Senhor e Pai, que Santa Gloria haja, pelas causas que a isso o moverão, mandou per pessoa do seu Conselho e Desembargo copilar as Ordenações e Leis, que forão feitas em tempo del Rei Dom Manoel de gloriosa memoria, meu bisavô, e fazer nova copilação, a qual se não acabou de imprimir em dias de sua vida:

Vendo Nós quam necessaria obra era, mandamos que se acabasse de imprimir, e publicasse na forma e modo, em que stava feita em tempo del Rei meu Senhor e Pai: a qual approvamos e confirmamos e queremos que em todos nossos Reinos e Senhorios de Portugal se guardem e pratiquem, e valhão para sempre, e per as ditas Leis se julguem, determinem e decidão todos os casos, que occorrerem; para o que revogamos e annullamos quaesquer outras Ordenações e Leis, que fóra desta copilação se acharem”, etc.

A primeira edição das Ordenações, a cargo do Mosteiro de São Vicente de Fora, foi impressa por PEDRO CRASBECK, em Lisboa, em 1603.

Quanto ao verdadeiro motivo da recopilação das Ordenações, sustenta CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA ter sido outro que não o declarado no Alvará de 5 de junho de 1595.

Na opinião do egrégio juriconsulto brasileiro, “não foi o interesse de harmonisar a Legislação extravagante depois do reinado de D. Manoel, com a nova situação política da Monarchia, nem a pueril vaidade ou calculo politico de fazer esquecer a Legislação dos precedentes Monarchas, e obter a estima dos Portugueses, o que mais actuou no seu animo para levar a effeito a codificação, hoje conhecida, por Codigo Philippino”

“Havia um motivo mais poderoso que a isso obrigava o impulso da Realesa no seu exclusivo predomínio no Estado, e os devotos do Direito Romano ou Imperial”

“Esse motivo era o Concilio de Trento, aceito e proclamado em Portugal sem restricções, pelas Leis do reinado de D. Sebastião. Essa aceitação dava novo realce ao Direito Canonico, collocando-o quasi no ponto em que se achava na epocha de D. Affonso II, em que se julgava de nenhum vigor a Legislação Civil que lhe era adversa, sem declaração authentica”

“Os architectos do absolutismo Real, os Juristas Romanistas, virão com extremo desprazer este resultado, e indispensável era contraria-lo; ainda pelos meios à que o Poder Civil estava habituado à servir-se para vencer seus emulos.”

“Eis a verdadeira causa da codificação das Ordenações Philippinas, e não as que aponta o Alvará de 5 de Junho de 1595, que mandou faze-la; sendo o primeiro acto em que a Realeza Lusitana ousa revogar Leis — *posto que fossem estabelecidas e ordenadas em Cortes*”. (CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, Codigo Philippino, 14.^a edição, Rio de Janeiro 1870, Introducão, p. XXIII).

É certo ter sido Portugal o único país católico na Europa a reconhecer o Concílio de Trento sem restrições e a proclamar a vigência, em seu território, das leis votadas naquele Conclave Eclesiástico, o que se deve à circunstância de ser, na época, o Cardeal D. HENRIQUE regente do reino, na menoridade do rei D. SEBASTIÃO, tendo sido, também, Legado *a latere* naquele Conclave. (História de Portugal, dirigida por DAMIÃO PERES, Edição Monumental da Portucalense Editora, Barcelos 1933, vol. V p. 32).

A intenção de corrigir o exagero do recebimento das resoluções do Concílio sem restrições, para subordiná-las às leis gerais do Reino que elas não podiam suplantar, devia estar subjacente ao motivo declarado para a recopilação das Ordenações, mas não terá sido a sua verdadeira causa, como pareceu ao espírito ultramontano do insigne jurista.

A recopilação das leis extravagantes era uma necessidade imperiosa, como tem sido admitido pela generalidade dos historiadores.

11.1 No Alvará de 5 de junho de 1595, FILIPE I declara “determinamos com pessoas do nosso Conselho e Desembargo reformar as ditas Ordenações e fazer nova recopilação”, mas não as nomeia.

Como não se conhece outro documento oficial a respeito da recopilação Filipina, tocou aos historiadores a tarefa de investigar quem teriam sido as pessoas do Conselho e Desembargo a que o rei cometeu tão alta incumbência.

Para a pesquisa, além da indicação de serem do Conselho e Desembargo, havia obviamente a de se tratar de pessoas de reputado saber jurídico e que gozassem da confiança do monarca.

À luz desses critérios os historiadores do Direito Português arrolam os nomes de PEDRO BARBOSA, PAULO AFONSO, JORGE DE CABEDO e DAMIÃO DE AGUIAR. A primeira referência a esses nomes encontra-se no livro *Deducção Chronologica e Analytica*, Parte Segunda, n.º 89 nota c, p. 147, publicado em Lisboa em 1768. Figura como autor da obra o conhecido e controvertido áulico JOSÉ DE SEABRA DA SILVA, mas INOCÊNCIO sustenta que ele apenas emprestou o nome, tendo sido o próprio MARQUÊS DE POMBAL o verdadeiro redator desse libelo contra os jesuítas. (INOCÊNCIO FRANCISCO DA SILVA, *Diccionario Bibliographico* cit. Tomo II n.º 42 p. 130 e Tomo V p. 121).

Apoiados na Dedução Chronologica os historiadores passam, de um modo geral, a repetir a informação. (P. J. DE MELLO FREIRE, *Historiae Juris Civilis Lusitani, Liber Singularis*, 1.^a ed. Lisboa, 1788, § XCIII p. 104; FRANCISCO COELHO DE SOUZA e S. PAIO, *Prelecções de Direito Patrio Publico e Particular*, Coimbra 1793, § XII p. 12; M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação*, cit. p. 188; J. I. MARTINS JÚNIOR, *História do Direito Nacional*, 2.^a ed. Pernambuco, 1941, p. 93; WALDEMAR FERREIRA, *História do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro-São Paulo, 1952, tomo II, p. 303; JOSÉ GOMES B. CÂMARA, *Subsídios para a História do Direito Pátrio*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1973, tomo I, p. 151).

A esses nomes, alguns autores acrescentam o de AFONSO VAZ TENREIRO (PEDRO MARTINS, *História Geral*, cit. p. 413, 414; PAULO MERÊA, *Lições* 1923, p. 97 e *Lições* 1933, p. 143), ou o de RODRIGO VASQUES DE ARCE (JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *História de Portugal*, cit. vol. IV, p. 256).

CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, louvando-se na Dedução Chronológica e na História de MELLO FREIRE, escreve que foram PEDRO BARBOSA o INSIGNE, PAULO AFONSO, JORGE DE CABEDO e DAMIÃO DE AGUIAR, “todos mui conspicuos por seu saber e pelas posições elevadas que ocupavam” Acrescentando que nem PEDRO BARBOSA, nem PAULO AFONSO figuram na lista dos Revisores, que, além de CABEDO, são MELCHIOR DO AMARAL, DIOGO DA FONSECA, DAMIÃO DE AGUIAR e HENRIQUE DE SOUZA. (Código Philippino, cit. Introdução, p. XXVII).

Com fundamento em um Memorial subscrito por DUARTE NUNES DO LIÃO, no qual o famoso jurista, que já havia organizado a compilação das Leis Extravagantes a mandado de D. SEBASTIÃO, declara “estar trabalhando a mais de seis anos na reformação das Ordenações do Reino”, o seu nome, até então não lembrado por qualquer outro historiador, é apontado por NUNO ESPINOSA como um dos compiladores (*História*, cit. p. 391, nota 1).

Recentemente, o ilustre professor de Lisboa escreveu interessante trabalho de pesquisa histórica “Sobre os Compiladores das Ordenações Filipinas”, demonstrando ter sido DUARTE NUNES DO LIÃO um dos juristas encarregados da compilação, e, passando em revista os outros nomes geralmente indicados, concluiu, após exaustiva e documentada argumentação, que JORGE DE CABEDO, AFONSO VAZ TENREIRO e DUARTE NUNES DO LIÃO trabalharam na compilação; que não está provada a qualidade de compiladores de PAULO AFONSO, PEDRO BARBOSA e DAMIÃO DE AGUIAR, existindo apenas a genérica possibilidade

de o terem sido, uma vez que foram desembargadores contemporâneos de CABEDO; “que, no entanto, essa possibilidade quanto a PEDRO BARBOSA parece fortemente diminuída, pois este jurista, saído de Portugal em 1583, terá na sua qualidade de membro do Conselho de Estado, residido em Madrid durante a maior parte do tempo que levou a efectuar a compilação”. (NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Sobre os Compiladores das Ordenações Filipinas*, Lisboa 1977, p. 27, 28 — Separata do “Boletim do Ministério da Justiça” n.º 264).

A circunstância de ter residido em Madrid durante a maior parte do tempo que levou a efectuar a compilação não basta, por si só, para afastar o nome de PEDRO BARBOSA do rol dos compiladores.

A residência em Madrid não seria obstáculo à remessa de seus trabalhos para Lisboa.

Ao contrário, sua permanência na Côrte na qualidade de membro do Conselho de Estado e Desembargador, e, em razão do renome de jurista “insigne”, não teria sido a ele que FILIPE II se referiu, no Alvará de 11 de janeiro de 1603, como *a pessoa* do seu Conselho e Desembargo a que FELIPE I mandara compilar as Ordenações?

Convivendo com ele na Corte e sabendo que ele trabalhara na compilação, o novo rei deu-o como o autor da obra, ignorando os demais que haviam trabalhado em Lisboa.

A não ser PEDRO BARBOSA, quem poderia ter sido a pessoa a que FILIPE II se referiu?

11.2 As Ordenações Filipinas mantiveram a mesma estrutura e distribuição das matérias das Manuelinas, a mesma divisão em cinco Livros, que vinha desde as Afonsinas.

Quer quanto à forma quer quanto ao fundo, a análise da nova recopilação revela ter havido da parte dos compiladores o deliberado propósito de realizar uma pura e simples atualização das Ordenações de D. MANUEL, com a incorporação da legislação extravagante posterior, notadamente das Leis coligidas por DUARTE NUNES DO LIÃO, mas sem alterar o sistema tradicional do direito português.

Na realidade a recopilação nada inovou, sendo a ausência de originalidade o seu maior defeito, a que os críticos acrescentam a pouca clareza de seus dispositivos, as freqüentes contradições, a falta de cuidado em suprimir alguns preceitos revogados ou caídos em desuso.

Como disse COELHO DA ROCHA, “a falta de methodo e economia da compilação, as maximas e espirito das leis, e as matérias são as mesmas, que se acham nas Ordenações Manoelinas; as quaes os novos redactores pela maior parte copiaram, inserindo-lhes aqui e alli as leis posteriores, principalmente as contheudas na collecção de DUARTE NUNES DO LEÃO; e isso com tanta incuria que em muitas partes deixaram obscuridades, ou palpaveis contradicções” (Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação, cit. p. 188).

Esses defeitos derivam, em grande parte, do respeito que os compiladores demonstraram pelas Ordenações Manuelinas. Segundo observou NUNO ESPINOSA “É, no entanto, em certa medida, esse respeito pelas Ordenações anteriores que será origem de um dos seus maiores defeitos — a falta de clareza, a obscuridade de muitas disposições” (História, cit. p. 395).

É que, em vez de refundir o antigo e o novo para a obtenção de textos atualizados, os compiladores se limitaram a juntar leis manuelinas e leis extravagantes posteriores, sem o cuidado de expungir o que estava revogado e o de evitar a inserção de leis contraditórias.

Movidos mais por sentimento de xenofobia à dinastia castelhana dos Filipes — que eram, no entanto, legítimos descendentes do monarca português D. MANUEL — do que, verdadeiramente, por motivos superiores de hermenêutica jurídica, alguns autores do século 18, como SEABRA DA SILVA, MELLO FREIRE e JOSÉ VERÍSSIMO ALVARES DA SILVA, esmeraram-se em apontar esses defeitos das novas Ordenações, que JOSÉ VERÍSSIMO denominou depreciativamente de “filipismos” (cf. Introdução ao Novo Código ou Dissertação Crítica sobre a Principal causa da obscuridade do Nosso Código Authentico, Lisboa 1780, p. 6), alcunha que se tornou cediça até em autores contemporâneos (cf. PAULO MERÊA, Lições, cit. ed. 1923, p. 97, Lições ed. 1933, p. 144; BRAGA DA CRUZ, Lições cit., p. 399; MARCELLO CAETANO, Lições cit., p. 267).

Do Código Filipino, disse MELLO FREIRE ter muitos defeitos e que nem sempre conserva a antiga majestade da Jurisprudência Pátria. Por isso, pouco falta para que o possamos considerar supérfluo e quase inútil. (Historiae, cit. §, X CII).

A despeito de seu enorme saber, a opinião de MELLO FREIRE não pode ser levada em consideração no particular, em razão da conhecida parcialidade de seu juízo, que qualificou PAULO AFONSO e PEDRO BARBOSA de “homens lisongeiros e mercenários”, ao mesmo tempo em que chamou os componentes

da Junta Literária, autores do Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra, de 1771, de “varões gravíssimos e doutíssimos” e ao déspota esclarecido D. JOSÉ de “Fidelíssimo e Augustíssimo” Os superlativos falam por si mesmos.

Supérfluo e quase inútil, entretanto, não o julgou a posteridade.

Com seus “filipismos” e arrostando esse tipo de crítica, patrioteira mas superficial, o Código Filipino vigorou durante 264 anos em Portugal e 312 anos no Brasil.

A esse respeito escreveu o emérito professor WALDEMAR FERREIRA, com a serenidade descomprometida do historiador: “Correram séculos, reis e rainhas se sucederam na posse e administração da Corôa, e as Ordenações Filipinas subsistiram, adaptando-se às necessidades dos povos e dos tempos”

“Têm elas na sua anciania respeitada e respeitável a auréola da sua grandeza” (História do Direito Brasileiro, cit. tomo II, p. 330). (continua no próximo volume)

Abertura de Testamento*

Paulo Carneiro Maia

Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.

Lembra CARLOS MAXIMILIANO — arremessando âncoras em autores afamados da terra e de fora dela — ao mesmo tempo que explica as razões, pelas quais, semelhante testamento cerrado tem sido preferido no Brasil ao oposto de outros sistemas, em que a forma secreta é rara, aditemos sem deixar de advertir quanto ao resguardo às solenidades — que outrora era ele também chamado de *nuncupação implícita*, caracterizando-se como tal aquele que for “escrito e assinado pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo, e aprovado por oficial público em presença do disponente e cinco testemunhas idôneas”

Cerrado lhe chamam, por ser tradicionalmente guardada a cédula testamentária sob lacre e linha; a palavra *místico* significa secreto, sigiloso. De fato, nem o oficial nem as testemunhas tomam conhecimento das disposições, que, em geral, só vêm a ser sabidas quando o instrumento é aberto após o falecimento do testador⁵³.

Tão exatas e significantes já eram estas duas questões fundamentais e indissociáveis (apresentação e abertura) no velho cenário jurídico — superadas certas “incongruências martirizantes para os intérpretes”, desaproveitáveis “inadvertências, em que se deixaram deslizar os compiladores do Código Filippino”, na censura de CLOVIS BEVILAQUA, ao recenciar as formalidades essenciais dessa espécie de testamento⁵⁴ — que LACERDA DE ALMEIDA, ao ocupar-se do testamento cerrado, destinou-lhe capítulo especial em sua exposição doutrinária ao direito das sucessões, oferecida à Douta Congregação da Faculdade do Rio de Janeiro, pouco antes da promulgação do código civil pátrio vigente⁵⁵.

* Continuação do trabalho, com o mesmo título, publicado no v. 73-1978, desta Revista.

53. *Op. cit.* v. I, n.º 44, p. 469.

54. *Cit. Direito das Sucessões*, § 62, pp. 224/230.

55. *Op. cit.*, § 36, pp. 225/227.

A conjugação dada ao auto de aprovação — que não é simples coincidência e sim nota dominante — leva a gerar reflexo ou liame com a *abertura*, no que ela pode apresentar como caráter formal. O que é aplicável e constitui cautela no auto de aprovação — com a narrativa dos atos elaborativos (peculiaridades desse auto de aprovação) — deve ser cuidadosamente verificado no momento em que se operar a *abertura*, numa sintonia para ser inferida, de modo incontrastável, se o testamento que está sendo aberto, ao ser cerrado, teve o seu auto de aprovação revestido das cautelas que, pela aparência, apresente-o aceitável, sem vestígios externos que o invalidem, *primo ictu oculi*, guardada igual visualização valorativa. Esta a aproximação desejada e que, em atitude agnóstica, fria, da reconstituição no outro extremo, aprofundadamente, permita identificar o QUE FOI ENCONTRADO, ao ser “aberto pelo juiz”, o testamento (*c.c., cit. art. 1.644*), com o que figura como o EXECUTADO COM ACERTO A TEOR FORMAL DO AUTO DE APROVAÇÃO. É a depuração real e objetiva, pois seria extravagante conceber-se critérios díspares a presidirem o ditame na singularidade do mesmo ato de disponibilidade a ser preservado, e que por processo inaceitável de contorsão, redundassem em indesejável aniquilamento. E isto parece suficiente e convincente, nos confins adequados à forma, porque o perfil do procedimento quanto à abertura, será ao depois desenvolvido (*item 7*).

Resta pôr em cena, como preocupação maior deste *item 6*, em compasso ao circunstanciado, na cadeia do silogismo acabado, *valeat quantum*, como irrecusável, que o único testamento sujeito à abertura — como justaposto de início a este lance da digressão, além das rápidas alusões intercorrentes e grau de ressalva — É o CERRADO (*c.c., cit. art. 1.644 e c.p.c., cit. art. 1.123*). E isto porque o público e o particular (ológrafo), as outras duas formas ordinárias reconhecidas na atualidade (*c.c., cit. art. 1.629*), já surgindo abertos, não de ser, apenas, apresentados, com práticas inerentes a todos eles, pois no que lhes concerne “*au bout de compte*”, importaria em inconseqüência e impossibilidade material abrir o que está aberto. Incidiria, sob outro prisma, assim, na norma de procedimento de jurisdição voluntária, uma das inovações sistematizadas da nova lei formal (*c.p.c., art. 1.103*), se não existissem preceitos específicos para as outras duas espécies de testamentos, subordinados à apresentação (*c.p.c., arts. 1.128 e 1.130*), porque a publicação do ológrafo é inerente e condicionada àquele ato primeiro de dar conhecimento, o que ocorre pela apresentação.

A alusão à *abertura* de testamento, indistintamente, quando só cabe ser aberto, com o desfazimento do seu invólucro, aquele

que está fechado, qual o cerrado, ao invés de dizer-se *apresentação* — com maior propriedade no tangente ao público e ao ológrafo porque já estão abertos — tomou corpo, estando em voga, sem corresponder a exatidão, aquele emprego generalizado. Possivelmente, esta insegura deturpação, a reclamar mais propícia sintonização fenomenológica, seja devida a extensão do conceito e momento de *abertura da sucessão*. Esta é que se “*abre*” com a morte (*c.c.*, art. 1.572), quando alguém deixa de existir, como “*abre-se*”, (foro competente), “no lugar do último domicílio do *de cujos* (*c.c.*, art. 1.578). Está, aí, a morte implícita, logicamente como pressuposto da sucessão hereditária, embora não lhe seja exclusiva, operando *mortis causa* e não em outros domínios, *inter vivos* — além de ser de todo válido o magistério de CLÓVIS BEVILAQUA, de que existindo, “no Código Civil, um capítulo consagrado à transmissão da herança, a ele devia pertencer a matéria do art. 1.572; depois, evidentemente, a ordem lógica das idéias exigiria que o art. 1.573 precedesse ao art. 1.572, porque aquele contém a idéia de sucessão, com referência à causa, e este uma de suas conseqüências”⁵⁶. Além da sucessão provisória (*c.c.*, art. 449), passível de tornar-se em definitiva (*c.c.*, art. 481) do ausente, o que por axiomático cessará, em qualquer dos dois casos, se o ausente aparecer ou ficar provada a sua existência (*c.c.*, arts. 480 e 483).

O emprego da expressão menos própria, na prática forense, de *abertura de inventário*, em lugar de instauração, confundindo-a com a *abertura da sucessão*, até na hipótese de sucessão provisória, se no curso dela comprovar-se a época exata do falecimento (*c.c.*, art. 479), admitimos, tenha concorrido para a usança analógica, imprópria e indistinta quanto a qualquer testamento, adstrito a mera *apresentação*.

É instante de ir ao alvo, que não concebe erro nem escusa, significando como autores de tomo, ao discorrerem acerca da execução do testamento, são incisivos. Escreve TITO PRATES DA FONSECA, com apreciável labor e expressivo subtítulo, “Abertura do Testamento Cerrado”; “o testamento público, que é lavrado no livro de notas do oficial público, não carece, a evidência, de ato especial de abertura: é testamento aberto e autenticado.

Tira-se-lhe, porém, um traslado ou certidão, para ser registrado e inscrito, na forma dos demais testamentos.

56. *Cit. Código Civil Comentado*, v. VI, p. 7.

É medida de elementar prudência, se o testador encerrou o seu testamento particular em um envelope ou outro envoltório e, na parte externa, anotou que ali se contém o seu testamento, *Deixar-se a Abertura ou Destruição do Envólucro ao Juiz Competente* (grifo nosso).

O *Testamento Cerrado Será Aberto Pelo Juiz*, que o fará registrar e arquivar no cartório a que tocar, ordenando que seja cumprido, se não lhe achar vício externo, que o torne suspeito de nulidade ou falsidade ⁵⁷

Com a objetividade e penetração que o tipifica, ao cuidar do processo dos testamentos, PONTES DE MIRANDA, após indicar as formalidades iniciais para o cumprimento deles, em primeiro lugar, precisa ser “a apresentação e sendo cerrado, a abertura”, para logo adiante, aludir a um e a outro, prelecionando por todos: “*Apresentação e Abertura do Testamento. Abertura de testamento é formalidade relativa ao testamento cerrado. Apresentação é ato concernente a qualquer. Todos os testamentos, igualmente, dependem do “cumpra-se”* Em todo o caso, nos tratadistas do uso moderno, nas leis portuguesas e nos praxistas, fala-se em *abertura* como solennidade commum a todos os testamentos, extensão perfeitamente comprehensivel mas imprópria, porque só se abre o que está fechado. Se o público ou o particular, vêm em carta fechada ou capeado com lacre, amarras, ou costura — *abri-lo é ato material*, mais do que de jurisdição. Tanto assim que podiam os apresentantes tê-lo aberto antes de apresentar” ⁵⁸.

Em que pesem o esmero e o egregiamente engrandecido no seu *Tratado de Direito Privado*, voltando PONTES DE MIRANDA ao tema da *abertura do testamento, registro e arquivo*, na verdade não teria muito a aditar ao que fora exaurido no mencionado *Tratado dos Testamentos*, cujo ponto culminante, no que ora nos interessa, ficara atingido na passagem retro trasladada. Bem por esta mesma arquitetura, fecunda de imaginação e labor, consolidados que haviam sido os princípios básicos, com aquela registrada antecedência, fiel ao sentido e alcance desta questão, manteve igual linha de pensamento. Reafirmou o seu sentir, a bem dizê-lo, em enunciação por outras palavras, propiciando o rearticular sob outra forma do que já se afadigara, tornando-se escasso, a corroborar o designo

57. *Sucessão Testamentária*, São Paulo, Saraiva & Cia. Editores, 1928, n.º 150, pp. 311/312.

58. *Cit. Tratado dos testamentos*, v. IV, n.º 1821, p. 335 e n.º 1824, pp. 337/338.

resultante de *non nova sed nova*. Olhos postos no conteúdo do texto legal (*c.c., cit.* art. 1.644), que cotejou com o do projeto revisto e a emenda do Senado Federal, deixou substancialmente dito: “O auto de *Abertura do Testamento Cerrado é Formalidade Típica* (grifo nosso) “porque a lei supõe cerrar-se e coser-se o testamento, ainda que antes já o testador o houvesse fechado, ou fechado e lacrado. **NÃO SE ABRE QUALQUER DOS OUTROS TESTAMENTOS**” (grifo nosso) “exceto o testamento militar, que o testador, se escrito e assinado por ele, entendeu cerrar (*Código Civil*, art. 1.661)”

“Para a abertura do testamento, o que se exige é que o levem ao juiz e a lei não limitou a faculdade de apresentação para a abertura. Não se precisa da presença de qualquer outra pessoa, que o juiz e o escrivão, mesmo porque as testemunhas podem ser ignoradas, ou não mais viverem, ou estarem longe do juízo. **QUEM APRESENTA DEVE ESTAR PRESENTE A ABERTURA**” (grifo nosso)

“Se o testador falece, ou se é julgada a sucessão provisória, **TEM DE SER ABERTO O TESTAMENTO CERRADO**” (grifo nosso). “A entrega para a abertura há de ser onde está o testamento cerrado e não necessariamente onde foi aprovado; pois o testador pode ter mudado de domicílio, ou de residência, ou apenas tê-lo guardado noutra lugar, ou tê-lo enviado a algum cofre que tenha noutra cidade, ou tê-lo confiando a alguém. A abertura onde se acha o testamento é recomendada para que se evite o extravio, ou fraude, e para se saber o que se dispôs quanto aos funerais.

A lei de organização judiciária é que diz qual o juiz competente, ou, onde não há juiz de vara especial, qual o que há de exercer tal função”⁵⁹.

Daí em diante, tranquilizados os pontos estruturais, PONTES DE MIRANDA, entra a ressaltar as questões formais, porque têm elas inerência ao procedimento acerca do “termo de abertura”, indicações e cuidado de que deve se revestir, sem contar a evolução do código visigótico ao pátrio. E como isto é de esfera prevista (*item 7*), fica transposto para o contexto seguinte, com os matizes próprios, guardada a mesma continuidade.

Com as ilustrações trazidas, que se nos apresentam convincentes, decisivas, acreditamos desnecessário novas citas. Inclusive porque algumas foram se disseminando, à medida de

59. *Cit. Tratado de Direito Privado*, t. LIX, § 5.883, pp. 122/123.

menções incidentes e a maioria de outros autores repassados conspiram mais em torno do próprio texto basilar (*c.c., cit.* art. 1.644), repetindo-o com maior ou menor colorido e procuram suporte na lei formal de 1939 (*c.p.c., arts. 525/528*), hoje ultrapassada e contingentemente desmerecida, mas, subjacente nessa particularidade ⁶⁰.

Poucos são os que, como FERREIRA ALVES, em redução de passagem que está a reclamar nova ênfase, afirmam sem aversão: “O termo de abertura deve ser lavrado logo em seguida ao auto de aprovação.

A ABERTURA SOMENTE É NECESSÁRIA QUANDO SE TRATA DE TESTAMENTO CERRADO” (grifo nosso) “pois nenhum outro depende desta solenidade e somente de registro” ⁶¹.

Não são muitos, para remate dessa aresta, aqueles que, como CARLOS MAXIMILIANO, despontam a obrigação de ser procedida a *abertura*, com o falecimento do ausente e as solenidades impostas, ao conceber e argumentar: “No caso do falecer o testador, ou de ser decretada a curadoria e sucessão provisória do mesmo, como ausente; deve, sem demora, *efetuar-se a abertura do testamento “cerrado”* (grifo nosso). “A solenidade verifica-se no lugar onde o instrumento está ou aparece, e imediatamente, sem perda de tempo; a fim de evitar extravio ou fraudes e se atender às disposições possíveis a respeito de funerais” ⁶².

A alforria a essa questão ficará irrestrita se não correrem à revelia, cabendo ao nosso consciente o critério seletivo, dois adminículos. O primeiro deles, restrito ao simples designativo do instrumento de aprovação do testamento cerrado, que CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA ⁶³ repara como melhor ficaria designar de “autenticação” semelhante “termo de aprovação”. O segundo, de ordem temporal ou circunstancial, restringe-se à data designada pelo testador ou ao evento para a abertura do testamento. Fato é este menos comum, mas, reconhecido como lúdimo, pela doutrina. Mencionou-o e resumiu-o bem, JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, nos seus comentários à parte procedimental destinada aos testamentos, sob o título *abertura do*

60. ITABAIANÁ DE OLIVEIRA, *op. cit.* v. II, n.º 38, p. 448; SILVIO RODRIGUES, *op. cit.* v. II, n.º 58, pp. 116/117; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *op. cit.* v. VI, n.º 459; ORLANDO GOMES, *Sucessões*, Rio de Janeiro, Forense, 2.ª ed., 1973, n.º 98, p. 143, v.g., além de outros.

61. *Op. cit.* s, n.º 45, p. 119.

62. *Op. cit.*, v. I, n.º 475, pp. 527/528.

63. *Op. v.*, VI, n.º 459, p. 116.

testamento com data marcada pelo testador. Consideramos proveitoso transcrevê-lo, observando como na nota correspondente está remetido às fontes nucleares, sem delonga, no passo em que argumenta *ab autoritate*: “Poderá acontecer que o testamento apresentado contenha, no invólucro ou parte externa, declaração do testador determinando data ou época de sua abertura. A hipótese é rara, mas poderá ocorrer, pois poderá estar na vontade do *de cujos* que os termos de sua disposição, por esta ou por aquela razão, conveniência de ordem pessoal ou familiar, somente sejam tornados públicos em época de que ele é o único senhor.

O código, tal como o anterior, silenciou a respeito, mas a doutrina assentou que se respeita a ordem do testador de só ser aberto o testamento depois de certo acontecimento, ou em data determinada”⁶⁴.

Embora registrado pelo processualista aproximado, como “hipótese rara”, a determinação de “data ou época de sua abertura” não é tão hipotética e singular assim, essa possibilidade, pois, mesmo não sendo comum, CARLOS MAXIMILIANO⁶⁵ (oportunamente citado por JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO⁶⁶, enuncia o problema, em apanhado ilustrado com espécie judiciária ocorrida na Itália.

7 Na área do procedimento jurisdicional acerca da apresentação e abertura, rumo do sumulado no pórtico, que objetiva o testamento cerrado, antes de apreciarmos a extensão do mesmo rito (*item* 8 imediato), da fonte material atingimos o aspecto eminentemente formal. Aquela, edita a regra geral que delega ao juiz, ao qual for apresentado o testamento, a incumbência de abri-lo, ordenando seu cumprimento, depois de mandar registrar e arquivar, “se lhe não achar vício externo, que o torne suspeito de nulidade ou falsidade” (*c.c.*, art. 1.644). Este, dispõe quanto ao modo de recebimento do testamento cerrado, pelo juiz, as providências que lhe cumpre tomar, para o seu cumprimento, pormenorizando o que deve conter o ato de abertura (*c.p.c.*, art. 1.125, parágrafo único).

Há de o juiz atentar, antes de abrir o envoltório ou capeado, contendo o testamento — ato material “mais do que de jurisdição” — para o aspecto exterior deste envoltório ou sobrecarta e estado em que lhe é exibido.

64. *Op. v. cits.*, n.º 71, p. 55.

65. *Op. cit. v. n.º* 478, p. 530.

66. JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, *idem, ibidem*.

Igualmente deve o magistrado apurar, neste primeiro exame externo, se consta ou não a indicação de ter sido lançada, no exterior do envoltório (invólucro ou sobrecarta), a data ou indicação da época ou menção de algum evento, para a abertura, a fim de, ao depois, fazer consignar, o que tiver notado, no “auto de abertura”, que mandará lavar, subscrevendo-o com o escrivão, em presença do apresentante que também o assinará (*c.p.c.*, art. 1.125, parágrafo único).

São estas, menções, dentre outras, integrantes do “auto que podem ser deparadas, tanto no invólucro, como na cédula, previstas pelo diploma formal vigente, além de **QUAISQUER CIRCUNSTÂNCIAS DIGNAS, DE NOTA, ENCONTRADAS** “no invólucro ou no interior do testamento” (*c.p.c.*, inciso IV, do *cit.* parágrafo único do art. 1.125).

Pela inspecção exterior do capeado, mesmo antes de abri-lo, ao lançar no seu frontestício ou dorso, vendo-o, ainda *ab extra*, o primeiro despacho, à evidência datado e assinado, ordenativo de sua distribuição e autuação para ser reduzido a termo — habitualmente na singeleza da fórmula “D.A. Lavre-se termo de apresentação” — já estará o juiz, diligente, procedendo a uma revista para o cotejo oportuno com a “nota” final que deverá deparar no fecho do instrumento de aprovação. Dotado desse desvelo, poderá conferir, ao depois, descerrada a sobrecarta, com os dizeres desse instrumento de aprovação.

Nesta averiguação, cabe inferir se o envoltório, ou qualquer parte dele, tenha sido lacerada, com ou sem a possibilidade de retirada da cédula testamentária e do auto de aprovação, deixando-se vestígio de provável reposição ou mesmo eventual substituição de seu conteúdo. No caso negativo, o mais indicado é conceber-se ter ocorrido simples tentativa, não consumada, de descerrar ou mero desgaste provocado pelo tempo ou atribuível ao atrito com outros papéis guardados juntos.

Depois de ultimada esta verificação é que o juiz deverá dilacerar o envólucro (no pressuposto de sua normal e acauteladora existência), passando-se, neste desdobramento, da primeira operação à segunda, que é o exame do testamento, propriamente dito, do instrumento de aprovação, da nota de entrega e seu lançamento em livro próprio (*c.c.*, art. 1.643), primeiro quanto ao seu aspecto externo e de achar-se ele incólume. Especificamente se a costura e o lacre estão intactos e qual a aparência geral do estado a descrever, ao seu tempo, o que for significativo e passível de ressalva, no auto a ser lavrado.

Notado que possa ser — mesmo parecendo grotesco, a primeira vista, mas constituindo exemplo inspirado — a desligação tanto do envoltório, como a descontinuidade adesiva da cédula, é recomendável meditar se para tal, puderem ou não ter concorrido fatores circunstanciais. E isto porque, tanto o fato será passível de ser atribuído à aridez ou secura (nos climas quentes), como à umidade (nos climas frios), ocorrência essa natural, admissível e justificável por si. Também a impregnação, por efeitos da evaporação, provocada, ou finalmente a utilização de uma lâmina, estes últimos meios artificiais reprováveis e inacolhíveis, tendo em mira o desligamento intencional e nocivo, tendentes a provocar o descerramento, não devem ficar omitidos e sim relatados.

Ao proceder semelhante avaliação, no sistema deste convencimento a que será levado, no simples plano investigatório extrínscico, abre-se ensejo ao juiz, esmerando-se em filmagem mental, para surpreender o *status* e adquirir a convicção, desnublada de dúvidas, de não ter ocorrido dilaceração do testamento, violentando-se o testemunho da mente, a *iusta contestatio, id es solemniter facta, ut post portem nos trat valeat*.

Após receber do apresentante um tal testamento, procedida a sua abertura e leitura, na presença de quem lhe fez essa entrega, verificada a inexistência de defeito ou vício, caberá ao juiz determinar que se proceda ao registro, arquivamento e cumprimento. Mandará ainda lavrar o auto, o qual rubricará e será assinado pelo apresentante, sem silenciar a respeito das circunstâncias em que recebeu o testamento, o estado deste instrumento, fazendo mencionar: I — a data e o lugar em que o testamento foi aberto; II — o nome do apresentante e como houve ele o testamento; III — a data e o lugar do falecimento do testador; IV — qualquer circunstância digna de nota, encontrada no invólucro ou no interior do testamento (*c.p.c., cit. art. 1.125, parágrafo único*).

O cuidado no exame exterior do invólucro, a atenção ao estado dos pingos de lacre, das ataduras e do carimbo, que devem estar intactos, inconfundíveis com o eventual atrito ocasionado e a ação das condições climatéricas, conforme o testamento tenha sido encontrado em local frio ou quente (ressecando ou podendo liquescer a cola das bordas desse invólucro), além das rasuras, entrelinhas, manchas ou emendas deparadas na cédula, ou “qualquer circunstância digna de nota” (é o que previu o item IV retro citado), têm de constar do *auto de abertura*.

Foi atento a estas cautelas, que PONTES DE MIRANDA delinheu, com o reconhecido descortino: “NO TERMO DE ABERTURA hão de estar as indicações principais e necessárias: lugar, dia, mês e ano da abertura; o nome do apresentante ou os nomes dos apresentantes, com informação sobre ser ato do próprio apresentante, ou dos próprios apresentantes, ou por ordem de outrém, com nome de tal pessoa ou das pessoas que ordenaram a apresentação; razão porque trouxe ou trouxeram o testamento; quais as relações do apresentante ou dos apresentantes, de quem ordenou ou das pessoas que ordenaram a apresentação; em poder de quem se achava o testamento cerrado; a data e lugar do óbito, com os dados sobre o falecido (nome, nacionalidade, naturalidade, filiação, estado civil, domicílio; estado do testamento cerrado, inclusive quanto ao número de pingos de lacre, borrões e quaisquer outros defeitos e correções”⁶⁷

O uso e préstimo do “auto”, de forma acautelada, quadra memorar, remonta-se ao direito anterior. Revista GOUVÊA PINTO, em prosseguimento à advertência de que, à aposição ao cumpra-se e determinação de registro pelo juiz “faz depois o escrivão O AUTO DE ABERTURA, que assina com o nome inteiro e o juiz com o seu appellido; registra-se no livro de registro dos testamentos e tira-se um instrumento para se dar a parte interessada”⁶⁸.

Nos euremas e formulários sobre testamento, integrantes do aditamento ao último volume da obra de CARLOS MAXIMILIANO, relativa ao direito sucessório, dentre os esboços reputados, apresentou ele o do “termo de abertura”. Neste se menciona, em trabalho lavrado, de inquestionável benefício, como se procederá e a solenização daquela abertura⁶⁹.

Também na escala dos princípios, emanados do mesmo preceito substantivo, depois da abertura e lavratura do termo, o juiz fará registrar e arquivar em cartório o testamento, “ordenando que seja cumprido” (c.c. art. 1.644). Naturalmente cuvindo, previamente, o órgão do Ministério Público, para que o testamenteiro, eleito pelo testador ou nomeado pelo juiz, se não tiver aquele feito a indicação, estiver ausente, bem como se o eleito não aceitar o encargo, assine o “termo de aceitação”, extraindo o escrivão “cópia autêntica do termo do testamento

67. *Cit. Tratado do Direito Civil*, t. LIX, § 5.883, p. 124.

68. *Op. cit.* p. 60.

69. *Op. cit.* v. III, pp. 509/510.

para ser juntado aos autos do inventário ou de arrecadação da herança”, adjunta a lei formal (*c.p.c.*, arts. 1.126 e 1.127).

Com estas duas últimas normas, que concentram matéria processual, se entende que esse procedimento termina. É como o exprime, aliás, JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO⁷⁰, ao finalizar esses comentários, em resumo de conteúdo compacto e expressivo.

Ex hypotesi, poder-se-á conceder, tanto como ocorrência viável, quanto pela verdade histórica, ambas não ignoradas, com reminiscência dissimuladas, que se o testamento for aberto por autoridade incompetente, alguém em vez do juiz, por inadvertência de terceiro (salvo por dolo, ou premeditação do testador que o quis destruir), há de ser procedida a justificação judicial do fato.

Em simples inversão de raciocínio tem-se que, na ordem oposta dos fatos, da mesma maneira como no cerramento, concluído o auto de aprovação pelo oficial de notas, é recomendável que, no descerramento se faça, tanto quanto possível, a fiscalização de terem sido resguardadas aquelas formalidades, aludidas antes, pelo que tenha figurado no auto de aprovação. Será a típica apreciação ao inverso, inerente e resultante da posição transposta na cronologia dos atos.

Bem lastreado e lembrando ULPIANO, professava TROPLONG, um dos mais ilustres representantes da chamada “Escola da Exegese”, inspirada na legislação francesa do período napoleônico, ser vedado ao juiz, sob qualquer pretexto, escusar-se de abrir o testamento que lhe for apresentado. Em frase enérgica, formando na corrente dos que sustentam qualificar-se essa abertura como ato de jurisdição voluntária, orientou o juriconsulto, magistrado e Par da França em meados do século XIX: “Son ministère” (aludindo à função de abertura pelo presidente do tribunal, na França) “*est purement passif, et le JUGE NE POURRAIT, SOUS AUCUN PRÉTEXTE, REFUSER L’OUVERTURE ET LA DESCRIPTION*” (grifos nossos). “Les vices apparents du testament ne seraient pas un motif pour l’y autoriser. *Itemque imperfecta solemus testamenta dicere*”⁷¹.

As posições legais e as elaborações doutrinárias significadas, na força das motivações, sem descurar dos princípios substantivos e procedimental, que se complementam, não repre-

70. *Op. v. cit.*, n.º 73, p. 161.

71. RAYMOND THÉODORE TROPLONG, *Droit civil expliqué, Des donations entre-vifs et des testaments*, Paris, Charles Hingray, Libraire-Editeur, 1.855, t. IV, n.º 1.821, p. 60.

sentam, apenas, um lavor teórico frio, mas, o revérbero de uma vivência impregnada das mais legítimas aspirações, o que, pelas contingências humanas, não devem suprimir os resguardos.

Lembre-mo-nos, ainda, com TROPLONG, que estas formalidades, corporificadas no código napoleônico (*cit. c.c.*, francês, art. 1.007), devem sua origem ao direito romano, que as estabeleceu pela razão de um testamento não pertencer só ao herdeiro, porém, a todos aqueles que têm interesse em consultá-lo. Isto porque “on voudrait d’ailleurs emprêcher que les testaments ne pussent être détruits et qui *on ne put entraver l’effet des derniers volonté des mourants*” (grifos nossos) ⁷².

O que ficou difundido no passado, de modo claro, preciso e denso, tem absoluto alcance para o presente, vertendo um sangue novo, capaz de “penetrar as artérias da lei”, nelas circular e derramar-se para “revigorar o organismo jurídico” E com isto ter-se-á imprimido um alento benfasejo para sedimentar e assegurar a justaposição dos especializados princípios substantivos e procedimental neste *item 7*, assim consumado, tocante ao procedimento jurisdicional da abertura.

8. Dois são os aspectos que devem ficar encaminhados, neste transe, vinculados tão-só à exigência da abertura: a forma privilegiada do testamento militar cerrado (*c.c.*, art. 1.661), dentre os especiais e o codicilo fechado (*c.c.*, art. 1.655).

Consideraremos as duas figuras de per si, na ordem e enunciado delas, que têm longinquas raízes de origem, sem outra preocupação maior senão a da exigência da abertura do cerrado.

Inobstável é o apontamento, conquanto breve, que com respeito àquela forma especial, o direito anterior regulava o testamento militar, porém, não do mesmo modo, mais restrito, como faz o atual (*c.c.*, *cit.* art. 1.661). Compilaram-no as *Ordenações Filipinas* ⁷³, em potência e perseverança do direito romano, desobrigando a reverificação das grandes estruturas deste, porque aquelas já se aprofundaram extraindo a essência dos princípios caracterizantes. Ademais, porque nossa meta é encarrear quanto tenha valia, neste particular, à questão da *abertura* e não propriamente situar o motivo do privilégio conferido aos militares, em campanha ou cerco, que aí venham a falecer.

72. *Op. v. cits.*, n.º 1.817, p. 58.

73. *Cits. Ordenações de D. FILIPPE*, livro IV, título LXXXIII, números 5 e 9.

À margem a natureza desta disposição de última vontade, por forma privilegiada, conferida aos “soldados e pessoas que morrem na guerra”, projeta-se do contexto afortunado daquela raiz portuguesa, o testamento cerrado, como regalia militar, primando-se em enumerar os seus pressupostos.

Ao confeccionar seu trabalho sobre o testamento feito, a que deu denominação mais completa, TAVARES BASTOS, pela maneira adotada por MICHAUX e mais tarde por BRETON, na França, como advertido por ele mesmo, reservou capítulo especial ao testamento de “militar ou de soldado” Em fragmentação apresentou os requisitos, reportando-se em nota às fontes do direito anterior; dentre esses figuram como indispensáveis as duas testemunhas, que se acharem “casualmente presentes ou forem chamadas para o ato”, homens ou mulheres, “pelas quaes se prove como ouviram o testador dispor ou lh’o viram escrever”⁷⁴.

A extensão, mais abrandada, ficou albergada pelo direito vigente, na afirmativa legal, consciente da realidade, “às pessoas ao serviço do Exército em campanha, dentro ou fora do país, assim, como em praça situada, ou que esteja com comunicações cortadas”⁷⁵.

74. JOSÉ TAVARES BASTOS, *O Testamento Feito pelo próprio Testador*, Paris, Livraria Garnier Irmãos, 1911, pp. 39/40.

75. Edita nosso preceito material vigente, em seu art. 1660, com maior amplitude: “O testamento dos militares e mais pessoas ao serviço do Exército, em campanha, dentro ou fora do país, assim como em praça situada, ou que esteja de comunicações cortadas, poderá fazer-se, não havendo oficial público, ante duas testemunhas, ou três, se o testador não puder, ou não souber assinar, caso em que assinará por ele a terceira”. E nos três parágrafos que se seguem ficaram assinaladas as circunstâncias de pertencer o “testador a corpo ou secção de corpo destacado “ (§ 1.º); estar este “em tratamento no hospital” (§ 2.º); graduação superior do oficial testador (§ 3.º).

O projeto de lei 634/75, antes ventilado, no seu art. 1943, reproduz o texto vigente, quase literalmente, tendo substituído a expressão “ao serviço do Exército”, mais angustiada, pela de maior amplitude, “a serviço das Forças Armadas em campanha”, no que merece aplausos.

No seu anteprojeto, apresentado em 1965, à Comissão revisora, ORLANDO GOMES foi além, prevenindo, dentre os testamentos especiais, o aeronáutico, admissível para aquele que “estiver em viagem, a bordo de aeronave militar ou comercial” (art. 744).

Ressalta TORQUATO CASTRO, integrante da comissão elaboradora e revisora, encarregado, aliás, do livro dedicado ao “*Direito das Sucessões*”, na exposição de motivos complementar, oferecida com a reestruturação revisada, que “No título III — *Da Sucessão Testamentária* — a Comissão restabeleceu no testamento cerrado a possibilidade de ser ele assinado por pessoa diversa ao testador, segundo os princípios do código vigente. No mais foi mantida a forma imprimida aos demais testamentos, em nosso esboço, que se inspirou, nesse particular, no Projeto ORLANDO GOMES” (in *Anteprojeto de Código Civil, Rio de Janeiro, Departamento da Imprensa Nacional, 1973, p. 409*).

Apagadas do quadro de nosso direito as antigualhas desme-recedoras, reconhecidas as três espécies ordinárias de testamentos (*c.c.*, art. 1.629), dentre as formas abolidas, encontra-se a do *testamento nuncupativo* — desaprovado generalizada-mente ⁷⁶ — na hipótese, censurada, das pessoas designadas, estarem “empenhadas em combate ou feridas”, desde que não venham “a morrer na guerra e convalescer de ferimento” (*c.c.*, art. 1.663 e seu parágrafo único).

É a conclusão atualizada e ponderável de OROZIMBO NONATO ⁷⁷, depois de lembrar a crítica de PONTES DE MIRANDA e o reproche de CLÓVIS BEVILAQUA: “Ficou assim, mantido, m^o” somente no caso especial versado, o *testamento nuncupativo* — abolido para todas as demais hipóteses — e que era aquele que se fazia oralmente *in articulo mortis* com fundamento na *Ord.* Livro IV, título LXXX, (§ 4.º)”

Embora seja notória a disposição nuncupativa, como reflec-ionam bem, tantos e tão bons civilistas, a forma subsidiária, ao ermo e por exceção rara (*c.c.*, *cit.* art. 1.663), nos moldes específicos, vistas por alguns como ‘medida de ordem pública’, que uma situação anormal justificaria (*c.c.*, *cit.* art. 1.660), provoca outra meditação. Prende-se esta cogitação às condições de validade do testamento, desde JUSTINIANO, reproduzido por romanistas da atualidade, notadamente quanto ao vetusto princípio de que “ninguém pode morrer testado em parte e em parte intestado, excepto o soldado, em cujo testamento só se observa sua intenção” ⁷⁸.

Dai o maior significado e resguardo que se deve ter com um tal modo de manifestação de vontade, quando se apresente “cerrado”, forma ológrafa expressamente concebida (*c.c.*, *cit.* art. 1.661), sujeito também e depois este testamento à *abertura*.

Extraposto este temperamento, resguardado pelo direito caduco e de prendado interesse histórico como forma geral subsidiária, porque pelo preceito vigente ela está acantonada, e exceptiva (*c.c.*, *cit.*, art. 1.633), antes censurada, é tempo para ser exaltada a modalidade *cerrada* do testamento militar (*c.c.*, *cit.* art. 1.661).

76. Vide texto do número 5 anterior, notas remissivas e especialmente CLÓVIS BEVILAQUA, *in cit.* Cód. comentado, v. VI, p. 123, a crítica à sobrevivência deste romanismo rejeitado.

77. *Cits. Estudos sobre Sucessão Testamentária*, v. I, n.º 275, p. 332.

78. SILVIO A. B. MEIRA, *Instituições de Direito Romano*, São Paulo, Max Limonad, 2.ª edição, n.º 284, pp. 437/438.

Ao testamento militar, em sua forma especial, justificado pelas circunstâncias excepcionais em que se encontre o testador, impedido de recorrer à forma ordinária, consagrou nosso *c.c.* a secção II, título III, livro IV, da parte especial (*cits.* arts. 1.660 a 1.663), editando logo quem poderá fazê-lo.

Ficou prescrito, de início, que esta modalidade de disposição no concernente ao direito vigente, é permitida ao militar ou pessoa ao serviço do Exército em campanha, dentro ou fora do país, assim como em praça sitiada ou de comunicações cortadas, inexistindo oficial público (*c.c., cit.* art. 1.660). Concedeu-se, ainda, a forma equivalente ao *cerrado* (*c.c., art.* 1.661), a merecer marca nesta extensão, porque é o suscetível de ser aberto.

Especializa CLÓVIS BEVILAQUA, nas observações que se seguem ao mencionado cânone civil, depois da definição, rastreando-o, que o testamento militar “pode ser feito sob três formas: a deste artigo” (tal o 1.660 comentado) “que se assemelha à do público ordinário; A DO ART. 1.661 CORRESPONDENTE AO CERRADO” (grifos nossos), “e a nuncupativa do art. 1.663”⁷⁹.

A permissão da forma *cerrada* aos militares está inconfundível, no segundo dos preceitos reservados ao testamento militar, quando determinadamente prevê que o testador, naquele caráter excepcional, possa fazer “o testamento do seu punho”, datado, assinado por extenso”, E o APRESENTE ABERTO OU CERRADO” (grifo nosso), “ao auditor ou ao oficial de patente, que lhe faça as vezes neste mister” (*c.c., cit.* art. 1.661).

A faculdade do uso à forma *cerrada*, caracterizante do ológrafo, sujeita à abertura, realçando-se nisto o interesse, não havendo proveito, por heretodoxia, mesmo extravagante, estender qualquer consideração ao *público*, que por si já é aberto.

Duradoura é a lição de CLÓVIS BEVILAQUA, ao comentar o aludido mandamento civil (*c.c., cit.* art. 1.661), a derradeiro, pela colocação do tema quanto é oportuno registrar: “O testamento, de que trata este artigo, é ológrafo. Há de ser escrito, datado e assinado pelo testador. Para autenticá-lo, o auditor ou o oficial, que o substitua neste mister, deve, sobre o papel do testamento, em qualquer parte dele, fazer a declaração do que o mesmo lhe foi apresentado, onde, em que data, perante as testemunhas, que assistiram a apresentação, e devem assinar a nota em seguida à autoridade que a tiver lavrado”⁸⁰.

79. *Cit. Código Civil Comentado*, v. VI, p. 120.

80. *Cit. Código Civil Comentado*, v. VI, p. 122.

Para ficar completo o quadro apresentado, é diligente aduzir que esta forma, ológrafa ou não, por sua reminiscência e cunho excepcional, tem vida efêmera, além da qual não vigora. Caducará este testamento, desde que, após sua elaboração, “o testador esteja três meses”, contínuos em local “onde possa testar na forma ordinária”, salvo se semelhante testamento apresentar as solenidades já prescritas (*c.c., cits. arts. 1.662 e 1.661, parágrafo único*).

Afora isto, como ato perfeito e *abundans cautela*, cumpre-se tal testamento convocando-se as testemunhas presenciais para que procedam, “em Juízo, a reprodução do que ouviram”⁸¹.

Se esse testamento tiver sido apresentado “cerrado” (*c.c. art. 1661*), impõe-se sua “abertura”, observada a regra *locus regit actum*, pelo juiz ao qual for apresentado, com iguais cautelas, pois que se aplicam ao testamento militar às precedentes disposições de direito formal, relativas à “confirmação do testamento particular” (*c.p.c. art. 1134 c/c art. 1130*). Logicamente, a exigência da abertura do testamento cerrado, ordinário, pelo juiz (*c.c., cit. art. 1644*), estende-se sem dialética ao testamento militar, na exaltação e plana do direito formal (*c.p.c., cit. art. 1134*).

É natural que no cumprimento dos testamentos especiais, incluindo-se neles o militar (*c.c., cit. art. 1660 e c.p.c., cit. art. 1134, inciso II*), por ser manifestação de vontade de caráter excepcional, sem a intervenção do tabelião, como acontece com o público ou para aprovação do cerrado (*c.c., cits., arts. 1632, inciso I e 1638, incisos VI e VII*), seja acomodado o mesmo procedimento previsto para o testamento ológrafo, ouvindo-se as testemunhas presenciais (*c.c., arts. 1646 e 1647*). É a solenização precavida e que JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, acentua, com extensão ao do militar, salvo o nuncupativo, que pela singular modalidade verbal, inexistindo “declaração escrita”, fonte de litígios⁸², conseqüentemente e subsistindo a censura antecedente, descomporta *abertura*. Talvez, mesmo pela excepcional prática, é pertinente encarecer a conveniência da recomendação de rigor na apuração da vontade do testador *in articulo mortis*, através das testemunhas, já que não há ensejo para abertura por desprovido do “escrito”, não se devendo “perder de vista” a realidade exponencial a que o Direito procura atender⁸³.

81. J. M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 2.^a ed., 1938, v. XIII, p. 209.

82. *Op. v. cits.*, n.º 80, pp. 171/172.

83. JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, *op. v. cits.* n.º 80, p. 172.

Na conformidade do pré-estabelecido, no início deste item 8, em desenvolvimento, vejamos, neste segundo plano o codicilo, no aspecto que nos interessa. E para logo fique situado que se volta nossa atenção para o codicilo que esteja fechado e sujeito, pois, à *abertura*. Abrir-se-á do “mesmo modo que o testamento cerrado” (*c.c.*, art. 1655).

Se, com a perquirição, automaticamente desponta a resposta no texto decisivo, pouco haveria a respigar. Situá-lo, entretanto, para extrair a consequência maior, apreciável na *abertura*, é recomendável.

Posto o codicilo, mais remotamente, advenha do direito romano⁸⁴, na sua antiga forma, o direito brasileiro o recebeu através das *Ordenações* que o denominavam de pequeno testamento⁸⁵ e do qual, em geral, os códigos modernos não se ocupam.

Está o codicilo previsto no capítulo IV, ulterior do título III, livro IV, parte especial do *c.c.* (arts. 1651 a 1655), embora no direito precedente fosse desconcorde, na reflexão de CLÓVIS BEVILAQUA: “não é um testamento menos solene, como no direito anterior, em que não se institui herdeiro direto” A bem dizer, há de ser visto como “um *memorandum* de última vontade, escrito, datado e assinado por pessoa capaz de testar, que somente conterà disposição sobre o enterro do autor, sobre esmolas e legados de móveis, roupas e jóias não mui valiosas, do uso particular do disponente; e que, ainda é lícito nomear ou substituir testamenteiros”⁸⁶.

Dessa conceituação de codicilo, disposição de última vontade, sem instituição de herdeiro, também designado, “cédula, per diminuição que quer dizer pequeno testamento”, na linguagem do direito reinol,⁸⁷ repontam efeitos como o do codicilo fechado, ou cerrado com instrumento de aprovação (“de costas”), sujeito à abertura, cuja essência o legislador patricio assimilou (*c.c.*, art. 1655).

Nesta singularidade e em outra obra dogmática congregou CLÓVIS BEVILAQUA três regras, na última das quais, associada à *abertura*, sumariou com magestade, quanto a que ora é conveniente exaltar: “3.º. O Codicilo devia adaptar-se às mesmas

84. D. 29, 7; C. 6, 36; *Institutas* 2,25.

85. *Ordenações Filipinas*, livro IV, título LXXXVI.

86. *Cit. Código Civil Comentado*, v. VI, p. 113.

87. *Cits. Ordenações Filipinas*, *idem ibidem*.

formas do testamento, isto é, havia de ser público, ou cerrado, ou privado ou nuncupativo”⁸⁸.

Vai por diante o civilista emérito e notório autor do projeto do código civil aprovado e em vigor nos idos de 1917, atendendo-se à capacidade do codicilante equivalente ao do testador, aduzindo críticas, que não se afinariam, na atualidade, com o acolhimento que lhe deu o anteprojeto em elaboração⁸⁹, para concluir que “sob esta forma” — restritiva de *memorandum* de última vontade — “admitiu-o o Código Civil, arts. 1651 a 1655”⁹⁰.

Dos considerados pontos básicos decorre que, como no passado — projetando-se igualmente de *lege ferenda* — o codicilo cerrado deverá ser *aberto* da mesma maneira e com as cautelas, já assinaladas, recomendáveis para igual forma de testamento. Edita-o com precisão e austeridade a lei material (*c.c., cit.* art. 1655) e capitula a formal, como consequência daquela, que se aplicam ao seu processamento as mesmas disposições precedentes (*c.p.c., art.* 1134, inciso IV), inteligível que a alusão só poderá ser ao *codicilo fechado*.

9. Razões de ordem moral e jurídica, sem indulgência, avultam para que o detentor de um testamento, a qualquer título ou circunstâncias, ao ter conhecimento da morte do testador se adiante a apresentá-lo ao juiz do lugar em que se encontre porque, em tese, é admissível que, dentre as disposições testamentárias, existam as extrapatrimoniais relativas ao seu enterro, passíveis de providências imediatas⁹¹. Ainda que em sua feição delimitada e com o entendimento liberal, não muito tranqüilo, de não haver necessidade de exigir os rigores formalísticos do testamento”, para as disposições codicilares”⁹², exprime o texto vigente, relativo aos codicilos, ser facultado a toda pessoa capaz de testar, “fazer disposições especiais sobre seu enterro”, mediante escrito particular (*c.c., cit.* art. 1651), sem rasuras, emendas ou entrelinhas. Se as houver, tal como na prudência quanto ao testamento, deve ser feita a ressalva pelo próprio codicilante, antes de datar e assinar⁹³.

88. *Cit. Direito das Sucessões*, § 68, pp. 242/243.

89. *Cit. Anteprojeto do Código Civil*, arts. ut 2073 usque 2077; TORQUATO CASTRO, exposição de motivos na 2.^a ed., pp. 405/412.

90. *Op. v., loc., cit.*

91. Note-se como o legislador foi previdente carregando, nos encargos “do monte da herança” as despesas funerárias e as “de sufrágio por alma do finado”, desde que “ordenadas em testamento ou codicilo” (*c.c., art.* 1797).

92. JOÃO LUÍS ALVES, *Código Civil Anotado*, São Paulo, Saraiva & Cia., 1936, 2.^a edição, 4.^a tiragem, v. III, p. 70.

93. ARTHUR VASCO ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado de Direito das Sucessões*, São Paulo, Max Limonad, 1952, v. II, n.º 410, p. 455.

Há de ser entendido que a primeira iniciativa, segundo a consideramos, terá oportunidade se não for conhecido o advogado do testador e tratar-se de testamento cerrado, sujeito à *abertura*, tanto quanto o codicilo (*c.c., cits., arts. 1644 e 1651*).

Poderá ocorrer, também, que o inventário esteja se processando, na suposição de não existir testamento, cumprindo ao seu detentor, ao tomar conhecimento disto, dar-se pressa em contactar-se com tal advogado fazendo-lhe a pronta entrega e acautelando-se pelo desempenho.

A obrigação pela pronta entrega do testamento, por parte do detentor, é imperativo moral pela omissão (*non facere*) em não se fazer quanto cumpria, retendo indevidamente o que não lhe pertence. Revela um procedimento antisocial, discrepante dos sadios princípios e critérios que marcam o lícito e honesto comportamento, dirigindo os atos humanos.

Do prisma jurídico — dado a moral e o direito tenham um fundamento ético comum no entrelaçamento — situa-se na área da culpa extra-contratual, que pode sujeitar à reparação do dano (*c.c., art. 159*).

Prevê nossa legislação, como instrumento de ação, sanções civis e penais, contra o detentor do testamento que deixar de denunciá-lo ou culposamente contribuir para o seu desaparecimento.

Na órbita civil taxativa é a sanção, equivalente a pena civil, mesmo se operando pleno *iuris* e sujeita à declaração mediante sentença (*c.c., art. 1596*), da exclusão da sucessão por indignidade do herdeiro ou legatário que possuir o testamento e deixar de entregá-lo, com o que estará obstando “a execução dos atos de última vontade” (*c.c., art. 1595, inciso III*).

Do ponto de vista penal, em grau accidental, tanto pela subtração ou inutilização de documento como pela sonegação do papel ou objeto de valor probatório (*c.p., arts. 337 e 356*), caracteriza-se o ilícito penal.

Não está excluído que o ilícito civil e ilícito penal, em concepção correntia, possam subsistir, atribuindo-lhe colorido JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, “desde que se configure a tipicidade deste último, inclusive podendo caber a aplicação ao detentor da pena de desobediência, prevista no art. 330 do Código Penal” ⁹⁴

94. *Op. v. cits., n.º 76, p. 164.*

Na esfera processual, no último preceito do capítulo destinado à “abertura, do registro e do cumprimento do testamento”, ficou assegurado ao juiz, “de ofício ou a requerimento” ordenar “ao detentor de testamento que o exhiba para os fins legais, se ele, após a morte do testador, não se tiver antecipado em fazê-lo” (*c.p.c.*, art. 1129). E no parágrafo único, que na redação anterior, finalizava melhor “sem prejuízo da sanção penal estabelecida para a omissão”⁹⁵, ficou inconfundível que, descumprida a ordem, “proceder-se-á à busca e apreensão do testamento”

Para finalizarmos este *item 9*, captando filigramas, entre paralelos e similitudes, registremos duas considerações: A primeira é que o desencaminhamento ou ocultação do testamento, também pode ser pelos que os houveram, em razão de seu ofício, que incorrerão nas penais criminais, incluindo-se o oficial de notas (não de há muito tabelião), o qual pode sofrer a pena correccional, já prevista desde o direito anterior, conforme recência e observa CAROATÁ⁹⁶. A segunda é que, dentre os interessados referidos na norma formal apreciada, figura o testamentário que, em suas delegações, cometidas por preceito material, cabe solicitar que o detentor do testamento o leve a registro (*c.c.*, art. 1756).

10. Eis desvelada a idéia, tal como ela surgiu em nosso espírito. Sem dúvida é desmaiada, sem maior dimensão, mas é como a sentimos, acreditando que ela não conduz a sendeiros da dúvida, sendo antes a retilínea para atingir o cerne da verdade, vinculada às premissas precedentes, adequadas aos mais estreitos confins desta exposição com o título que a encima. Foi ela se desenrolando, entretanto, sem intenção preconcebida, a integrar o que ficou sumariado, de pólo a pólo, com vestígios indicativos do quanto íamos percebendo estar distanciado no tempo. Ao mesmo passo não pressentíamos aquilo que, em suprimento, o complexo computador do nosso inconsciente, provavelmente, vinha programando, para utilizarmos esta imagem tão em voga, que melhor indica o processo desenvolvido insensivelmente. Não deveríamos nos surpreender que culminássemos nesse apanhado rápido do todo visualizado. Diríamos, pois, em epílogo, que do tema fizemos um instanteo “em sépia”

95. Lei 5925, de 1.X.1973 e JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, op., v. cits. n.º 76, p. 164.

96. JOSÉ PRÓSPERO JEHOVAH DA SILVA CÁROATÁ, *O Vademecum Forense*, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1913, 5.ª ed., pp. 52/53.

O Papel da Mulher na Sociedade.

Teresa Ancona Lopez de Magalhães

Professora Assistente Doutora nas Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Considerações Gerais.

Dada a importância do tema, tenho que dizer que, apesar de ser esposa, mãe de família e profissional, sinto uma dificuldade imensa em chegar a conclusões cabais sobre o papel da mulher, pois, hoje em dia, não existe assunto mais polêmico mais empolgante, mais controvertido e mais mal interpretado como a própria mulher.

Qual, então, o verdadeiro papel da mulher na sociedade atual?

Evidentemente, esses papéis são vários: ora é ela dona de casa, esposa, mãe de família, ora enfrenta a chamada dupla jornada de trabalho, é a profissional, trabalhando no lar e fora dele, ora é a mulher que luta para ter uma participação efetiva na sociedade da qual é membro. Enfim, a mulher tem que desempenhar vários papéis e o importante é que ela não se veja, em todo esse cenário, somente como mulher mas, antes de tudo, como ser humano e, dessa forma, procure fazer sempre alguma coisa que a complete, que a realize.

Todavia, penso que o fulcro de todo o debate que se trava em torno da mulher é a luta que diariamente ela enfrenta para alcançar sua justa posição de igualdade em relação ao homem. Como é óbvio, trata-se de igualdade social, política e econômica, respeitando-se as características e as tendências naturais de cada sexo, reivindicando-se, apenas, oportunidades sociais iguais para todos, sem discriminações de espécie alguma, e é neste ponto que a luta feminina ganha sua grandeza.

O Princípio da Igualdade.

O imenso rol de reivindicações femininas pode se resumir apenas em uma única — que seja obedecida a *regra genérica* que define a igualdade de todos perante a lei, ou melhor, que não seja mais ferido o chamado princípio da igualdade que está assegurado no artigo 153, § 1.º da Constituição Federal, Emenda n.º 1, de 1969, pelo qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de *sexo*, *raça*, *trabalho*, *credo religioso* e *convicções políticas*.

Na verdade, essa regra de Direito se baseia em um princípio de Direito Natural, e portanto de Justiça, de que todos nascemos iguais e porisso devemos ser tratados igualmente.

A igualdade, desde a Antigüidade, está indissolúvelmente associada à democracia, é expressão direta de um regime democrático (Cf. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, 4.ª Ed., Saraiva, 1973, p. 267, SP). No Brasil o princípio constitucional de igualdade existe desde a Carta de 1824 e está em todas as Constituições Republicanas — na de 1891, na de 1934, na Carta de 1937, embora contendo regra mais lacônica, na Constituição de 1967 e na Emenda n.º 1, de 1969.

Todavia, apesar de ser norma constitucional, baseada na idéia de justiça e hierarquicamente superior a todas as demais, tem sido, com relação à mulher, freqüentemente descumprida, não só por leis ordinárias e atos administrativos, mas principalmente na vida cotidiana, desde o próprio lar até o trabalho e a participação na vida pública.

Esta discriminação é tão antiga quanto a própria humanidade e é acompanhada pelo desenvolvimento do próprio Direito. Entretanto, pode-se observar que, em alguns momentos, há um incentivo à participação efetiva da mulher tanto nos empreendimentos privados quanto na vida pública. Isto acontece quando, por causa de transformações políticas, a mulher é requisitada para ajudar a construção ou a reconstrução mais rápida de uma nação, sendo, como sabemos, a reserva da mão-de-obra de um país. Como exemplo temos a imensa atuação das mulheres nas sociedades pioneiras, como nos Estados Unidos, Israel, Argélia e, em geral, em todos os países de regime socialista.

Esboço Histórico.

Desde a mais remota antiguidade ocupou a mulher na sociedade uma posição subalterna ou, no mínimo, subsidiária ou complementar ao homem.

Assim, em algumas civilizações a mulher foi considerada coisa, podendo ser, por isso, passível de ser comerciada. Na antiga Assíria as esposas eram tratadas como bens dos maridos. O direito de divórcio era exclusivamente do homem, permitia-se a poligamia e a todas as mulheres casadas era proibido aparecer em público sem um véu na face. Esse foi o início da segregação oriental da mulher (*História da Civilização Ocidental*, EDWARD MC NALL BURNS, 21.^a ed., Ed. Globo, Porto Alegre, 1977, p. 89).

O Código de Manu, na antiga Índia, foi talvez um dos mais rigorosos em relação à mulher. Diz o art. 415 dessa lei que “a mulher durante a sua infância depende do pai; durante a mocidade do marido; em morrendo o marido, dos seus filhos; se não tem filhos, dos parentes próximos de seu marido; porque uma mulher nunca deve governar-se à sua vontade” (FUSTEL DE COULANGES, *A cidade Antiga*, 1.^o v., tradução de Sousa Costa, 2.^a ed., Livraria Clássica, 1919, Lisboa, p. 144 — JAYME DE ALTAVILA, *Origem dos direitos dos Povos*” 2.^a ed., Melhoramentos, SP, pág. 54).

As leis romanas e gregas mais antigas repetiam mais ou menos esses preceitos, pois a mulher estava sob o poder marital que para os romanos era chamado “manus”. Da “manus” do pai ela passava para a “manus” do marido, morto este para a tutela dos filhos e na falta destes para a tutela dos parentes do marido. O marido podia também, antes de morrer, designar tutor para ela (FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.*, p. 144).

Na época áurea da civilização grega (séc. V e IV a.C.) especialmente em Atenas, embora o casamento continuasse a ser uma instituição importante para a procriação dos filhos que se tornariam cidadãos do Estado, há razão para se crer que a instituição da família tivesse declinado. Os homens de classe mais próspera passavam a maior parte do tempo longe da família. As esposas, relegadas a uma posição inferior, deviam permanecer reclusas em casa. O próprio casamento assumiu o caráter de arranjo político e econômico, destituído de elementos românticos. Os homens casavam para assegurar a legitimidade de alguns filhos e para adquirir propriedade pelo dote e também ter alguém para tomar

conta da casa. Mas os maridos não consideravam as esposas como suas iguais e não apareciam em público com elas, nem encorajavam sua participação em qualquer forma de atividade social ou intelectual (BURNS, *op. cit.*, p. 190).

O direito grego, o romano e o hindu sempre consideravam a mulher como menor. Ela nunca poderia ter um lar para si, não era nunca o chefe do culto doméstico. Em Roma recebia o título de "mater-familias", mas perdia-o se seu marido morresse.

Mesmo nestas sociedades patriarcais algumas vezes a mulher podia chegar a diversos postos como, por exemplo, comerciante na antiga Babilônia e juiz na organização política hebráica, como no caso de Débora (JAYME DE ALTAVILA, *op. cit.*, p. 54).

Mas foi, talvez, no Egito antigo que mais prestígio alcançou a mulher. A família egípcia era monogâmica, nem o faraó podia ter mais que uma esposa legal. As esposas egípcias gozavam de uma situação invejável, pois na realidade a família egípcia era quase matriarcal. A descendência traçava-se pela linha feminina e a autoridade do avô materno era maior do que do próprio pai. Foram os egípcios quase os únicos dentre os orientais que permitiam às mulheres a sucessão no trono (BURNS, *op. cit.*, p. 70).

Na verdade, a origem do poder do homem sobre a mulher e os filhos foi na religião. A autoridade dentro da família antiga era o deus doméstico. E era o marido que desempenhava as elevadas funções religiosas. Quando morria passava a ser o antepassado que os descendentes invocariam. A religião não colocava a mulher num lugar tão elevado. Ela não era a senhora do lar. A sua religião não lhe vinha por nascimento, mas era iniciada pelo casamento. Ela não representava os antepassados, pois que não descendia deles. Também não se tornaria antepassado. Tanto na vida como na morte era considerada um membro de seu esposo. As crenças religiosas colocavam o homem acima da mulher. O que prova isto é que a mulher que não casava segundo os ritos sagrados e que, por consequência, não tinha sido associada ao culto, não estava subordinada ao poder marital (F. DE COULANGES, *op. cit.*, p. 145).

Na Idade Média a subordinação e a inferioridade da mulher até pioraram com relação a algumas civilizações antigas. Houve um Concílio no qual os teólogos deveriam refletir muito antes de admitir que a mulher tinha alma, isto

é, se se situava acima do nível dos animais (ROBERT GUBBELS, *Le Travail au Féminin*, Ed. Gerard, Bélgica, 1967, p. 13).

O Estado moderno nasce no Séc. XVIII preocupado em assegurar, acima de tudo, a liberdade. A Revolução Francesa em 1789 colocou ao lado da liberdade a igualdade. Todas as Declarações do Séc. 18 e as subseqüentes adotaram o princípio da igualdade perante a lei e, nesta época, começam a surgir os movimentos propondo a igualdade também da mulher em relação ao homem, conforme pudemos constatar através do Boletim da Unesco no Ano Internacional da Mulher sobre o progresso dos direitos da mulher.

O Papel da Mulher na Família e o Direito de Família.

O Direito, existindo em função da sociedade, deve sempre acompanhar o desenvolvimento do fato social. Assim, de nada adiantam normas que não acompanham a realidade, pois serão fatalmente condenadas à ineficácia social, apesar da eficácia jurídica poder, a qualquer tempo, ser argüida.

O Direito da Família brasileiro sempre evoluiu acompanhando o progresso da sociedade no sentido da melhoria da condição da mulher. Mas, essa evolução foi e está sendo em ritmo mais lento que o desenvolvimento cultural. Apesar disso, se compararmos o atual Código Civil, que é de 1916, com a lei anterior, isto é, as Ordenações do Reino, que vigoraram até aquela data, veremos que realmente houve uma radical mudança. Estabeleciam as Ordenações, por exemplo, que não constituía ato ilícito castigar criado ou discípulo ou sua mulher ou seu escravo.

Com o advento do Código Civil acabou o poder marital passando a mulher a ser consorte e companheira do marido, sendo este o chefe da sociedade conjugal. No entanto, o art. 6.º colocava a mulher entre as pessoas relativamente capazes, isto é incapazes juridicamente para a prática de certos atos, ao lado dos silvícolas, dos menores entre 16 e 21 anos e dos pródigos. Também pode ser lembrado o art. 393 que tirava da viúva que contraía novas núpcias o pátrio poder em relação aos filhos do primeiro leito.

O grande passo que deu nossa legislação civil, no sentido da igualdade da mulher em relação ao homem, foi a Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962 — *O Estatuto da Mulher Casada* — que derrubou uma série de dispositivos preconceituosos e discriminatórios, como, além dos citados anteriormente, todos

os que eram decorrência direta de considerar-se a mulher menos capaz que o marido. Hoje é esta lei combinada com a Lei do Divórcio (Lei 6.515 de 1977), que rege a posição da mulher dentro da família. O Projeto de Código Civil de 1975, apesar de ter extirpado alguns absurdos, como o dispositivo que trata da anulação do casamento por defloração da mulher ignorado pelo marido, contém ainda resquícios que não condizem com o nosso atual estágio cultural. Repete textos anacrônicos do Código Civil com algumas modificações. Entre tais conservadorismos podemos apontar o da direção da sociedade conjugal que continua sendo do marido, o da prevalência da vontade do pai no caso de casamento de filho menor, a mesma coisa quanto ao pátrio poder e administração dos bens do casal, além de tantos outros.

Em conclusão, continua a nossa lei civil insistindo em que a família seja dirigida pelo homem e que seja a opinião deste que deva prevalecer no caso de discordância entre o casal, restando, algumas vezes, o direito da mulher recorrer ao juiz. A mulher tem, entretanto, a obrigação legal de colaborar no sustento da família quando os rendimentos do marido forem insuficientes.

Todavia, apesar das normas de Direito de Família serem ainda discriminatórias, ferindo, dessa forma, o princípio constitucional da igualdade, na prática o quadro familiar é outro. Apesar do homem ser juridicamente o chefe da família, o cabeça do casal, sabemos que *de fato* o papel marcante dentro da família é o da mãe, não só porque tem mais contato com os filhos mas também porque é ela que mantém o equilíbrio deste pequeno núcleo. Aqui não se trata de supervalorizar o papel da mulher, trata-se apenas de mostrar a realidade como ela é. Basta atentarmos para os casos de pessoas desajustadas socialmente e veremos que, na maior parte das vezes, procedem de famílias onde a mãe não se portou com a dignidade devida. O mesmo não acontece, em geral, quando é o pai que toma atitudes menos honrosas.

A mulher é, na verdade, a base da família, a base da sociedade. Por tudo isso é que se torna imperiosa a adaptação da lei à realidade social, com a instituição, de uma vez por todas, do regime democrático também dentro da família, onde ambos, pai e mãe, tenham os mesmos direitos e as mesmas obrigações, observadas, evidentemente, as diferenças existentes entre os papéis que a cada um cabe dentro da sociedade doméstica.

O Papel da Mulher diante do Trabalho.

Está aqui a origem próxima de todo debate sobre a emancipação da mulher, sendo, inclusive, o tema preferido de todos que cuidam do assunto.

A primeira consideração que deve vir à baila sobre o trabalho da mulher é o duplo aspecto que pode assumir, isto é, dentro e fora do lar.

Na CPI da Mulher, realizada durante o ano de 1977 no Congresso Nacional, este foi um dos temas mais debatidos. Uma das depoentes (Carmen Lúcia de Melo Barroso) deixou claro que não se pode afirmar que a mulher brasileira tenha estado ausente na tarefa de construção da riqueza do país. É verdade que sua atuação tem sido pouco *visível* se examinarmos livros de história ou jornais verificamos que sua contribuição é praticamente ignorada e, no entanto, tem sido de sua exclusiva responsabilidade a execução de tarefas imprescindíveis à manutenção do trabalhador e sua prole. Que aconteceria se a mulher se recusasse a cumprir a sua jornada como dona de casa e mãe de família?

Economistas vêm se preocupando com o valor monetário do trabalho doméstico e as estimativas são animadoras acreditando que esse trabalho é de fundamental importância para a economia nacional. Em determinadas camadas da população a dona de casa recebe, indiretamente, através do salário do marido contribuição muito inferior ao que receberia se essa atividade fosse remunerada.

Relativamente à participação da mulher no mercado de trabalho, no Brasil ainda é muito pequena, apesar de que essa participação tem subido sensivelmente desde 1973. A causa do aumento parece ser a aplicação do mercado de trabalho pela criação de novos empregos e a diminuição, na última década, dos níveis de renda real de grande parcela da população brasileira, tornando dessa forma necessária a participação da mulher para complementação do orçamento doméstico. Mesmo assim a taxa de atividade feminina no Brasil é ainda muito pequena em relação aos outros países do mundo (em 1960 ocupava o último lugar) e apesar do aumento, é a quinta parte da atividade remunerada no Brasil. O problema se agrava quando consideramos as regiões menos desenvolvidas do Brasil. E em todas as regiões as mulheres mais segregadas são as casadas que sofrem, apesar de proibição legal, uma série de restrições (Cf. CPI da Mulher, depoente citada).

No entanto, dados mais assustadores são aqueles que as estatísticas não mostram, são os que se referem à segregação ocupacional e salarial. Este é um dos pontos mais chocantes da discriminação entre homens e mulheres, pois a mulher quando sai para exercer uma atividade remunerada encontra menos oportunidades no mercado de trabalho, trabalhos menos gratificantes e realizadores, salários mais baixos para exercer exatamente a mesma atividade masculina, menos prestígio e condições de trabalho piores que as dos homens. Além de tudo isso, toda mulher que trabalha fora de casa continua arcando sozinha com toda a responsabilidade das tarefas domésticas — é a chamada dupla jornada de trabalho, sem descanso e sem férias (Cf. CPI da Mulher, depoente citada).

Numa pesquisa feita em 1971 pela USP, verificou-se que os homens tinham salário 57% maior que o das mulheres nas indústrias paulistas. Mesmo nas funções consideradas femininas como a de secretária, o salário do homem é cerca de 25% maior.

Por que se encontra a mulher nessa posição perante o trabalho?

Acho que a primeira e fundamental razão, da qual derivam todas as outras, é o tratamento *tradicionalmente* desigual entre a mulher e o homem. Criou-se a imagem da mulher como um ser fraco, dependente, submisso, cuja principal função é criar filhos. Lutar contra essa tradição de milênios não é fácil. Talvez eu pudesse ir mais longe e perguntar: por que essa tradição? Penso que a origem remota da sociedade patriarcal só pode ser a força física que o homem sempre teve maior que a mulher. Foi daí, dessa superioridade muscular, que a desigualdade começou. Mas este é outro problema.

A segunda porque sempre foram os homens que fizeram as leis e dirigiram os destinos das nações, com raríssimas exceções.

A terceira porque a própria mulher assumiu passivamente este papel que lhe impuseram e só sai de casa para trabalhar, seja ela solteira ou casada, quando precisa desse ganho para seu próprio sustento ou para *complementação* do orçamento doméstico. A conclusão lógica é que o seu trabalho é tratado como subsidiário e, portanto, o tipo de emprego e salário vão ser encarados subsidiariamente.

O quarto aspecto é relacionado diretamente ao anterior. A mulher não se vê como um membro da sociedade igual aos outros, se vê apenas como mulher, dona de casa, mãe de

família. Há um *autodesprestígio*. Assim, vai trabalhar não porque o trabalho vai realizá-la como ser humano, mas pelos motivos acima aludidos. Ora, a mulher brasileira não tem espírito profissional, ou, dizendo a mesma coisa em outras palavras, a mulher brasileira tem espírito amadorístico quanto ao seu próprio trabalho. Em conseqüência ela se desprestigia e também desprestigia as suas iguais, não confiando nelas profissionalmente. Como exigir isto dos homens?

A quinta razão é a falta de competência intelectual e profissional. Neste aspecto a culpa, quase que totalmente, é da sociedade que não lhes deu condições. As mulheres que chegaram a altos cargos foi única e exclusivamente devido à sua cultura e aptidão. Aliás, com os homens acontece quase a mesma coisa.

Finalmente, o último e mais grave motivo do baixo contingente ativo feminino diz respeito especialmente à mulher de condição econômica inferior. É a falta de creches e pré-escolas. Este é realmente o problema mais sério com relação ao trabalho da mulher e, neste ponto, a responsabilidade não é só do governo, como querem alguns. Não devemos esperar tudo do governo, é impossível. A responsabilidade é de todos nós, de toda a sociedade. Também neste caso a maternidade é um problema social e não individual (“La maternité est une fonction sociale qui doit être assumée par l’ensemble de la société et il est lâche de laisser à la mère le soin de résoudre tant bien que mal, c’est-à-dire à son propre détriment, les problèmes qu’elle pose”, ROBERT GUBBELS, *op. cit.*, p. 39).

A legislação trabalhista brasileira é uma das mais adiantadas do mundo e até um pouco protecionista com relação à mulher, o que caracteriza o espírito patriarcal e vem, por isso, às vezes, prejudicar a própria mulher.

Na verdade, é na prática que o problema se torna grave. As oportunidades são realmente diferentes. Nunca, por exemplo, tivemos uma mulher ministro, governador, desembargador ou até mesmo juiz de varas cíveis e criminais, pelo menos em São Paulo. (Recentemente, depois que este artigo já estava no prelo, foi nomeada a primeira juíza cível de nossa Capital.) Até o feminino de alguns destes cargos ou funções inexistente ou causa estranheza. “Governadora” por exemplo, é definida pelos dicionários como a mulher do governador. Por quê?

Em resumo, o Brasil está na vanguarda do cenário jurídico internacional sendo sua legislação quase perfeita em termos de coibir a discriminação. Basta lembrar, por exemplo, que foi o Brasil o primeiro país latino e também da América

do Sul a conceder o direito de voto à mulher, em 1932 pelo Código Eleitoral, direito esse reafirmado através da Constituição de 1934. Também em 1932 foi regulado aqui o trabalho feminino dando proteção à operária na indústria e comércio.

Mas, como vimos, a realidade é outra e há uma efetiva discriminação no tipo de trabalho e no salário. A maioria das mulheres, qualitativamente, se encontra nas atividades de empregada doméstica, trabalhadora rural e professora primária, sendo que as duas primeiras não são protegidas pela CLT.

Conclusões.

Depois de todo esse balanço, o que fazer para chegar à igualdade assegurada perante a lei? Qual a melhor maneira da mulher derrubar essa tradição de séculos? Talvez, o movimento feminista?

Os movimentos visando essa igualdade começaram no século XVIII como consequência das declarações liberais. Poderíamos lembrar, por exemplo, que na França em 1788, CONDORCET, político conhecido, defende o direito da mulher à educação, ao trabalho e à política. Na Inglaterra em 1792, aparece MARY WOLLSTONECRAFT, pioneira da ação feminista, com o livro *Em defesa da mulher*.

Mas o movimento feminista propriamente dito, como é conhecido atualmente, lançou suas raízes com o livro de SIMONE BEAUVOIR, *O Segundo Sexo*, no início da década dos 60, só eclodindo, no entanto, no cenário mundial nos anos 70 e no Brasil a partir de 1975.

Pessoalmente discordo totalmente do movimento feminista, nos moldes que nos está sendo apresentado, porque não passa de uma luta radical onde o que se quer é acabar com o poder masculino substituindo-o pelo poder feminino. Na verdade, este movimento não valoriza a mulher como ser humano, membro da sociedade, mas apenas pelo fato de ser mulher e por isso mesmo "superior ao homem", ferindo, desse modo, o princípio da igualdade e sendo, portanto, antidemocrático.

Tristemente, está conseguindo distorcer a imagem da mulher, criando, desta forma, seu arremedo e, assim, desgastando a própria mulher e atrasando sua almejada emancipação.

Poderia lembrar como exemplo, os debates que se travam sobre a libertação sexual da mulher. Esta "libertação" é decantada como o direito que tem a mulher de fazer o que

quiser de seu próprio corpo. Na prática tal assertiva tem funcionado como o direito de fazer propaganda pelos “feitos” conseguidos tanto em quantidade, como em qualidade. Ora, com essa suposta libertação, está a mulher se desvalorizando cada hora mais, pois tais atitudes não passam de demonstração de insegurança e de autodesprestígio por mais paradoxal que isso possa parecer.

Além do mais, não são discussões apaixonadas que vão resolver o problema como, por exemplo, a acusação de que a posição subalterna da mulher é fruto do sistema capitalista, porquanto a mulher seria mais um dos bens de consumo (mulher-objeto). Isto só demonstra falta de idoneidade intelectual das argumentadoras do “discurso feminino”, pois a mulher se encontra nessa posição desde que o mundo existe e não há, em contrapartida, nos países comunistas nenhuma mulher Chefe de Estado, Ministro ou Secretário Geral de Partido.

Finalmente, o movimento feminista vem de cima para baixo, das elites intelectuais das universidades para o povo. Imagina-se *abstratamente* que tais e tais reivindicações sejam de todas as mulheres, igualando *totalitariamente* todos os seus anseios. Ora, a solução do problema não é tão simples assim. Na verdade, a causa da mulher depende muito mais da classe social a que ela pertence do que do fato dela ser mulher. Se fizerem uma mesma pergunta a uma doméstica, a uma profissional liberal e a uma mulher da chamada alta sociedade, as respostas serão totalmente diferentes, dependendo das expectativas de cada uma dentro do seu meio social. Pesquisa feita em São Paulo, entre operárias, mostrou que a sua principal meta é o casamento, desmentindo, assim, mais uma proposta feminista.

Todavia, o movimento feminista tem um mérito que, por *justiça*, não lhe deve ser negado. Foi ele que alertou, apesar de agora ter se desvirtuado de seu digno fim, a mulher para toda a sua problemática.

Qual o caminho?

Penso que nem a acomodação, nem o radicalismo oposto que só leva ao espírito competitivo e desgasta o verdadeiro valor da mulher. Só no dia em que a mulher assumir seriamente e conscientemente cada um dos papéis que lhe foram destinados é que conseguirá a igualdade sócio-política tão almejada.

Assim, além de desempenhar seu papel máximo que é a maternidade, pois é ela que vai forjar a geração seguinte, além de ser a companheira do marido, apoiando-o e criando circunstâncias para que ele se realize, deve desempenhar com a maior seriedade possível seu papel de profissional e mais ainda, e aqui vem o ponto mais importante para a sua emancipação, deve participar *ativamente* da vida de sua comunidade, de seu país. Diria que a mulher deve *intervir* em todos os aspectos da vida social e da vida política, não ficando sempre passivamente esperando que as benesses venham do alto. Deve, enfim, impor-se, conquistar sua própria posição pelo que ela é como *ser humano* que tem direito a uma realização. De outro lado, como é óbvio, não achar que os direitos reconhecidos vieram como um favor dos governantes ou dos homens que influem na vida da nação, mas que, apenas tais pessoas estão cumprindo uma obrigação que lhes está adstrita, que é a de sanar as injustiças sociais.

Enfim, só a mulher que desempenhar efetivamente cada um de seus papéis poderá contribuir para o desenvolvimento total de uma sociedade e é exatamente e *somente* com esse desenvolvimento que essa descabida discriminação vai acabar.

Política Salarial.

Cassio de Mesquita Barros Jr.

Livre Docente de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *Origem do direito dos trabalhadores.* 3. *Política salarial nos Países com economia de mercado.* 4. *Lei dos reajustes semestrais e automáticos de salário.* 5. *Análise crítica da lei de reajuste semestral.* 6. *O problema da produtividade.* 7. *A correção dos salários elevados.* 8. *Conclusões.*

1. Introdução.

Velho professor costumava dizer que: “o dinheiro não é tudo, mas é mais da metade. . .” e no Direito do Trabalho “o salário não é tudo, mas é mais da metade. ”

O salário exerce de fato grande atração sobre os juslaboralistas. No momento brasileiro, o salário tem-se transformado no assunto do dia. Assim evidenciado o interesse do tema, voltamos um pouco atrás para melhor situá-lo no Direito do Trabalho.

2. Origem do Direito dos Trabalhadores.

A evolução social pode se dar por via de uma intervenção do legislador, ao conferir aos que trabalham uma rede de proteção jurídica, ou pelo livre encontro da vontade dos interessados. Assim o direito dos trabalhadores, provém de duas fontes: das leis ou do jogo das forças sociais no âmbito do contrato. Contrato quer dizer acordo de vontades, com efeitos jurídicos.

O salário, em princípio, não está fixado em lei. Normalmente é combinado pelos interessados, empregado e empregador. Em todo o período do liberalismo econômico a idéia de intervenção do Estado na fixação dos salários era repelida energicamente. É que o trabalho, a essa época, era concebido

como mercadoria e o seu preço, atendendo à lei de COBDEN, da oferta e da procura, determinado pelos interessados.

Essa concepção foi, porém, superada. A preocupação pelos chamados *direitos sociais*, marcando os esforços do Estado moderno, levou o Estado a uma gradativa e crescente intervenção no domínio dos salários.

A princípio a intervenção se deu com o objetivo de estabelecer um salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais do trabalhador, um dos princípios estabelecidos no Tratado de Versalhes. Enunciado nesse Tratado de Paz, foi logo esse princípio agasalhado pela legislação de quase todos os países civilizados. No Brasil as Constituições de 1934 e 1937 o enunciaram como o salário capaz de satisfazer as necessidades normais do trabalhador. As Constituições de 1946, 1967 e 1969, acrescentaram as necessidades normais do trabalhador e da sua família.

O salário mínimo constitui, portanto, o primeiro aspecto da "Política Salarial"

Sucede que o salário não é apenas contraprestação de trabalho e sustento do trabalhador. O salário é, também, componente do custo de bens e serviços. Assim, além de ser meio de subsistência do trabalhador e de estar previsto na lei quando esta determina o seu mínimo, o lugar, o modo e a época do seu pagamento, protegendo-o em relação aos credores do empregador e aos credores do próprio empregado, é também custo. Como custo de bens e serviços pode o Estado ter interesse em limitá-lo, não mais tendo em conta o trabalhador individualmente, mas sim a estabilidade monetária.¹

O desenvolvimento econômico nacional, depende, segundo sustentam alguns estudiosos, da *Renda Social* global, constituída em boa parte de salários. O desenvolvimento econômico depende do crescimento da Renda Social e do crescimento da população. Ambos exigem a ampliação do número de empregos produtivos, cujo número, por sua vez, se relaciona com os salários vigorantes, com a parcela dos lucros, juros e aluguéis da Renda Social total.² Isso justifica a adoção de certas medidas restritivas dos salários.

1. MAGANO, Octávio Bueno, "Lineamentos de Direito do Trabalho", LTr, São Paulo, 1969, pág. 88.

2. SANTOS, Roberto, "Leis Sociais e Custo de Mão de Obra no Brasil", LTr, São Paulo, 1973, págs. 15, 20, 236 e 246.

3. Política Salarial nos Países com Economia de Mercado.

O conjunto das normas relativas a salários, difundido pela expressão "Política Salarial", não é peculiaridade brasileira. O princípio de que as questões salariais constituem matéria reservada a negociação das partes interessadas, tem sido submetido a duros embates, porque quase todos os Estados modernos, de igual estágio de civilização, exercem grande pressão sobre os salários.

Em termos genéricos se poderia dizer que o propósito das pressões das autoridades públicas sobre os salários é o de combinar a maximização das possibilidades de emprego com uma relativa estabilidade de preços e ao mesmo tempo, alcançar um elevado ritmo de crescimento econômico e equilibrar a balança de pagamentos. Em resumo o propósito é o de perseguir objetivos difíceis de conciliar.³

Nos últimos anos a maioria dos governos tem tido graves dificuldades para alcançar seus múltiplos objetivos. Embora seja muito difícil uma classificação sistemática das medidas concretas tomadas em matéria de salários, a O.I.T. distingue em estudo relativamente recente, três modalidades de ação:

- 1.^a) declarações de princípio;
- 2.^a) estabelecimento de índices;
- 3.^a) controle oficial final.

A primeira intervenção importante, classificável na modalidade chamada "declaração de princípios", foi adotada pelo Governo do Reino Unido em 1948, na economia de após guerra. Advertia o Governo contra os riscos da inflação e divulgava serem impossíveis aumentos gerais de salário. A vantagem dessa modalidade de intervenção é a de evitar os conflitos agudos entre o governo e as partes interessadas. Compreende-se, pois, nessa modalidade de intervenção no domínio dos salários, uma política de exortação com o objetivo de moderar voluntariamente os impulsos de elevação de salário das partes interessadas. A ineficácia dessa modalidade leva a segunda modalidade, qual seja, a de fixação de índices.

Esta modalidade objetiva manter o sistema de negociações coletivas sem opor-lhe grandes obstáculos, mas evitar que os salários aumentem mais rapidamente do que a produtividade. O Estado estabelece a porcentagem de aumento

³ Organização Internacional do Trabalho — "Las negociaciones colectivas en países industrializados con economia de mercado", 1974, 1.^a ed., pág. 166.

considerada a mais indicada para o ano. Nos anos 60 os Estados Unidos da América do Norte, fixaram em 3,2% o aumento tolerável, com base em recomendação do Conselho de Assessores Econômicos do país. A França em 1960 fixou no plano de desenvolvimento econômico a porcentagem máxima de 4% na agricultura, no comércio e na indústria. A República Federal Alemã, em 1960, pela palavra de seu chanceler, solicitava encarecidamente à nação que o aumento admissível, em face dos prognósticos da produtividade em 1961, não podia ultrapassar de 4%. Esta modalidade de intervenção chamada de fixação de índices, é mais intensa, porém, obriga as partes a apoiar ou rejeitar os objetivos econômicos nacionais definidos pelo Governo. Os Sindicatos e empregadores, divergindo desses objetivos, podem ganhar a opinião pública e assim contornar os apelos governamentais.

O prolongado conflito nas minas de carvão da Grã-Bretanha, em 1971 e 1972, revelou as grandes dificuldades dessa modalidade conseguir a moderação das reivindicações de salário, bem como desviar os empregadores da tentação de aceitarem as reivindicações salariais.

O êxito final dos mineiros ao fim dos conflitos, obtendo aumento de salários muito superior aos índices do governo, assestou duro golpe na política salarial do Governo inglês que para frear a alta geral dos preços, havia adotado, para dar exemplo de austeridade, índices modestos de reajustamento salarial do pessoal das empresas estatais.

As modalidades em tela não significam intervenção efetiva do Estado no domínio dos salários mas meras exortações. As medidas de controle, para serem eficazes precisam, necessariamente, restringir a liberdade contratual, pois uma norma legal que pode ser anulada pela convenção das partes, dificilmente pode ser considerada norma legal. Exemplo interessante de controle dos salários, foi o dos Estados Unidos, em 1971. A inflação e o "déficit" da balança de pagamentos desse país levou o Governo, em agosto desse ano, a impor primeiro um congelamento de salários por 90 dias, e depois um programa de controle econômico destinado a reduzir a inflação de 5,5%, considerada perigosa, para 2 ou 3%. Para esse controle o Governo constituiu uma Junta de três membros, a quem conferiu amplos poderes, para fixar os aumentos de salário não inflacionários. Os Sindicatos discordaram das fixações da Junta sob o argumento de que dever-se-ia, antes de tudo, resguardar a inviolabilidade do processo de negociações coletivas. A Junta acabou, em 1973, se dissolvendo com a

renúncia de seus membros porque não encontrava apoio para a execução do programa de controle salarial.

A terceira modalidade é a de restrição direta do direito convencional, com a interferência oficial e final no reajustamento de salários. O Brasil e a Austrália adotaram esta última modalidade de intervenção no domínio dos salários.

4. Lei dos Reajustes Semestrais e Automáticos de Salário.

Com o mesmo objetivo de alcançar a estabilidade monetária, o Brasil inseriu na programação de ação econômica, do biênio de 1964-1966, a diretriz de que os reajustes gerais de salário deviam ser feitos de acordo com a média de variação do salário real dos últimos dois anos. Inicialmente implantou essa diretriz apenas na área do serviço público federal, nas autarquias e sociedades de economia mista sob a jurisdição do governo ou financiadas pela União.⁴

Depois estendeu esse critério ao setor privado da economia, promulgando a Lei 4.725, em 13-7-1965.

A lei em causa, conhecida como a do "arrocho salarial", sofreu sucessivas alterações. A última delas, embora recente, já foi modificada. Trata-se da Lei n.º 6.708, de 30-10-1979, modificada pela Lei n.º 6.886, de 10-12-1980.

A Lei 6.708/79 mudou substancialmente o sistema anterior, para estabelecer que os salários serão corrigidos semestralmente, de acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), publicado mensalmente pelo IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. A correção se efetuará segundo a diversidade das faixas salariais e cumulativamente: até 3 vezes o maior salário mínimo, o INPC é multiplicado por 1,1; de mais de 3 a 10, por 1,0 e de mais de 10 por 0,8. A Lei 6.886/80 introduziu mais uma faixa: de 10 a 15 salários mínimos o INPC é multiplicado por 0,8, mas de 15 a 20 o multiplicador é 0,5. Acima de 20 o multiplicador é 0 (zero). A diversidade de faixas destina-se a dar maior reajuste aos salários mais baixos. A exclusão dos salários acima de 20 salários mínimos colocou um dique nos salários elevados. Além da correção, mera recuperação do valor aquisitivo do salário, diminuído pela elevação do custo de vida, a Lei n.º 6.708, de 30-10-1979, permite, anualmente, a obtenção pelas entidades sindicais de *aumento real* de salários, proporcional ao crescimento da produtividade da categoria profissional, por meio de acordo

4. Decreto 54.018, de 14-7-1964, e Decreto 54.228, de 13-9-1964.

ou convenção coletiva de trabalho ou de sentença normativa da Justiça do Trabalho.⁵

5. Análise Crítica da Lei de Reajuste Semestral.

O propósito da lei foi o de simplificar o mecanismo de compensação da perda do valor real dos salários em decorrência do fenômeno inflacionário de maneira que a correção se processe de modo automático, utilizando-se o índice nacional de preços ao consumidor, como fator de correção. Ao eleger esse fator a lei visou evitar dificuldades de apuração dos índices de correção, além de procurar maior uniformização de preços. A lei em exame, distingue entre *correção* e *aumento*. A *correção* é automática e semestral. O *aumento* só pode ser demandado com intervalo de 1 ano, pelos Sindicatos profissionais. Sua efetivação se faz mediante *convenção, acordo* ou *decisão judicial*. Os aumentos, porém, deverão ter por base o acréscimo da produtividade alcançado pela categoria profissional. Baseando os aumentos na produtividade, cuida de contemplar o direito do empregado se beneficiar do próprio esforço. Como o aumento da produtividade não provoca aumento do custo dos bens e serviços, mas, ao contrário, o diminui, não pode ser transferido para os preços sem a observância das Resoluções do *Conselho Interministerial de Preços*. A legislação anterior não cogitava de aumentos assim concedidos, e proibia mesmo que os reajustes fossem negociados pelas partes. As leis analisadas, assim, ampliaram a faixa de negociação coletiva de salários.

6. O Problema da Produtividade.

Produtividade, segundo o senso comum, existe quando com a mesma mão-de-obra, o mesmo equipamento, se obtém maior produção.

A produtividade dos recursos de um país determina o nível dos seus custos reais e a quantidade de recursos particulares que devem ser usados para se atingir um dado resultado.⁶

Fala-se constantemente em melhoria de padrão de vida na Europa Ocidental, Canadá, Alemanha e no atraso dos povos

5. CESARINO JR., A. F., "Direito Social", ed. LTr, São Paulo, 1980, pág. 240 e "Correção e Aumento de Salários", LTr, São Paulo, 1980, pág. 10.

6. CESARINO JR., A. F., obra citada, p. 46.

em desenvolvimento em consequência de seus baixos índices de produtividade. A mão-de-obra de maior produtividade ganha mais, em termos monetários, sem aumentar os custos dos bens e dos serviços.

Medir a produtividade, entretanto, é operação complexa porque exige a *avaliação* dos fatores heterogêneos que contribuíram para a produtividade e a *atribuição*, na proporção correta, do rendimento de cada fator.

Essas dificuldades e outras como as de medir a produtividade de professores e prestadores de serviço em geral, bem como a referência da lei à produtividade da "categoria profissional", ensejaram críticas. A Justiça do Trabalho em São Paulo fixou o número cabalístico de 7% e passou a aplicá-los aos dissídios que lhe são submetidos. O Colendo Tribunal Superior do Trabalho tem fixado os aumentos de produtividade em 4% baseado em que esse é o índice oficial de aumento do produto bruto nacional relativo ao ano de 1979. Admitindo-se que o aumento em questão represente aumento da produtividade nacional, certamente os 4% inteiros não se referem só à mão-de-obra, mas sim ao capital e a tecnologia também. Em consequência não podem, a rigor, ser creditados apenas à mão-de-obra.

Os complexos problemas da produtividade geraram pois aumentos que representam custos e, ou são transferidos aos preços ou retirados dos lucros, causando dificuldades à negociação dos aumentos. É certo, também, que a categoria profissional, abstratamente considerada, não tem culpa sozinha da produtividade que tenha alcançado. Deveria a lei abrir alternativas quando se apresenta difícil a sua aferição.

7 A Correção dos Salários Elevados.

A lei em vigor determinando a correção tanto dos salários mais baixos como o dos mais altos, beneficiando mais os salários menores de três salários mínimos foi seguida pela Lei 6.886/80 que para os salários superiores a 20 salários-mínimos concede a mesma correção.

O impacto de elevação do custo de vida, é forçoso reconhecer, não é o mesmo nos baixos salários e nos altos salários. Embora afetados pela inflação, acima de certo nível, não sofrem os salários elevados o mesmo impacto.

A crença de que a correção automática é semestral, por isso mesmo tenha efeitos inflacionários, tem suscitado vivas

controvérsias. A exclusão dos salários acima de certo nível da correção automática e semestral igual à elevação dos preços ao consumidor, merece críticas. A complementação da tabela para corrigir os salários mais baixos proporcionalmente ao impacto inflacionário parece justa. Mas deve-se pensar na retração gradativa da intervenção estatal nos salários, que no setor privado da economia devem ser deixados ao consenso e às possibilidades dos interessados.

8. Conclusão.

Em conclusão podemos, do exposto, extrair as seguintes ilações: 1) o problema do momento é o da intervenção do Estado no domínio dos salários; 2) a chamada “política salarial” num primeiro aspecto teve em conta a pessoa do trabalhador; 3) a “política salarial” atualmente não tem mais em conta a pessoa do trabalhador mas sim a estabilidade monetária; 4) os países ocidentais com economia de mercado mantém uma política salarial; 5) de maneira geral as políticas salariais podem ser classificadas em: de *exortação*, de *fixação de índices* e de *intervenção direta e final* nos reajustes de salário; 6) o Brasil adotando a modalidade de intervenção direta e final nos reajustes de salário escolheu a modalidade mais eficiente, porém, mais polêmica; 7) a lei em vigor deve ser complementada no sentido de oferecer alternativa quando a produtividade não possa ser medida ou seja muito difícil a sua aferição; 8) não sofrendo os salários mais altos o mesmo impacto com a elevação do custo de vida do que os salários mais baixos, devem ter correção, proporcional ao impacto sofrido ao invés de, acima de certo nível terem correção sempre igual.

Subsídios para o Estudo da Evolução Histórica da Execução das Sentenças no Direito Lusitano.

Luiz Carlos de Azevedo

Professor Assistente Doutor de Direito Processual
Civil na Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

1. Até a conquista da Lusitânia pelos romanos, raros são os testemunhos dispersos na palavra dos historiadores sobre os princípios que regiam os primitivos habitantes daquela região; ao lado dos clãs gentílicos dos celtas, os quais, mesclados aos líberos, iriam ser apelidados de celtíberos pelos cronistas helênicos e latinos, ali aportavam outras raças, com o propósito de explorar ou manter o predomínio do comércio no Mediterrâneo. Foi o que sucedeu com fenícios, gregos e cartagineses, cada qual visando estabelecer seus núcleos e empórios, sem deixar, entretanto, arraigada à rudeza dos autóctones, maiores vestígios de suas culturas.

Subjugada a península por P. Cornélio Cipião e dividida a nova província romana em Citerior e Ulterior, — incluindo-se nesta a Lusitânia — primeiro Sertório e depois Júlio César procuram impor as instituições da República, entre elas, suas normas jurídicas e seu direito, que se estenderiam, mais tarde, a todos os súditos do Império.

O procedimento da execução das sentenças no Direito Romano, como é sabido, assim como todo o processo, conheceu, no curso de sua evolução, várias alterações: no primeiro estágio das ações da lei, era o próprio credor que se encarregava de cumprir a execução, exercendo-a sobre a pessoa (“*manus iniectio*”) ou sobre os bens do devedor (“*pignoris capio*”). Na primeira hipótese, passado o prazo de trinta dias transcorrido entre a sentença ou confissão e a execução, não sendo quitada a dívida, podia o credor conduzir o devedor à força até o magistrado. Ao devedor não assistia afastar a mão do credor, sendo-lhe lícito, porém, socorrer-se de um “*vindex*”, que acorria

para cumprir o julgado e pagar o débito ou, então, para discutir a legitimidade da “*manus iniectio*”, assumindo a causa em nome daquele. Ninguém comparecendo em seu auxílio, decretava a autoridade a “*addictio*”, sendo o devedor levado a ferros até a casa do credor, ali permanecendo em custódia durante sessenta dias, ao cabo dos quais, não resgatado, seria vendido como escravo além Tibre, podendo o credor dispor livremente de seu corpo e até matá-lo, se assim o desejasse. No segundo caso, o credor, ainda por suas próprias mãos, apoderava-se dos bens pertencentes ao devedor, mantendo-os consigo até que o faltoso se dispuzesse a pagar a dívida.

O rigor destas disposições será amenizado nos períodos subsequentes, quando se observam outros meios para a execução dos julgados e que se destinam mais contra o patrimônio do devedor que contra a sua pessoa: no formulário, a “*actio iudicati*”, praticamente outra ação, promovida com vistas à execução da sentença condenatória e que se encerrava com o reconhecimento da dívida ou pela condenação em dobro, quando julgada improcedente a defesa argüida pelo devedor. Isto podia dar ensejo a outra “*actio iudicati*” e assim por diante até que o débito fosse finalmente liquidado ou o pretor reconhecesse má fé no expediente empregado. A anuência do réu ao pedido formulado na “*actio iudicati*” levava a venda de seus bens em hasta pública (“*venditio bonorum*”).

O sistema da “*extraordinaria cognitio*” trará características ainda mais humanas à satisfação dos julgados: a execução da sentença se faz por funcionário do Estado e vem proporcionada à dívida, isto é, não mais se apreende a totalidade dos bens do devedor, mas tão só aqueles que bastem à liquidação do débito (“*distractio bonorum*”). A venda pública dos bens acarretava, entretanto, a nota de infâmia sobre a pessoa do devedor, circunstância que se evitava quando este, voluntariamente, entregava seu patrimônio aos credores, (“*bonorum cessio*”).

2. Além dos lindes do Império, situavam-se, entre outros povos, várias tribus germânicas, conhecidas pelo nome de godos e que se dividiam em dois grandes grupos: godos, acampados entre as estepes do Don e Dniester e visigodos, localizados entre este rio e o Danúbio (cf. J. M. Wallace-Hadrill, “*El Oeste Bárbaro*”, trad. de Cesar Magrini, Ed. Univ. Bs. Aires, 1959, pg. 25).

Eram povos que, não obstante a aspereza de trato, produto da própria luta por uma sobrevivência árdua e espinhosa, pos-

suíam uma certa “consciência de grupo”, fundada em vínculos pessoais, onde a personalidade do chefe tribal traduzia a personificação de todo o povo; ali se destacavam certos costumes, tais como a “sippe” ou parentela, a simbologia do escudo e a continuidade da estirpe, a noção de companheiro e seguidores do chefe, — de onde surgiriam os condes — todos eles construindo uma sociedade de caráter tipicamente senhorial, em flagrante contraste com os aspectos inerentes a “urbs” romana. (veja-se, a respeito, Bernardino Bravo Lira, “Formación del Derecho Occidental”, Ed. Jur. de Chile, Santiago, 1970, cap. VII).

Por outro lado, é destes povos de origem germânica que se importará, nos séculos seguintes, a assembléia dos homens livres e dos homens bons da terra. — “mallum” — que tanta repercussão irá encontrar à época da formação do reino luso.

Por volta do século IV, todavia, sofreriam os godos a investida dos hunos, provindos da Ásia, e não lhes podendo resistir, acabam por engrossar a leva de invasores que se precipita sobre o decadente Império romano.

Os visigodos atingem a península ibérica no correr do século VI, fixando ali poderoso reino, onde seus soberanos, fruindo a aura dos vencidos, assimilam as instituições romanas, inclusive no que diz respeito a legislação. É o que representa a “Lex Romana Visigothorum”, ou “Breviário de Alarico”, onde este rei manda reunir o Código Teodosiano, decisões do senado e dos pretores, opinião de jurisconsultos, com a finalidade de distribuir os ditames jurídicos ali incorporados a todos os seus súditos. Mas, agora, ao romano clássico se aduz o vulgar e ao texto original seguem-se-lhe paráfrases, com o intuito de adaptar o direito anterior ao povo que dele pretende se servir.

Esta preponderante influência romana, mais o Direito Canônico oriundo dos concílios, irão formar, com as primitivas instituições provenientes dos costumes germânicos, o amálgama de outra codificação, o “Liber Judiciorum”, também conhecido como “Código Visigótico”. Entre as várias disposições que tratavam dos “pennos” das “debdas”, proibia a lei o emprego da penhora pela mão do credor: Defendemos á tod omne que non prende por sí. E si el omne que es libre prenda por sí mismo por fuerza á otri, pague el duplo del penno. E si el que prenda es siervo, peche el penno, é demas reciba C. azotes” (“Fuero Juzgo”, Livro V, Título VI, n. I).

Tal proibição se destinava a coibir prática comum naqueles tempos; consoante acentua Enrico Tulio Liebman, “a penhora

de autoridade privada era o ato pelo qual se conseguia coercitivamente do devedor a composição; correspondia a costume originário dos povos germânicos e somente à custa de grandes esforços se foi progressivamente restringindo pelas leis do rei. (“Embargos do Executado”, trad. de J. Guimarães Menegale, S. Paulo, 1968, pg. 28). Por ser “estranha à mentalidade germânica” a idéia de que pudesse o indivíduo atribuir a parecer de terceiro a reparação da ofensa recebida, “procedia-se em larguíssima medida a prática da penhora privada e extrajudicial, sem qualquer intervenção do juiz” (id. *ibid.*, pg. 33). Esta era a usança entre longobardos, quando vieram se estabelecer na Itália, mas assim também se procedia entre os visigodos, costume antigo e arraigado, que muito se alongaria no correr dos anos, apesar das leis dispondo o contrário.

Prescrevia ainda o “Código Visigótico” um número expressivo de disposições sobre a matéria, como, por exemplo, o penhor que devia ser dado pela dívida ou ainda a respeito daquele que trazia muitas dívidas e muitas culpas e, por não poder pagá-las, acabava reduzido à escravidão (Livro V, Título VI, ns. III e V).

3. Minado pelo fastígio de seu poderio ilusório, iria finar-se em breve tempo o Império Visigótico, mercê da rápida e contundente invasão islâmica. Os muçulmanos, contudo, por não pretenderem se imiscuir com os vencidos, que desprezavam, à parte teriam suas instituições e seu direito. Por outro lado, os remanescentes do destroçado reino, agadanhados às Astúrias, dali passariam a empreender, paulatinamente, a reconquista, tendo adotado, como herdeiros das tradições germânicas, os costumes provenientes daqueles povos. Não se desprezaram, assim, o direito e a lei dos visigodos, aos quais se adicionavam, porém, ordenações que os novos estados, recém-formados, cuidavam de elaborar.

Em tais condições, a par do direito posto, aplicado eruditamente, concorria com idêntico e senão maior vigor o direito costumeiro, do qual o concelho dos homens bons e as disposições foraleiras eram as suas mais características e autênticas expressões.

Antes de se circunscrever aos aspectos específicos relacionados com a execução das sentenças na prática geralmente observada, importa observar o que dispunham duas obras jurídicas da época, as quais, pela relevância e alcance, constituíram verdadeiras fontes concorrentes do Direito Lusitano, no momento em que o primitivo condado portocalense ganhava títulos de nação independente: faz-se referência às “Flores de las

Leyes”, de Jácome Ruiz e às “Sete Partidas”, na parte em que tratam das execuções das sentenças. A primeira, no “título de cōmo se deve cōprir as sentenças das quaes non apelã nẽ podem apelar nem embargar”, expõe quais as regras que devem ser adotadas após a sentença definitiva, devendo a coisa ou bem ser entregue ao “demandador” “sen perlongança nenhua” (cf. ed. de Manuel Paulo Merêa, “A versão portuguesa das Flores de las Leyes, de Jácome Ruiz, Coimbra, Imp. da Univ., 1918, pg. 44).

Por sua vez, o Título XXVII da “Tercera Partida”, estabelece como os juízos que “son valederos” devem ser cumpridos e quem pode cumprí-los; sem pretender se alongar sobre a matéria ali ventilada, ressalte-se: a Lei II, onde se afirmava que, reconhecida a dívida, mas teimando o vencido em não entregar a coisa, deviam os julgadores “ajuntar” homens armados e ir até ao local onde ela se encontrasse, cumprindo seu “juízo poderosamente, de maneira que a Justiça vença”; a Lei III informava em que bens incidiriam as execuções, enquanto a Lei V fixava o prazo de dez dias para o cumprimento da decisão; tratando-se de reaver coisa certa e não podendo o executado cumprir a sentença no prazo, podia este, caso não agisse com malícia, apresentar fiadores que por tudo se responsabilizariam até final liquidação do débito ou entrega da coisa; finalmente, a Lei VI descrevia a maneira como se vendiam os bens tomados a alguém, em razão de entrega ou de sentença. (“Las Siete Partidas”, glosadas pelo lic. Gregorio Lopes, Salamanca, 1.555, 2.º vol. pgs. 154 e sgs.)

Mas, muito embora assim se regulasse, o povo se atinha mais aos costumes que às prescrições legais; e é por isso que o processo se acomoda a quem dele se utiliza: entregue a pessoas rudes, simples, supersticiosas, carregadas de simbolismo, caracteriza-se pela oralidade e publicidade de seus atos, regendo-se pelos juízes da terra, eleitos pelos homens bons que compunham o concelho.

Para garantia da presença do réu, tomava-lhe o autor penhores. Ausente aquele, imitia-se o autor na posse de tais bens durante certo prazo, ao cabo do qual, poderia deles usufruir como lhe conviesse. Esta penhora ou arresto, feita “imediatamente pelo autor sem intervenção do official público e logo que intentava a causa”, vem mencionada por Alexandre Herculano: “Esta usança, estranha aos nossos olhos, devia ser e era o arbítrio a que mais frequentemente se recorria para obter qualquer reparação judicial no meio da liberdade tumultuária dos concelhos, entre populações rudes e com a despro-

porção que existia entre a força pública material e a violência e a soltura das paixões individuais” (“História de Portugal”, Liv. Aillaud & Bertrand-Fco. Alves, 1916, Liv. VIII, Parte III, pg. 134).

4. Característica do feudalismo é a disputa do poder entre o rei e o senhor feudal, inclusive no tocante ao exercício da atividade jurisdicional.

Em Portugal, ocorreria hipótese um tanto diversa, pois não há falar propriamente em feudalismo. Na verdade, o senhor das terras ali conquistadas aos mouros, não o fizera à sua conta, mas por delegação, primeiro do conde D. Henrique e, depois, dos reis da casa de Borgonha. Não existiu, assim, nos primeiros tempos da monarquia portuguesa, como ocorrera em outros países da Europa, o estabelecimento da soberania feudal par a par com a soberania real. O que sucedia, realmente, era a existência fática de um direito costumeiro, que se definia nos concelhos e forais, muitos destes anteriores à fundação do reino e que portavam toda a carga de séculos de tradições germânicas; mas, se assim era, existia, de outro lado, a Curia Régia, instituto de inspiração haurida do Direito Comum, e que se baseava nas doudas disposições das primeiras universidades.

O poder real vai se fixando gradativamente, afastando a resistência dos senhores da nobreza e clero, que haverão de ceder às leis gerais, dispostas por Afonso II, Afonso III e pelo filho deste, D. Dinis, sempre com o propósito de fortalecer e concentrar a autoridade em suas mãos. Com o primeiro destes monarcas, são realizadas as Côrtes de Coimbra, que irão representar “a primeira fórmula de organização interna para assegurar e fortalecer a soberania da coroa. Delas saíram as leis gerais do reino, que traduzem o pensamento de que o rei é, não só o detentor tradicional do poder político e da suprema jurisdição, mas também o único agente da ponderação social” (in Dic. da Hist. de Portugal, Liv. Figueirinhas, Porto, 1971, pg. 608).

É por esta razão que Afonso II estabelece que a execução não se fará por qualquer, mas por seu porteiro, o qual, seja com fuste, seja com letras, não poderá ir além do que lhe foi determinado. (Livro das Leis e Posturas, Univ. de Lisboa, 1971, pg. 12). Tal determinação passaria às Ordenações Afonsinas, Liv. III, Tit. 92, 1. Ainda de D. Afonso e do mesmo ano, — 1.211 — é a lei que dispõe sobre o cumprimento da penhora, restrita tão somente àqueles que possam provar quem é seu devedor ou fiador. (Liv. das Leis e Posturas, pg. 15).

A proibição da penhora pelas próprias mãos é referendada por lei de Afonso III, enquanto que, mais tarde, D. Dinis estabelece como se devia agir quanto aos bens do vencido, no caso de não pagamento da dívida. (1.320) (Liv. das Leis e Posturas, pg. 126).

Em 1.342, Afonso IV regula a forma das execuções que sacadores e porteiros deviam fazer por motivo de dívidas, (Liv. das Leis e Posturas, pg. 407), indo a disciplina até a compilação Afonsina, Liv. III, Tit. 89, 1.

Em suma, como já se ressaltou, a liberdade do credor vai sendo cerceada, cingindo-se a sua ação ao prévio conhecimento e autorização do juiz; às antigas formas de execução, provindas do Direito Romano, e aos costumes germânicos, agora estancados pelos diplomas legais, sobrepoem-se novos tipos de procedimento: é o caso da "executio per officium iudicis", "segundo a idéia original de Martinho Difano, acolhida por Giovani Fasolo e Durante", (ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, "Com. ao Cód. de Proc. Civil", Forense, 1974, vol. VI, t. 1, pg. 47) ou seja, "a execução forçada" ou "execução da sentença", "procedimento ou prosseguimento ao em que se proferira a sentença condenatória" (MOACYR AMARAL SANTOS, "Direito Processual Civil, vol. 3.º, pg. 223).

5. Havia necessidade de se compilar toda a obra legislativa do reino, até então dispersa e desordenada, pois resultara do mandamento de vários governantes, no que haviam sido subsidiado por não pequeno número de Cortes. É o que revela o chamado "Livro das Leis e Posturas", onde se apresenta aspirada mas ainda incipiente pretensão de se coligir tudo quanto se dispusera a respeito de leis, o que se faz, contudo, ainda sem método e seqüência.

A idéia se concretiza com as Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1446: constam de cinco livros, tratando, o terceiro, da parte processual. O processo de conhecimento divide-se em ordinário e sumário: aquele, solene, escrito, formal; este, mais simples e rápido, inspirando-se na "Clementina saepe" Quanto ao processo de execução, já se encontra, a essa altura, inteiramente estruturado: a penhora, cumpre-a o porteiro. (Liv. III, Tit. 92). Admitem-se embargos do executado à sentença e à arrematação, traduzindo-se aí, a origem do nosso sistema de execução das sentenças. Os embargos, criação tipicamente lusitana, apareciam sob várias formas no regime Afonsino: eram "um meio para impedir a contestação da lide (Tit. 55, pr. e Tit. 57,4) e, depois, para impedir a prolação da sentença definitiva de mérito. (Tit.

55, pr. e 2 e Tit. 66,5). Proferida a sentença, era um recurso para obstar seu trânsito em julgado. (Tit. 55, 3, 4 e 5 e Tit. 56, pr. e 1). E, finalmente, um meio para impedir a execução do julgado e a arrematação dos bens” (Tit. 56, 1; Tit. 79, 1 e 79, 1, 2 e 6; Tit. 92, 2. Tit. 105, pr.). (Cf. MOACYR LOBO DA COSTA, “Origem dos embargos no Direito Lusitano”, Borsoi, Rio, 1973, pg. 16). E quanto a tais aspectos, porque o juiz pudesse duvidar quais fossem embargos e quais fossem razões, que embargassem a execução e que se podiam por e alegar contra ela, deveria de tudo se informar nos Títulos que tratavam das exceções peremptórias e de quando se poderá apelar do executor da sentença. (Liv. III, Tit 89, 6).

O Título 92 dispunha sobre a “execução que se faz por porteiro e do que lhe tolhe o penhor”, reproduzindo a velha disposição de Afonso II; e como se diz hoje que o oficial é o próprio braço do juiz que se estende até o devedor para que venha a ser satisfeita a pretensão do credor, representava o porteiro, ao executar a sentença, a autoridade real: aquele que “lho forçosamente contradizesse, fosse preso e apenado”

A execução fazia-se antes nos bens móveis que nos de raiz e, só à mingua dos primeiros, passaria a estes. (Tit. 93). Por outro lado, conforme antiga lei de Afonso IV, os bens oferecidos pelo executado ou que estivessem fora de sua casa, precederiam aos móveis e alfaías desta. (Tit. 98). Vinha desde D. Pedro disposição pela qual não se deviam executar bens além daqueles necessários à satisfação do débito. (Tit. 103). A precedência da primeira penhora, repetindo leis anteriores de D. Dinis e D. João I, aparece no Título 97, por onde se conclui que “se dois credores houverem sentenças contra um devedor, quer no mesmo, quer em diversos juízos, aquele que primeiramente fizer a execução da sua sentença precederá o outro, ainda que este seja primeiro no tempo” Não sendo interrompida, prescrevia a execução da sentença em quarenta anos, (Tit. 103) prazo que se reduzirá, mais tarde, a trinta anos. Do reinado de D. Fernando, (1404) é a lei que trata da maneira como há de se fazer as arrematações, fixando-se ali os prazos aos eventuais embargos. (Tit. 106).

Às Afonsinas, seguir-se-iam as Ordenações Manoelinas, em vigência na segunda década do século XVI. Acentua-se a influência do Direito Romano-Canônico e o processo passa a se revestir de caráter extremamente formalista. Repetem elas, na parte relativa às execuções, muitos dos títulos contidos na lei anterior. A penhora será feita em tantos bens

quantos parecer ao oficial, bastarão para o cumprimento da ordem, (Liv. III, Tít. 70, 4) dando-se preferência aos móveis que aos imóveis, (Tít. 70, 5) e ficando o funcionário responsável pelos excessos que porventura cometer. (Tít. 70, 5, “in fine”). Da penhora são excluídos certos bens, como cavalos e armas dos que estivessem a serviço do rei, ou sementes e bois de arado dos lavradores, que de ambos careciam ao trabalho nas herdades. (Tít. 71, 11, acompanhando o Tít. 98 das Afonsinas e antiga disposição das Cortes d’Elvas, ao tempo de D. Pedro I). Corriam os pregões dos bens móveis dez dias contínuos após a penhora e, dos bens de raiz, trinta dias da mesma data, descontados os domingos e dias santos, (Tít. 71, 12) ao cabo dos quais eram eles arrematados e vendidos para quem melhor preço ofertasse.

Eram conhecidos três tipos de embargos na fase de execução da sentença: remetidos, (Tít. 71) à arrematação e modificativos, (e não só ofensivos, como prevê o Tít. 60) vindo estes no referido Título 71, 18. Por outro lado, surge, pela primeira vez, a figura dos embargos de terceiro. (Tít. 71, 32).

Com outras palavras, transcreve o Título 72 o que já haviam dito as Afonsinas a respeito dos “que resistiam à Justiça”: assim procedendo, incorreriam nas sanções previstas no Livro V, específico do Direito Criminal.

Afirma-se, com maior amplitude, a matéria concernente a precedência da primeira penhora, (Tít. 74) a qual passaria à compilação subsequente. (Ord. Filipinas, Liv. III, Tít. 91).

Ainda que rebuscadas e formalistas, as Ordenações Manoelinas iriam contemplar, contudo, um novo tipo de procedimento, ao qual dariam o nome de “ação decendiária”: (Liv. III, Tít. 16) era a ação do credor para haver do devedor quantia ou coisa, a cuja prestação este último se obrigara, conforme fazia prova escritura pública ou alvará feito e assinado. Assinava-se ao réu, em tais condições, dez dias para que viesse pagar a obrigação contida no título ou oferecer embargos, nos quais: a) elidia o pedido, provando a inegibilidade da dívida, v.g., pela quitação; b) alegava a inegibilidade da obrigação; neste último caso, desde que aceitas pelo juiz as razões do alegado, assinava-se termo para que o réu viesse exhibir os documentos com os quais pretendia contrapor aqueles fornecidos pelo autor ou, ainda, para que se ouvissem, desde logo, as testemunhas indicadas. Recebidos os embargos, podia o autor, querendo, promover a execução, que se fazia sem qualquer outro recurso; mas, para haver

mão do pretendido, depositava fiança; não o fazendo, ficava a quantia ou coisa depositada “em mão de pessoa fiel e abonada”. Se o réu viesse a ser absolvido do conteúdo da obrigação, era o autor condenado a pagar tudo quanto desembolsara aquele, custas, despesas processuais e mais ainda outro tanto de pena. Do mesmo modo o réu, não logrando provar aquilo que alegara, além da condenação principal, era compelido a pagar outro tanto de pena. Desta condenação em dobro, parte se destinava ao vencedor na causa e parte à Piedade. Em resumo, na ação decendiária, o réu pagava — ou melhor, depositava — a importância correspondente a dívida líquida e certa, mas o feito prosseguia; reconhecida a temeridade com que se houvera qualquer das partes, arcaria ela com a condenação em dobro.

Não se tratava, todavia, da “*actio iudicati*”, conforme pretendem alguns autores, pois é certo que a última não na conheceram os lusos; a respeito, aponta AICIDES DE MENDONÇA LIMA, valendo-se de lição de LIEBMAN, os traços diferenciadores de ambas, em especial quanto aos seus respectivos objetivos. Se é certo que com a introdução da ação decendiária, “operou-se a metamorfose do processo executivo em processo de cognição sumária, no sentido de que, nessa última, a escritura não autorizava a imediata execução e, sim, tão-somente, a obtenção célere da sentença, para depois ensejar a execução, mas pela via ordinária”, não há como confundí-las, apesar de seus aspectos semelhantes. (cf. AICIDES DE MENDONÇA LIMA, op. cit., pg. 50).

6. Nas Leis Extravagantes, coligidas pelo licenciado Duarte Nunes de Leão já ao tempo de D. Sebastião, em seguimento ao propósito do rei anterior, D. João III, quanto a simplificar e acelerar o andamento dos processos, procurou-se dar maior clareza e definição aos institutos constantes da nova ordem do juízo. (Parte III, Tít. I, LVII). Assim, na matéria relativa a execução das sentenças, impedem-se recursos protelatórios e procrastinadores, determinando-se que no caso de ser apresentada exceção de suspeição, “se não detenha a execução e nem os pregões deixem de correr”, devendo outro juiz assumir o comando do feito. (Parte III, Tít. I, LVII, 40). No mais, guardavam as execuções das sentenças as linhas mestras dos trâmites dispostos nas leis anteriores, incluindo-se nestas, a Lei de 13 de setembro de 1557.

De relevar, finalmente, a Lei v, do Título VIII, dessa mesma Parte III do chamado “Código Sebastiãoico”: acompanhando o caráter instrumental que devia ditar toda a

ordem do juízo, determinava a lei não se anulassem execuções ou arrematações por “falta de pequena solenidade” Disposição de conteúdo significativo, esclarecendo que as formalidades, tanto àquele tempo, como hoje, nada mais são do que meios para atingir a finalidade de determinado ato e a sua inobservância não induz, necessariamente, a nulidade, mormente quando se atingiu o objetivo pretendido.

7 Não foram muitas as novidades e modificações introduzidas com as Ordenações Filipinas. Longe de pretender impor a legislação do país vizinho, tiveram elas, como causa imediata a necessidade de revogar certas disposições aceitas pelo rei e cardeal D. Henrique, quando do Concílio de Trento. Por isto, seguem o mesmo diapasão das anteriores, muito embora persista a preocupação de se escoimar o que restava de complexo e duvidoso.

O quadro abaixo permite fornecer uma visão dessa ascendência cronológica:

Origem	Título nas Afonsinas	Af.	Man.	Fil.
Lei de Afonso IV, 1.342. L.L.P., pg. 407	Das Execuções que se fazem geralmente pelas sentenças	89	71	86
Direito Romano	Se citaram a parte condenada ao tempo da execução que se faz pelo porteiro, em razão de seu ofício, sem outra carta do rei.	91	71	86
Lei de Afonso II, 1.211 L.L.P., pg. 12	Da execução que se faz por porteiro e do que lhe tolhe o penhor	92	72	89
Lei de D. Dinis 1.320 L.L.P., pg. 126	Como primeiro se há de fazer execução nos bens móveis que nos de raiz	93	71	86
1.283 Lei de D. Dinis 1.283 L.L.P., pg. 182	Que não dê o rei porteiros especiais para fazer execução onde houver mordomos senão a certas pessoas	94	73	90
Lei de Afonso IV	Da maneira que hão de ter os sacadores que o rei dá a alguns por graça especial nas execuções	95		

Lei de D. Dinis 1.301 L.L.P. pg. 195	Quando o rei der cartas a alguns preladados, que ajam porteiros ou sacadores, ponha-se fé em elas, que os mordomos não percam o seu direito	96	73	90
Lei de D. Dinis e D. João L.L.P. pg. 180	Do credor que primeiramente houver sentença e fizer execução, que preceda outras todas, ainda que sejam primeiras no tempo	97	74	91
Lei de D. Pedro	Que não façam penhora ou execução nos cavalos e armas dos vassallos	98	71	86
Lei de Afonso IV	Que não entrem porteiros nas casas dos condenados a fazer execução se acharem penhoras fora delas	99	71	86
Lei de Afonso IV	De como se há de fazer execução nas casas dos fidalgos, cavaleiros ou donas	100	71	86
Lei de D. Pedro	Que não façam execução em mais bens do condenado que possam satisfazer a dívida	104	71	86

Dispôs o legislador filipino, no Livro III, Título 66, 9, a confissão da parte, determinando o juiz, nessa hipótese, se procedesse a execução para que pagasse o réu a dívida, ou entregasse a coisa confessada, por que fora demandado; não se tratava, todavia, de sentença condenatória, mas de mandado de "solvendo", conforme já haviam feito referência, aliás, as Leis Extravagantes. (P. I, Tít. 17, Lei I, 6)

Quanto a ação decendiária, prevista no Livro III, Título 25, deixa de haver salutar disposição, no sentido de se exigir a restituição da condenação em dobro, para autor e réu, da maneira como bem haviam fixado as Ordenações Manoelinas. Por outro lado, não se repetiu todo o texto contido no antigo diploma, onde se distinguíam as duas matérias, execução de sentença e assinatura de dez dias:

ORDENAÇÕES MANOELINAS

LIV. III. Título 16

§ 5: E queremos que isto, que dito é das dívidas que se de-

ORDENAÇÕES FILIPINAS

Livro III, Título 25

§ 8: E queremos que isto que dito é das dívidas que se de-

mandam por escrituras públicas, haja isso mesmo lugar em qualquer dívida que se dever e demandar por vigor dalguma sentença, que passar em coisa julgada, quando se demandar por via de ação que nasça dessa sentença.

§ 6.º: E quando a dívida contida na sentença se demandar por via de execução, requerendo que se execute a sentença nos bens do condenado, se cumprirá o que é dito no Título “Das Execuções que se fazem geralmente pelas sentenças” e o que por outras Nossa Ordenações acerca das execuções das sentenças é determinado.

§ 7.º: E esta Ordenação se entenderá somente nas próprias pessoas que fizerem as tais escrituras e não em nenhuma outras pessoas.

mandam por escrituras públicas, haja lugar em qualquer dívida que se dever e demandar em virtude de alguma sentença que passar em coisa julgada, quando se demandar em virtude de ação que nasça dessa sentença.

SEM CORRESPONDENTE

§ 10.º: E esta Ordenação se entenderá somente nas próprias pessoas que fizerem as tais escrituras, e não em outras nenhuma pessoas, posto que sejam herdeiros.

Tal omissão é que daria ensejo às dúvidas e contradições dos que, mais tarde, vieram interpretar o texto legal; comentando a famosa Lei de agosto de 1769, conhecida como “Lei da Boa Razão”, e ao tratar do sofisma “ex accidenti”, que “he quando a huma cousa se attribue como necessário aquillo que “per accidens” lhe pode competir”, José Homem CORREIA TELLES assinala, a esse propósito, o seguinte exemplo: “A Ord. Liv. 3, Tit. 25 § 8 diz que se da sentença nascer acção pela qual hum possa demandar a outro certa quantia, aquelle a possa pedir por assignação de dez dias. Deduzir desta Lei, que toda a sentença pode ser executada por assignação de dez dias, he sophisma, no qual tropeçarão Moraes — de Execut. Liv. 2, cap. 6, n. 5 e Silva no Comment. áquella Ord: porque por huma parte as execuções tem a forma de processo ordenada na Ord. Liv. 3, Tit 86; e pela outra só “ex accidenti” pode succeder, que de huma sentença nasça acção diversa daquella, que finalisou pela sentença mesma” (“Comentário

Crítico à Lei da Boa Razão, em data de 18.8.1769”, Lisboa, 1836, Tip. de Antonio José da Rocha, § 7.º, n. 32, pg. 20).

Melhor esclarece ainda, o “Manual Prático” de um contemporâneo da mencionada lei, ALEXANDRE CAETANO GOMES: descreve ali o autor, com certa originalidade e graça, como os tratadistas, a seguir, sem maior apuro ou exame, um de seus pares, Caldas, como o primeiro se enganaram, como às vezes sucede com as aves, “pois quando huma vòa, as outras a seguem”

E argumentando, acrescenta que se o legislador das Ordenações quis dar a escritura o procedimento sumário, que de direito comum era ordinário, não seria verossímil que a sua intenção fosse conceder à sentença o mesmo privilégio, “quando de sua natureza o tem, não só sumário, como executivo”

Realmente, se esse fosse o seu escopo, teria dito “quando se demandar por via de ação que *nasce* dessa sentença; ao contrário, o uso do subjuntivo *nasça*, condicional e fortuito, vem aclarar que não se trata da ação que nasce da sentença para aquilo que foi julgado; mas sim, de um caso especial, ou seja, “quando suceder que na sentença nasça ação, para se pedir alguma cousa, de que nessa sentença não haja condenação direta; quando se demandar por via de ação, que nasça dessa sentença” (Manual Prático Judicial, Civil e Criminal”, Lisboa, Tip. de Antonio José da Rocha, 1854, §§ 6, 12, 13, 14, 15 e 16, pgs. 183 e sgs.).

Em tal caso, e só neste, é que, preenchidos os demais requisitos dispostos na lei, seguirá o pedido o rito sumário, isto porque “as demandas, que são fundadas em escrituras públicas, devem brevemente ser acabadas” (Ordenações Filipinas, Liv. III, Tít. 25, pr.). Revela-se aqui, o intuito do legislador de então, cioso por apressar a morosidade exasperante dos processos e fazendo empenho por referendar, senão com igual clareza, pelo menos com idêntico objetivo, tudo quanto já dissera a ordenação anterior.

De tal sorte, conclui-se que o Direito Português não contemplou, em nenhuma das duas codificações, a chamada “*actio iudicati*”, como pretenderam alguns, e é o mesmo advogado e presbítero flaviense quem arremata: “Onde as palavras: Quando se demanda por via de execução, mostram que a Lei falla de hum só modo de executar; e sendo contrapostas ao § 5.º, nas palavras por via de ação que nasça dessa sentença,

ainda mais claramente mostram que não tratou do modo de executar pela acção “in factum”, “seu judicati”, mas só “officio judicis”, deixando só para o caso de nascer alguma acção pela sentença o pedir-se por via summaria, assim como se propõe a acção de escritura pública” (op. cit. § 28, pg. 186).

Mais tarde, em suas “Dissertações Jurídicas sobre a intelligencia de algumas ordenações do Reino”, que vieram complementar o “Manual Prático”, censuraria ALEXANDRE CAETANO GOMES, “sem sair dos limites da modéstia”, os erros de alguns praxistas reinícolas, voltando ao mesmo assunto para reparar a inadvertencia de Moraes, Valasco e Caldas; e, ao se referir a “actio judicati”, acrescentou que o § 8.º do Tit. XXV jamais poderia ter falado desse modo de execução, “que os mesmos Doutores estrangeiros, que o referem de Direito Comum, confessam que é prejudicial” (“Dissertação VI, ad. Ord. lib. 3, Tit. 25, Lisboa, Of. de Domingos Gonçalves, 1756, § 77, pg. 256).

Grande era o cuidado de se encontrar a verdadeira interpretação dos textos legais, perdida no emaranhado das reiteradas citações dos mestres do Direito, as quais serviam amiúde à malícia e perspicácia de certos advogados, interessados em atravancar a marcha dos feitos; e, por isso mesmo, alguns anos depois a Lei da Boa Razão, imbuída de espirito essencialmente prático e utilitarista, daria cobro a tais incertezas e hesitações e, assim também, às “extravagantes subtilezas” daqueles que, a esse tempo, aconselhavam e promoviam as demandas.

8. Conforme assinala WALDEMAR FERREIRA, “correram séculos, reis e rainhas se sucederam na posse e administração da Corôa, e as Ordenações Filipinas subsistiram, adaptando-se às necessidades dos povos e dos tempos. Têm elas na anciania respeitada e respeitável a aureola da sua grandeza. Vigoraram durante duzentos e sessenta e quatro anos, mais de dois séculos e meio, em Portugal” (História do Direito Brasileiro, Freitas Bastos, Rio, São Paulo, 1952, Tomo II, pg. 330).

No Brasil, a vigência iria se alongar por mais cinquenta e oito anos, valendo como lei até princípios do século XX. Verdade é que, a essa ocasião, de muito se havia derogado o Livro V e para mais de sessenta anos o processo civil e comercial se regulava por outras disposições.

Não obstante, toda essa longevidade, cuja origem se perde na gama dos tempos, mas a qual nos arraigamos, como se atavicamente a ela pertencessemos, soube aportar o espírito

rude mas sincero dos costumes foraleiros e, com eles, o municipalismo, e permitiu formar uma visão legislativa — como tiveram os antigos reis de Portugal, capazes de construir o primeiro código europeu, nos idos do século XV — fundamentando uma tradição liberal e civilista, que indubitavelmente, nos orgulha e nos conforta.

Direito e Dominação no Horizonte da Existência*

Aloysio Ferraz Pereira

Professor Livre Docente de Filosofia do Direito da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Se é verdade, como escreveu RENÉ MARCIC, que a história da filosofia do direito é a dialética entre a teoria do direito natural e o positivismo jurídico, é também verdade, estendendo afirmação de HEIDEGGER, que os grandes juristas ou pensadores do direito pensaram a mesma coisa. É interessante observar como escritores, distantes no tempo e em suas ideologias, vêm a se aproximar quando abordam problemas fundamentais da teoria geral do direito. O espírito de escola, os *partis pris* se reduzem e desaparecem para deixar surgir, nos juízos mais profundos, algo de comum e de concorde. É que sob os conflitos do mundo empírico, como sob a dialética das idéias, os contrários deixam de o ser, e se encontram no concreto. Este é o plano do sentimento trágico e da compreensão hermenêutica, a cuja luz se pode manifestar o que é mais digno de ser vivido e de ser pensado. Sob reserva dessa unidade de fundo e dessa compreensão trágico-hermenêutica, onde todos, entes e existentes, em sendo nos encontramos no ser, havemos de observar as oposições em que os entes mudam e se deslocam; bem como o jogo calidoscópico das contrariedades e contradições em que espontaneamente se movimentam os termos e as categorias da lógica. Há os que, com justa razão, neste jogo se detêm; como há os que, também por gosto ou vocação, se debruçam sobre os fenômenos e processos sensíveis.

Assim, no campo dos estudos jurídicos, há lugar para quem prefere isolar nos fatos complexos a sua estrutura lógica e para aquele que acompanha e anota o seu curso necessário. Pois há o campo da lógica e o da sociologia do direito, entre outros. Mas o acesso à totalidade do jurídico não se dá aos que

* Comunicação ao 1.º Encontro Brasileiro de Filosofia do Direito, realizado em João Pessoa, setembro de 1980.

se armaram cavaleiros da lógica e da sociologia, ou da axiologia, mas se abre ao homem na integridade de sua existência; noutras palavras: ao homem, enquanto ser-aí, em sua situação existencial.

Se, como entendemos, a tarefa do filósofo consiste em *fundar*, a da filosofia do direito reside em buscar e achar, mais que o fundamento teórico, o fundo de vida humana em que sempre e por toda parte mergulha e se move o fenômeno jurídico. E, para exercer este ofício, são dispensáveis, quando não atrapalham, diplomas e métodos, aparelhos críticos e técnicas eruditas. Pois estas coisas podem interpor-se à observação direta e desnaturar a experiência íntima dos fenômenos jurídicos. Podem, este o seu maior perigo, velar ao homem, tal como ele existe, o seu próprio *ser*, na sua miséria, na sua mortalidade, no seu *sentido*. Porque os recursos, tantas vezes úteis, da ciência, da técnica e da metafísica, têm a natureza das funções e preocupações do mundo disponível e inautêntico, onde o direito é mero instrumento e a visão da justiça foi obliterada.

Não há abismo intransponível nem ruptura entre direito e justiça, porque não há cisão irremediável entre o homem inautêntico e o autêntico. Da experiência originária, em que a filosofia do ser e da existência vê cada um de nós diante da transcendência e da liberdade para a morte, parte uma ponte natural, insensível passagem, que conduz à sua situação social e política e ao posicionamento no mundo da *preocupação*: à relação que o homem existente ocupa no sistema de produção em que se acha. Não há separação entre a situação limite, onde o *cuidado* define minha essência, onde o meu ser comunica com o ser em geral, e a minha situação no regime de produção em que trabalho ou exploro. O privilégio da experiência da angústia ou a simples constatação do meu limite mortal abre-me a perspectiva da ontologia fundamental, na qual descubro minha função econômica e minha posição de classe.

Assim, a *situação ôntico-ontológica* é uma determinação de ser do homem existente, dada no horizonte de sua estrutura originária, mercê da compreensão ou sentimento dessa situação. Da mesma forma, a *situação sócio-política* do existente, que determina ao mesmo tempo o seu ser, de modo igualmente essencial e existencial, deriva da relação de produção em que se encontra e se translucida também através da hermenêutica, ou seja, por meio da compreensão ou do sentimento de classe. Então, ao revolver-se, em que se opera o eterno retorno do processo circular da hermenêutica, sucedem os possíveis movi-

mentos dialéticos em que se estilhaçam os *entes subsistentes* e os movimentos *dieréticos* (como diria PLATÃO) em que, infinitamente, divergem e colidem os *discursos* sobre os entes intra-mundanos.

A compreensão de seu *a priori* ôntico-ontológico conduz o homem existente à liberdade de optar por uma existência mais ou menos autêntica, isto é, mais ou menos conforme à sua vocação e natureza. Eis pois o homem sobre o difícil mas inevitável gume dialético, entre realizar *aquilo para que veio* ou ceder à alienação do *divertissement* pascaliano. Eis também o existente nesse campo instável e revoltoso em que se afrontam as *classes*, tão naturais e tão gritantemente reais, tão concretas quanto os indivíduos, que as compõem, e tão consistentes que possuem a duração da história dos povos e da humanidade.

No mundo da inautenticidade, o direito é uma ordem prática de soluções, que se organiza à luz da prudência e procura a segurança e a imobilidade. Razão prática e razão teórica, cada uma em seu plano, concorrem para dar ao direito a imutabilidade e a perenidade a que aspira o *desejo* humano em seu delírio. Assim falava ZARATUSTRA: *Ich liebe dich, o Ewigkeit* (Eu te amo, ó eternidade). E NIETZSCHE vivia no século XIX, que foi a era triunfal do sonho *burguês* já hoje sonhado e findo (*ausgeträumt*). Leis eternas e imutáveis para a economia política, *leis naturais*, entendidas como em processo necessário, determinístico. Era a ingênua economia política dos clássicos ingleses e franceses. Leis imutáveis e eternas para o direito, insuscetíveis de interpretação outra que a legal, no Código Napoleão, onde se condensaram as regras do comércio e da propriedade individualista e liberal. .

Então como agora, ergue-se o tecnicismo positivo para nos dizer que o direito visa ao controle social. Onde se lê *controle social* eu me permito ler: *dominação de classe*. Em o positivismo técnico, tecnicista e tecnocrático perpetra, em seguida, sua fundamental hipocrisia, nestes termos: o direito conhece e manipula os meios, opera os instrumentos normativos da ordem social e deriva tudo do *estado*. Ao que costuma perguntar o inocente primeiranista: “Vamos então ver o que é o *estado*. E vamos indagar a que e a quem serve o direito” No que depender de seus professores ficará porém o nosso calouro, em geral, com sua irreverente curiosidade insatisfeita. Não é lícito nem científico nem conveniente deixar o profano do direito para aventurar-se no sagrado do *estado*. Do mesmo modo, não se deve sair do *ius* cotidiano para, como PARMÊNIDES no seu

Poema, forçar as portas da Justiça, ou melhor, colocar o problema dos fins do direito.

Não há abalar a cidadela do estado, onde a *propriedade privada* se levanta no topo intocável da acrópole jurídica.

Mas se a justiça permanece a virtude *estranha*, em favor de outrem, ela se torna, aceleradamente, cada vez mais, a virtude revolucionária. O seu nome — como o sol daquele poeta — não é mencionado nas leis, mas se elas têm algum sentido, a sua força está em todas, “Le soleil n’ est point nommé, mais sa force est partout” Que a expulsem ou que a admitam (digamos assim) no discurso das leis, a verdade é que se a justiça está nele sempre presente, aí não cabe inteira e o transcende, acompanhando o homem, que tampouco se esgota no súdito e no sujeito de direito. Parece que a fisionomia do direito-norma é séria como a de um comerciante bem sucedido ou de um burocrata patriota, mas que a justiça participa da natureza da tragédia. O direito é utensílio do estado, enquanto o estado é a classe dominante organizada e armada. A justiça é primordialmente, na história, impulso da vingança, da represália, a reparação forçada do dano, o talião. Ela é, primeiro, ação corretiva da injustiça, ou seja, justiça comutativa. Noutros termos: no começo é o crime, a privação, a carência, a falta, a negatividade; numa palavra, no começo é o *nada* que descobrimos em nós ou que se abateu sobre nós pela mão de outrem.

A justiça distributiva é uma noção *teórica* posterior, que pressupõe a autoridade que distribui ou garante a distribuição natural já realizada. Os romanos, após ARISTÓTELES, definiram-na: vontade firme e permanente de dar o seu *bem*, a sua *coisa*, o seu *haver* a cada um. São TOMÁS seguiu o seu Filósofo e, bom romanista, os seus *jurisprudentes*. E assim diziam todos *a una voce*: a cada um o seu *haver* segundo o seu *mérito* heróico. E quando as massas oprimidas de trabalhadores, concentradas nas cidades industriais da Europa, conheceram o efeito da dominação burguesa, forrada de racionalismo individualista e de *neutralidade axiológica*, ciosa das verdades de sua ciência, veio KARL MARX dizer-nos, como um eco, no seu *Programa de Gotha*, repetindo um socialista francês: “de cada um segundo a sua capacidade a cada um segundo a sua necessidade”

Aí está com mais um caminho, o de MARX, veio naturalmente prolongar o de ARISTÓTELES, o romano e o do Doutor Angélico. Nesta direção histórica, que poderíamos dizer da *existência*, essas filosofias encontraram vasto terreno comum onde amplamente se compatibilizam.

Em ARISTÓTELES, entre os romanos, bem como em São Tomás e Marx, ou ainda em HEIDEGGER e SARTRE, por exemplo, no terreno da natureza da justiça e do direito, a existência precede a essência e a práxis sobreleva à teoria, a *compreensão ôntica e existêntiva* se antecipa ao discurso degradado e à *ontologia* existencial, o ter é superior ao ser.

ARNOLD TOYNBEE assinalou, num ensaio, que a teoria de MARX sobre o modo capitalista de produção, vale dizer, sobre o sentido mesmo da civilização greco-latina atual, estava destinada a ser assimilada pela Rússia bizantina e oriental, e ser voltada contra o Ocidente, porque ela constitui uma inexorável crítica da Europa. Em nossos dias, HEIDEGGER, após o esforço enfático de NIETZSCHE de salvar os aburguesados valores da cultura de dominação, veio lançar sobre toda a civilização européia, sucessiva aos pré-socráticos, o anátema inapelável (e sobre que profundos fundamentos!) de niilismo. Para ele, como para HEGEL, a metafísica é a alma da história européia. Ora, a técnica tornou-se a essência da metafísica, como vontade. E, como tal, a metafísica se esvaziou, se nulificou. Quer dizer, em conclusão, que a civilização ocidental acabou em niilismo e que a Europa, em sua imagem atual, em seu espírito de dominação e de orgulho, como suas poderosas franjas dos outros continentes, não são mais do que o *nada*. A Europa, enquanto sistema neo-capitalista de valores, é pois o nada, de onde só nada sai: o nada do dominado sob o nada do dominador.

De onde esperar, portanto, e agora, o dom do ser, da plenitude e do sentido? A “salvação pelo selvagem” parece uma proposta possível. Um escabelo africano de 58 cms. de altura, com tampo sustentado por uma figura negra à maneira de cariátide, executado em madeira, no século XVI, por um mestre Luba, do Zaire, foi vendido em leilão, em Londres, há pouco mais de um ano, por US\$ 492,000.00. Eis como a Europa capitalista reconheceu, segundo o princípio do seu valor supremo, que é o *valor de troca*, o *valor de uso* do objeto de arte africano e o *valor* incomensurável *do trabalho* de seu humilde artista.

Voltando-nos para a realidade do nosso povo, do nosso país, de sua história, descobrimos o fundo original do nosso direito e o sentido de nossas instituições. Aí percebemos o quanto de opressivo e escravizante contém essa cultura européia, a que adere a classe dominante brasileira, em seu histórico papel de aliança com classes e governos estrangeiros metropo-

litanos, na tarefa tradicional de subjugar nosso povo, para explorá-lo em benefício próprio.

Assim, a cultura européia, roída pelo nada, é mortal para os povos da sua *soi-disant* periferia. Só nos resta situar-nos como centro e sacudir de vez, e radicalmente, o jugo da dominação, rejeitando toda relação de dependência econômica, de que deriva, como de sua fonte e causa, a dependência cultural, tão certa como a essência decorre de e generaliza a existência. Tal é o programa que o direito brasileiro pode observar. Se não o fizer há de sempre estalar como utensílio imprestável ao empuxe da justiça, que é o gesto mesmo da revolta, da renovação e da vida. Nenhuma *razão* burguesa pode conter a revolução que se agita no ventre das massas, buscando a sua libertação na igualdade econômica. Quanto a nós, filósofos e juristas, penso que cabe o papel de, na mesma perspectiva de justiça, descobrir no movimento operário essa compreensão de classe que permite o desvelamento da verdade jurídica. O direito não pode se imobilizar na dogmática. Se, como diz HEIDEGGER, o homem é o pastor do ser, assim também o filósofo do direito será o pastor do ser-jurídico no grupo social, à escuta das necessidades do seu povo, para que todos os que trabalham possam decidir, sem mentira e sem medo, da própria situação e da sorte comum. É como se há de tender a uma economia de abundância, onde sejam satisfeitas solidariamente as necessidades materiais, para que cada um, no mundo e com os outros, tenha acesso ao Ser em seu próprio ser.

Benefícios Previdenciários à Concubina Diante do Estatuto do Divórcio.

R. Limongi França

Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas

SUMÁRIO: I — O CONCUBINATO NO DIREITO BRASILEIRO. 1. *Conceito e Terminologia*. 2. *Espécies de Concubinato*. 3. *Função Sócio-Jurídica do Concubinato*. 4. *Tendência Fundamental do Direito Positivo*. 5. *Direitos Vedados ao Concubinato*. 6. *Direitos assegurados ao Concubinato*. II — OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS À CONCUBINA. 1. *Visão Geral*. 2. *A Condição de Dependente*. 3. *Benefícios a Que Tem Direito*. 4. *A Pensão por Morte*. III — O ADVENTO DO DIVÓRCIO. 1. *Conceito de Divórcio*. 2. *Paralelo entre o Divórcio e Institutos Afins*. 3. *Referências Históricas*. 4. *Texto da Emenda Constitucional n. 9*. 5. *O art. 1.º da Emenda n. 9*. 6. *O art. 2.º da Emenda n. 9*. 7. *A Lei Ordinária do Divórcio*. IV — OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS À CONCUBINA DIANTE DO ESTATUTO DO DIVÓRCIO. 1. *Perspectivas Jurídicas do Concubinato*. 2. *Considerações Sobre Essas Perspectivas, Quanto ao Aspecto Previdenciário*. 3. *O Mesmo, ao Depois da Lei do Divórcio*. V — CONCLUSÃO.

1. *Conceito e terminologia*. Concubinato vem diretamente do latim — *concubinatus-us*, que SANTOS SARAIVA (*Novíssimo Dicionário Latino-Português*, p. 271), baseando-se em PLAUTO E SUETÔNIO, traduz por “mancebia, concubinato, abarregamento”

Ao seu turno, *concubinatus* vem do verbo *concubo-are* ou *concumbo-ere*, cujo sentido é o de — “deitar-se, encostar-se juntamente, ou ao pé de” — “ter comércio, cópula carnal com” (*op. cit.*).

Segundo um texto de PAULUS, que se encontra no *De Verborum Significatione* (D. 50, 16, 144), os antigos chamavam *pelice* àquela que vivia com alguém, embora não lhe fosse a esposa — *quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat*; então chamada amiga, ou, mais decentemente, *concubina* — *quam nunc vero nomine AMICA, paulo honestiare CONCUBINAM appellari*.

O mesmo fragmento traz a lição de GRANIUS FLACUS, o qual, no *Jus Civile Papinianus* reafirma a acepção vulgar de *pelice* e ensina a origem grega da palavra “concubina”

Por diversas fases passou o concubinato no próprio Direito Romano.

Constituindo um tipo de comunidade conjugal ao qual faltava algum dos requisitos do matrimônio, distinguiu-se sempre deste pela ausência do *honor matrimonii*, de tal forma que a mulher não se chamava *uxor* nem *vir* o homem, além da inferior condição dos filhos (JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, § 178; SERAFINI, *Istituzioni di Diritto Romano*, II, p. 160-161; WALDEMAR CÉSAR DA SILVEIRA, *op. cit.*).

Numa certa fase, era a única forma possível de união com libertos, sem infringir a *Lex Julia de Adulteris*, promulgada por AUGUSTO.

Vários textos se ocupam com a sua disciplina, no sentido de proibir o concubinato a quem já possui mulher, bem assim a pluralidade de concubinas (cf. FIEFFÉ-LACROIX, *La Clef des Lois Romaines* I, p. 84, Metz, 1809). Com efeito, é célebre regra do Codex, 5, 26, 1, *De Concubinis*, segundo o qual — *nemini licentia concedatur, constante matrimonio, concubinam penes se habere* (CONSTANTINIS, *patre et filio*, 320).

Com os monarcas cristãos, passou não só a considerar-se imoral, mas ainda a ser objeto de estímulos, como a legitimação, com o fito de se regularizar através das justas núpcias.

Com JUSTINIANO (v. JÖRS-KUNKEL), teria assumido a condição de uma espécie de matrimônio de grau inferior.

O conceito atual de concubinato pode considerar-se, fundamentalmente, o mesmo do *De Verborum Significatione*, do *Digesto*, e que assim proporíamos fosse enunciado: *é a união constante do homem e da mulher, sem o matrimônio civil regular*.

Chama-se *concubina* a mulher que participa do concubinato.

Mas, também se diz *concubino* o homem que se encontra nas mesmas circunstâncias.

Aquela e este se denominam outrossim *companheira* e *companheiro*.

2. *Espécies de concubinato*. O concubinato pode dividir-se fundamentalmente em duas espécies:

- I — Natural.
- II — Espúrio.

Natural é o concubinato entre pessoas livres e desimpedidas.

Espúrio é aquele em que ambos os concubinos ou apenas um deles está legalmente impedido de casar-se.

Pode ser :

A) Adulterino.

B) Incestuoso.

Adulterino, aquele em que o impedimento se funda no próprio estado de cônjuge de um ou de ambos os concubinos.

Incestuoso, aquele em que o impedimento se funda no parentesco próximo entre os concubinos.

Em Direito Canônico haveria a considerar o concubinato sacrílego; isto é, aquele em que um ou ambos os concubinos tomaram votos de castidade.

Não se considera espúrio ou adulterino o concubinato entre pessoas desquitadas ou das quais uma é desquitada e a outra é livre.

Pode distinguir-se ainda o concubinato singular e o plural, conforme haja uma única união ou mais de uma que ligue um dos concubinos ou ambos os concubinos.

Não se confunde o concubinato com o congresso acasual ou descontínuo, pois é da sua essência a união constante.

3. *Função sócio-jurídica do concubinato.* Múltipla é a função sócio-jurídica do concubinato, sobretudo nos países onde não existe o divórcio.

Com efeito, está para a família ilegítima, *mutatis mutandis*, na posição do matrimônio para a família legítima.

Assunto mais discutido em teoria do que na prática, força é reconhecer o seu papel construtivo referente à condição das pessoas impedidas de casar-se e que não têm a vocação do celibato.

Na verdade é o ponto de apoio de muitos que, sem o concubinato, sempre estão sujeitos aos tropeços das uniões ocasionais, as quais, em meio aos muitos problemas que envolvem, entre eles o do próprio lenocínio, mais concorrem para aumentar do que para diminuir a instabilidade e a insegurança psicossomática.

Em muitos casos, os fatos o hão demonstrado, graças ao concubinato, tem sido possível reconstruir a vida de muitas famílias sacramentadas pela legitimidade, mas que, efetivamente, se revelaram não só impossíveis, como ainda foco das mais graves e insólitas discórdias.

Não raro, outrossim, filhos que o destino levou a nascerem no torvelinho dos lares desfeitos, passaram a encontrar rumo, aconchego e segurança, graças à união natural, constante e honesta, dos seus pais desquitados.

4. *Tendência fundamental do Direito Positivo.* Diferentemente do que possa parecer à primeira vista, a preocupação com a condição jurídica da concubina não é recente.

Abstração feita do Direito Romano, especialmente o Justinianeu, onde o concubinato alcançou o que se poderia chamar uma estrutura jurídica, o nosso próprio Direito anterior não o ignorou.

BORGES CARNEIRO (*Direito Civil de Portugal*, II, p. 153 a 167) trata sob um mesmo título, *Do Segundo Matrimônio e do Concubinato*, sendo de sua lavra o seguinte ensinamento: “Por Direito comum, o concubinato (diverso do pelicato, do meretriciato, e de simples comércio carnal de homem com mulher) é o estado diturno em que estes vivem juntos como casados, sem contudo o serem”

O mesmo autor cita a HEINECCIUS, IV, § 173, e a STRYCHIUS, 25, 7, 1, 3.

Enquanto, de um lado, avisadamente, o ordenamento se endereçava contra os “barregueiros casados”, do outro, a preocupação do legislador se orientou no sentido de prevenir as incursões da concubina na vida social, e, sobretudo, no patrimônio da família legítima.

Posteriormente ao Código e, mais ainda, às vicissitudes sociais que se seguiram à segunda guerra mundial, entre elas a própria ascensão profissional e política da mulher, com a avalanche dos casais desajustados, o concubinato passou a ser objeto de outra espécie de preocupação.

Não obstante a inegavelmente necessária proteção da família constituída, os olhos dos sociólogos, dos juristas, e sobretudo dos políticos, se voltaram para o aspecto positivo dos direitos do concubinato.

Entre nós, testemunho disso é o Anteprojeto ORLANDO GOMES, de 1963, e o próprio Projeto de Código Civil, de 1965,

de cuja comissão revisora participou o Ministro Prof. OROSIMBO NONATO.

Entretanto, a ostensividade dos direitos atribuídos à companheira (v., por exemplo, art. 668, participação na herança) foi sem dúvida uma das causas da sua retirada do Congresso Nacional (v. Alceu Cordeiro Fernandes e outros, *Reforma do Código Civil*, p. 61, n. 19, Editora Revista dos Tribunais, 1966).

5. *Direitos vedados ao concubinato.* A doação do cônjuge adúltero (art. 1.177) ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (v. *Manual*, v. 4.º, T. II, p. 101, Editora Revista dos Tribunais, 1969).

Por outro lado (art. 1.719, n. III), não pode ser nomeada herdeira nem legatária a concubina do testador casado, regra esta que, evidentemente, também se aplica ao concubino da testadora casada.

Dispõe ainda, expressamente, o ordenamento (art. 248, n. IV) que a mulher casada pode livremente “reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177)”, direito esse que prevalece “esteja, ou não, a mulher em companhia do marido, e ainda que a doação se dissimile em venda ou outro contrato”

É de dois anos (art. 178, § 7.º, n. VI) a prescrição da ação do *cônjuge* ou seus herdeiros necessários para anular a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice, contado o prazo da dissolução da sociedade conjugal.

Importante proibição, que visa a cercear o concubinato da pessoa casada, é aquela que se relaciona com a *incapacidade matrimonial absoluta* (art. 183, n. VII) do cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado.

6. *Direitos assegurados ao concubinato.* Os direitos do concubinato se vão fazendo valer, gradativamente, através das disposições esparsas da legislação extravagante, tendo tido sempre o legislador o cuidado de não mencionar de modo expresso palavras específicas da matéria.

O concubino ou a concubina, por exemplo, podem ser considerados dependentes para os efeitos das isenções de imposto de renda (Lei n. 4.242, de 17 de julho de 1963, art. 44; Lei n. 4.862, de 29 de novembro de 1965, art. 3.º).

Outrossim, a Lei dos Registros Públicos, n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, no art. 57, § 2.º assegura à mulher solteira, desquitada ou viúva, preenchidos certos requisitos, o direito de alterar o patronímico fazendo acrescentar o do seu companheiro.

A doutrina e a jurisprudência têm atuado no sentido de aumentar os direitos do concubinato (v. EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, *O Concubinato no Direito*, 2.ª edição, 4 volumes, 1969; ADAMASTOR LIMA, *Concubinato e Sociedade de Fato Subjacente*, trabalho forense, Rio, 1956; TEÓFILO CAVALCANTI FILHO, *Sobre o direito da concubina de usar o nome do companheiro*, in *Folha de S. Paulo*, de 22 de agosto de 1971).

II. Os Benefícios Previdenciários Concedidos à Concubina.

1. *Visão geral.* A função sócio-jurídica do concubinato, de que já falamos, bem assim a forte pressão da doutrina e da jurisprudência no sentido de, gradativamente, ampliar os respectivos direitos, tem levado o legislador a atender com certa solicitude aos reclamos da consciência social a respeito da matéria, sobretudo numa época em que, entre nós, não existia o divórcio a vínculo e a família ilegítima era o sucedâneo da família legítima de divorciados.

Assim, em meio aos direitos do concubinato a que já aludimos, ressaltaram sempre em importância aqueles concernentes à previdência social da pessoa em estado de concubinato.

Muitas são as normas jurídicas que a têm reconhecido, já no campo da previdência municipal, já no da estadual.

O mesmo, e com maior importância, no federal.

Com efeito, assim se dava, entre outros estatutos, com a Lei Orgânica da Previdência Social, n. 3.807, de 26 de agosto de 1960, art. 11, n. II, do mesmo modo que com o respectivo regulamento, Decreto n. 60.501, de 14 de março de 1967, art. 13, n. II.

Quando do advento da Consolidação das Leis da Previdência Social, Decreto n. 77.077, de 24 de janeiro de 1976 a matéria alcançou verdadeira feição orgânica, conforme se pode deparar nos arts. 13, n. I; 14, §§ 1.º, 2.º, 3.º e 5.º; e particularmente no art. 57.

2. *A condição da concubina como dependente.* Nos termos do art. 13, n. I, da CLPS, a concubina, sob a designação da palavra sinônima de “companheira” é considerada entre os “dependentes DO SEGURADO”

Sua indicação vem em terceiro lugar, após a esposa e o marido inválido.

Além disso, exige o preceito o requisito de que seja “mantida há mais de cinco anos”.

A indicação é anterior à dos “filhos de qualquer condição, etc.”, bem assim dos demais dependentes contemplados nos incisos II a IV.

O art. 14 vai mais longe.

Admite a designação de companheira que viva na sua dependência econômica “MESMO NÃO EXCLUSIVA”, quando a vida em comum ultrapasse a 5 (cinco) anos.

O § 1.º fala das provas da vida em comum e o § 2.º determina que “A existência de filho em comum supre as condições de designação e prazo”

Não obstante, o § 3.º estabelece que a designação é ato de vontade do segurado e não pode ser suprida, ressalvada a designação *post mortem* (§ 4.º), mediante pelo menos três provas previstas no § 1.º, especialmente a do mesmo domicílio.

O § 5.º cuida da concorrência com os filhos menores havidos em comum com o segurado, salvo se houver expressa manifestação deste em contrário.

3. *Benefícios a que tem direito.* Os benefícios a que tem direito a concubina são aqueles concernentes aos dependentes e aos beneficiários em geral, conforme a indicação do art. 23 da CLPS.

Dizem respeito aos dependentes:

- a) pensão;
- b) auxílio-reclusão;
- c) auxílio-funeral;

E aos beneficiários em geral:

- a) assistência médica, farmacêutica e odontológica;
- b) assistência complementar;
- c) assistência reeducativa e de readaptação profissional.

Indiretamente, não se pode deixar de reconhecer, como direito da companheira, alguns benefícios qual, por exemplo, o auxílio-natalidade (art. 44), pago ao segurado “pelo parto de sua esposa ou *companheira* não segurada, ou de *pessoa designada*. ”

Destes benefícios ressalta em importância e complexidade a pensão por morte.

4. *A pensão por morte.* Este benefício está regulado nos arts. 55 a 61 da CLPS, sendo devido “aos dependentes do segurado, aposentado ou não, que falecer após 12 (doze) contribuições mensais”

De toda a complexa matéria que envolve, apresenta particular importância para o enfoque deste trabalho o problema da concorrência da companheira com a esposa legítima do segurado.

A esse respeito, dispõe o § 1.º do art. 57 que o cônjuge ausente NÃO EXCLUIRÁ a companheira do direito à pensão, que só será devida àquele a contar da data da sua habilitação e comprovação de efetiva dependência econômica.

Por outro lado (§ 2.º) se o cônjuge, desquitado ou não, estiver percebendo alimentos, o valor da pensão alimentícia judicialmente arbitrada lhe será assegurado, destinando-se o RESTANTE à companheira ou ao dependente designado.

Estas disposições, além daquelas que as completam (§ 3.º do art. 57; art. 58, n. II; art. 58, § 1.º) compreendem-se perfeitamente, ao tempo em que foram articuladas, quando em nosso país não existia o divórcio, e a família ilegítima era o refúgio único daqueles que não haviam encontrado caminho na estrutura do lar doméstico legal e tradicional.

III. O Advento do Divórcio

1. *Conceito de divórcio.* A palavra divórcio não é uma dessas palavras da tecnologia estrita do Direito.

Oriunda do latim — *divortium-ii* (v. SANTOS SARAIVA, *Novíssimo Dicionário Latino Português*) CÍCERO E TITO LÍVIO a utilizaram para designar as vertentes que rolam separadas do alto das montanhas *divortia aquarum*. E o clássico agrônomo COLUMELLA a empregou para referir os dias que separam o inverno da primavera — *divortium hiemis et veris*.

Diferentemente do que se poderia pensar, não há em latim o verbo *divortiare*, senão *devortere*, com acento no o, terceira conjugação.

Devortere vem de *devertere*, que quer dizer verter (encaminhar-se) de modo transverso.

Daí, em latim, *divortium* querer dizer desvio, caminhos transversos.

PEREIRA E SOUZA, no *Esboço de um Dicionário Jurídico* (Lisboa, 1825), define o divórcio deste modo:

“He a separação dos cônjuges, quanto à cohabitação, e aos bens, em virtude de sentença dada por juiz competente”

Como se vê, esta noção não é propriamente a de divórcio, senão a de desquite, assim vazada em razão do Direito Canônico, que, na informação ao tempo dada pelo autor, “nesta parte se observa entre nós”

De fato reza o Cãnon 1.118:

“O matrimônio válido, rato e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano e por nenhuma causa, a não ser a morte”

O original é este:

“Matrimonium validum et consummatum nulla humana potestate nullaque causa, praeterquam morte, dissolvi potest”

Cumpra notar, porém, que o Direito Canônico, qual não poderia deixar de ser, agasalha, e substancialmente, a doutrina das nulidades matrimoniais.

O divórcio, tal como o vocábulo é ordinariamente empregado em nossa linguagem jurídica, não se confunde com o desquite, posto que assim o podemos definir:

É A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL EM VIDA DOS CÔNJUGES, MEDIANTE SENTENÇA JUDICIAL, TRANSITADA EM JULGADO.

Esta diversificação é muito bem explicada pelo próprio Direito Canônico.

Conforme FELIX CAPPELLO (*Tractatus de Sacramentis*, v. v, “De Matrimônio”, § 822):

“Duplex distinguitur conjugum separatio, altera quoad *vinculum*, et dicitur *perfecta* vel *divortium plenum*; altera manente vinculo quoad torum, mensam et habitationem, et dicitur imperfecta vel *divortium semiplenum*”

A tradução é esta:

“A separação dos cônjuges se distingue de modo dúplice. Uma, relacionada com o vínculo e se diz *perfeita* ou *divórcio pleno*. Outra, em que o vínculo permanece, relacionada com o leito, a mesa e a habitação e se diz *imperfeita* ou *divórcio semipleno*”

2. *Paralelo entre o divórcio e institutos afins*. O divórcio não se confunde:

- A) Com o desquite;
- B) Com a separação de corpos;
- C) Com a separação de fato;
- D) Com a separação judicial.

Não se confunde com o desquite porque este é o divórcio semipleno, onde a separação não atinge o vínculo.

Não também com a separação de corpos, porque esta é uma medida especial, anterior ao desquite, ou de proteção à personalidade do cônjuge, quando este seja menor e o matrimônio se tenha dado para evitar cumprimento de pena (v. R. LIMONGI FRANÇA, *Manual de Direito Civil*, Revista dos Tribunais, 1973, t. I, v. II, p. 261-265).

É diverso o divórcio da separação de fato em virtude de razões múltiplas, bastando assinalar que o divórcio é de *jure* e não de *facto*.

E finalmente não é o mesmo que separação judicial, porque, de acordo com o próprio texto constitucional, a separação é anterior ao divórcio, posto que este só se concede após três anos da incidência daquela.

3. *Referências históricas*. Parece-nos indispensável assinalar que, não obstante as proibições do Novo Testamento (*São Paulo, Romanos, 7, 2; Coríntios, 1, 7*), a Legislação Mosaica admitia o divórcio.

Com efeito, é assim que está no Cap. 24 do Deuteronômio:

“Se um homem tomar uma mulher, e a tiver consigo, e ela não for agradável diante dos seus olhos por

qualquer coisa torpe, escreverá um libelo de repúdio, e lhe dará na mão e a despedirá de casa”

No que tange ao Direito Romano, conforme a informação de JÖRS-KUNKEL, (*Römisches Privatrecht*, §§ 175 a 177), o divórcio era amplamente admitido e a sua forma variava de acordo com as espécies de matrimônio.

Assim, se se tratava de matrimônio *cum manu*, constituído sem solenidade, pela simples constituição da sociedade conjugal, o marido ou o *pater familias* podiam repudiar a mulher *a todo momento*, prática à qual, gradativamente, se foram impondo limites de natureza simplesmente ética.

No concernente à *coemptio*, ato de transmissão do pátrio poder, mediante a *mancipatio*, perpetrava-se o divórcio por meio da restituição da mulher à pessoa sob cujo pátrio poder se encontrava anteriormente.

Nestes casos, usou-se também do expediente de transmitir o pátrio poder à interposta pessoa que, sobre a mulher, adquiria a *potestas*, abrindo mão em seguida, para deixá-la em liberdade.

Já quanto à *confarreatio*, lançava-se mão da *difarreatio*, ato igualmente solene, baseado no princípio do *contrarius actus*.

FERRINI assim se expressa a respeito do divórcio romano:

“Il diritto di repudio è larghissimo nel diritto classico; non può essere escluso da patto in contrario (C. 8, 38 (39), 2).

Anche sotto l'imperatori cristiani esso viene disciplinato, ma non tolto” (*Manuale di Pandette*, 4.^a ed., § 718).

Quanto ao Direito Comparado, é matéria conhecida o fato de que a generalidade dos países adota o divórcio, inclusive nações católicas, como Portugal e a própria Itália.

No que tange ao Brasil, a Constituição de 1891, por insistência de divorcistas, deixou em aberto o problema do divórcio.

Assim, em 1893, o Deputado EDSON COELHO pode apresentar o primeiro projeto de lei, introduzindo o divórcio no Brasil, no que não foi bem sucedido. Secundou-o, já no final do século, LEITE OITICICA, igualmente sem êxito.

De particular importância foi a iniciativa do Senador MARTINHO GARCEZ, datada de 1903, aprovada em primeira discussão, mas que, ao invés de voltar ao Senado, passou a

integrar a matéria da discussão do Código Civil onde foi derrotada. (v. *Homero Pires*, “Prefácio” a “O Divórcio e o Anarchismo”, de *Rui Barbosa*, p. II a V, Rio, 1933).

Frustrada tentativa registrou-se em 1908, de autoria do Deputado ALCINDO GUANABARA.

Em 1934, Deputados e Senadores da Liga Eleitoral Católica fizeram inserir o princípio da indissolubilidade do vínculo, na Constituição de 1934, adquirindo caráter de norma constitucional, com o qual foi mantido até a promulgação da Emenda n.º 9, de 1977.

A introdução do divórcio no Brasil dependeu de um sem número de fatores, ligados às mais diversas contingências das transformações do mundo contemporâneo, especialmente no campo da Família.

Mas de modo particular é fruto da liderança do Senador NELSON CARNEIRO, que, em 1947, eleito deputado pela Bahia, entrou com projeto de lei sobre os direitos da concubina, tomou a dianteira na elaboração do estatuto da mulher casada, promulgado em 1962, e, em 1965, cuidou do reconhecimento dos filhos adulterinos.

De 1951 a 1977 propôs seis projetos de anulação de casamento, rejeitados por se considerarem “divórcios disfarçados”

A Emenda Constitucional n.º 9, de 1977, tem como causa próxima a Emenda n.º 8, de 14 de abril de 1977, a qual, entre outras disposições, derogou o art. 48 da Emenda n.º 1, de 1969, referente à reforma da Constituição, mudando o *quorum* de dois terços para o de “maioria absoluta de votos do total de membros do Congresso Nacional” (v. *Revista de Direito Civil*, Revista dos Tribunais, 1977, v. I, p. 325).

4. *Texto da Emenda Constitucional n.º 9.* A íntegra do respectivo texto é a seguinte:

EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 9 DE 28 DE JUNHO DE 1977

Dá nova redação ao § 1.º do art. 175 da Constituição Federal.

Art. 1.º O § 1.º do art. 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 175

§ 1.º *O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”*

Art. 2.º *A separação, de que trata o § 1.º do art. 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda.*

5. *O art. 1.º da Emenda n.º 9. A Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977, é a matriz fundamental do estatuto do divórcio no Brasil, devendo estar nela assentados todos os preceitos de caráter ordinário e regulamentar.*

Em primeiro lugar, é preciso que atentemos para o fato de que a própria ementa objetivou derrogar o § 1.º do art. 175 da Constituição vigente.

Este preceito rezava assim :

“A família é constituída pelo *casamento* e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1.º O casamento é *indissolúvel*.

Já a Constituição de 1934 dispunha de modo semelhante no art. 144, ao estabelecer que “A família *constituída pelo casamento indissolúvel* está sob a proteção especial do Estado”

O dispositivo é repetido pelo art. 124 da Carta Constitucional de 1937, bem assim com ligeira modificação, pela Constituição de 1946, art. 163.

O texto da Emenda Constitucional de 1969 é o mesmo da Constituição de 1967.

Do confronto da nova disposição constitucional com a anterior e as demais que a antecederam resulta a adoção inequívoca, em nosso Direito de Família, no Sistema Jurídico e, particularmente, nas estruturas constitucionais, sob a rubrica *Da Família, da Educação e da Cultura*, da instituição do divórcio, mais precisamente, do divórcio a vínculo.

O princípio da indissolubilidade é revogado, passando a vigor, também do plano constitucional, o princípio da dissolubilidade.

Daí resulta que a lei ordinária não poderá trazer nenhuma disposição que atente contra esta regra fundamental, de modo a impedir ou coarctar de modo substancial a dissolubilidade do vínculo matrimonial.

O novo § 1.º do art. 175 assinala, porém, que “o casamento somente poderá ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Como se vê, há aí duas espécies de requisitos:

- A) Os casos expressos em lei.
- B) A prévia separação judicial, por mais de três anos.

Os casos expressos em lei são de natureza ordinária, pois às normas comuns é que compete defini-los e regulá-los, nos limites da Constituição.

Mas a separação judicial é de caráter constitucional.

Assim, cumpre esclarecer, em toda a extensão básica, o que vem a ser essa categoria.

Separação judicial é toda “*separatio conjugum*” determinada pelo magistrado.

Não se circunscreve ao desquite, devendo incluir-se, na sua expressão inequivocamente ampla, a separação de corpos, exceto aquela concernente à proteção da personalidade de cônjuge menor, em casamento celebrado para evitar cumprimento de pena.

Outrossim, a separação deve ser prévia. Isto é, o divórcio não pode ser requerido diretamente. Pede-se primeiro a separação judicial e, só depois de decorrido o tempo constitucional, é que se postula o divórcio.

A separação deve ser de mais de três anos. Portanto, não basta que seja de três anos completos porque a Constituição exige lapso a mais, podendo resolver-se curialmente com o mínimo de três anos e um dia.

A observação é importante, porque se entende com os *requisitos* para a abertura do processo de divórcio.

6. O art. 2.º da *Emenda n.º 9*. Neste preceito, o requisito da separação prévia, definido no § 1.º do art. 175, encontra um alargamento do mais profundo significado social.

Não é preciso que a separação seja judicial, como se dá com a separação de corpos e o desquite.

Basta que seja de fato.

É o caso dos cônjuges separados, como se diz na linguagem vulgar, em relação aos quais não se tenha providenciado ou ultimado a separação pronunciada pelo juiz.

Em nosso *Manual de Direito Civil*, Revista dos Tribunais, 1972, t. I, v. II, p. 269, já havíamos assinalado:

“ impõe-se como causa do desquite litigioso, a despeito do silêncio da lei, o fato de estarem os cônjuges separados por mais de dois anos contínuos.

Com efeito, na realidade da vida sócio-jurídica, não são raros os casos em que a vida em comum é irreconciliável, e, apenas por capricho, um dos cônjuges recalitra em acordar o desquite por mútuo consentimento.

A solução é o desquite litigioso baseado na *efetividade da separação*, garantidos os direitos fundamentais do cônjuge inocente, se os houver’

Temos notícia de que alguns desquites foram propostos com base nesse nosso texto de doutrina, mas não lograram êxito, em virtude do cuidado dos magistrados em não sair da letra rígida da lei, em matéria tão relevante.

Diferentemente do que se tem dado em julgados outros, mesmo em assuntos de Direito de Família, olvidou-se o papel da Doutrina como forma de expressão do Direito, o da Jurisprudência como complemento da lei, e a própria aplicação técnica do art. 4.º *in fine* da Lei de Introdução ao Código Civil (v., de nossa autoria, *Princípios Gerais de Direito*, 2.ª ed., Revista dos Tribunais, 1971).

Mas tanto tínhamos razão, e de tal modo se impunham as necessidades oriundas da realidade cotidiana, que aí está a consagração constitucional do pensamento que a respeito fazíamos por transformar-se em norma de direito científico.

O prazo, porém, da separação de fato deverá ser de cinco anos, “se for anterior à data desta Emenda”

De onde duas ilações:

Primeira. O lapso suficiente, posto que a lei não fala em mais de cinco anos, é o de cinco anos completos.

Segunda. Fica em aberto para o legislador ordinário o estabelecimento do prazo para os casos de separação de fato posterior à Emenda.

A separação de fato será “devidamente comprovada em Juízo”

Do ponto de vista constitucional, por força do princípio *ubi lex non distinguit*, é indiferente que a comprovação judicial se faça em apartado ou ao longo do próprio processo de divórcio.

Se em apartado, o meio útil de se o fazer é a comumente chamada justificação judicial, que no atual ordenamento processual se denomina simplesmente “justificação”, e está regulada nos arts. 861 a 866.

7 *A Lei Ordinária do Divórcio*. Trata-se da Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, com 54 artigos, divididos em quatro capítulos, subdivididos em secções, deste modo:

Cap. I. *Da Dissolução da Sociedade Conjugal*.

Secção I. Dos casos e efeitos da Separação Judicial.

Secção II. Da Proteção da pessoa dos filhos.

Secção III. Do uso do nome.

Secção IV. Dos Alimentos.

Cap. II. *Do Divórcio*.

Cap. III. *Do Processo*.

Cap. IV. *Das disposições finais e transitórias*.

O conteúdo do novo diploma é extremamente complexo, posto que não se limita a tratar da matéria da respectiva rubrica, adentrando-se em disposições sobre herança e filiação.

Daí decorre, segundo se pode aquinhoar ao longo de comentário que tecemos em obra especializada (v. R. LIMONGI FRANÇA, *A Lei do Divórcio Comentada e Documentada*, Saraiva, 1978), que, efetivamente, ocorreu visceral transformação não só na estrutura da nossa família legítima, como ainda, conforme não podia deixar de ser, em muitos institutos e relações jurídicas afins.

Não fôra, pois, de se esperar, que o concubinato, aquinhoado progressivamente, pela jurisprudência e pela legislação, em função do antigo vínculo indissolúvel, permanecesse incólume.

IV Os Benefícios Previdenciários à Concubina, diante do Estado do Divórcio

1. *Perspectivas jurídicas do concubinato*. Em nosso *Manual de Direito Civil*, v. 2.º, no T. I, dedicado especialmente aos *Institutos de Proteção à Personalidade e ao Direito de Família*, já em 1972, quando sequer se vislumbrava a inesperada

possibilidade de promulgação de uma Lei do Divórcio, traçávamos os seguintes enfoques sobre as perspectivas jurídicas do instituto em apreço:

I. Sendo o concubinato um estado de fato, tudo quanto lhe diga respeito deve girar em torno de provas inequívocas, especialmente no que concerne a reconhecimento de direitos dele oriundos.

II. Não raro, há evidente excesso de condescendência para com o concubinato, à face da mentalidade atual referente à matéria.

III. Não basta o concubinato para que haja sociedade de fato de natureza econômica, e, se houver, é preciso provar a medida da participação de cada companheiro.

IV No concubinato, os direitos respeitam não apenas à concubina, senão também ao companheiro, com caráter de plena reciprocidade.

V Não se devem reconhecer aos concubinos direitos melhores ou maiores do que aqueles que se outorgam aos cônjuges.

VI. A sistematização das disposições legais sobre o concubinato é inoportuna, imprudente e injurídica.

A) Inoportuna, porque se trata de uma instituição de fato em plena fase de transformação.

B) Imprudente, porque está inteiramente ligado, o concubinato, *aos problemas do divórcio*, do desquite e das nulidades matrimoniais, podendo variar o seu interesse jurídico e o seu papel social de acordo com as soluções de jure constituindo que se venham a dar àqueles mencionados problemas.

C) Injurídica, porque o fato de haver julgados sobre a matéria não gera necessariamente regra positiva (v. LIMONGI FRANÇA, *Da Jurisprudência*, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro; Da Jurisprudência como Direito Positivo*, separata da *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1972).

VII. Em virtude desses e de outros aspectos, a matéria não deve fazer parte do ordenamento civil, senão de disposições de leis extravagantes, prolatadas de acordo com as necessidades e a oportunidade, tendo-se em vista sobretudo o aspecto social do concubinato (v. *Anteprojeto*, edição de 1973, p. 19).

2. *Considerações sobre essas perspectivas quanto ao aspecto previdenciário.* É bem de ver, a matéria dos benefícios

à concubina, nos termos em que se encontrava na CLPS, antes da *Lei do Divórcio*, já não se compadecia com o bom Direito e a melhor Justiça.

Dois aspectos particularmente nos chamam a atenção.

O primeiro, quanto à ausência da indispensável “reciprocidade” nas relações entre concubinos, conforme a CLPS.

Nos respectivos arts. 13, 14, 57 aquinhua apenas a “companheira” e não o “companheiro” o que, evidentemente importa em grosseira iniquidade, posto que o companheiro é o “marido natural”, havendo entre este e o marido, quando um e outro seja inválido, inegável paralelismo.

O segundo aspecto é o que concerne ao § 3.º do art. 14 que diz ser a designação de companheira “ato de vontade do segundo e não pode ser suprida”

Ora, sendo concubinato um instituto de fato, é, por razão natural, da prova do fato da convivência e colaboração recíprocas dos companheiros que advém a evidenciação da sua realidade, constituindo-se em despautério jurídico atribuir-lhe o reconhecimento tão-somente ao soberano alvedrio do concubino.

Trata-se de um resquício machístico da nossa legislação, incompatível com o princípio de igualdade substancial de direitos do homem e da mulher, e que, inadmissível no direito comum, com mais razão o é no campo do direito social e previdenciário.

Aliás, o tónus da nossa legislação previdenciária se vê todo alheio aos imperativos dessa conquista dos sistemas jurídicos modernos.

3. *O mesmo, ao depois da Lei do Divórcio.* Como se viu, ao traçarmos, já em 1972, as perspectivas da matéria, relacionávamo-la com o fato de se dar generoso agasalho ao concubinato à face da então inexistência da separação vincular.

Na verdade, como dissemos, era o concubinato o sucedâneo de um “*segundo casamento*”, de pessoas que, na época, não podiam contrair outras justas núpcias.

Não mais assim, em princípio, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 9 e da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

Com efeito, os princípios que passam a reger o assunto exsurgem outros e, sobretudo, deixa de ter sentido o amplo

agasalho de um conúbio ilegítimo, quando a lei oferece aos interessados um meio hábil e conveniente para a regularização sócio-jurídica da situação de fato.

Note-se que, por exemplo, o instituto da legitimação adveio com a finalidade de estimular o bom encaminhamento jurídico dos concubinos não impedidos de se casar.

O mesmo, pois, deve passar a suceder com a legislação fragmentária do concubinato, em particular com a de previdência social.

Os benefícios aos concubinos (no plural) não devem ser outorgados *senão quando haja impedimento de casamento ou de divórcio, ou, ainda, prova de recusa de um dos concubinos, quanto à regularização da união de fato.*

Para tanto, um dos meios viáveis, fora outorgar ao concubino (masculino ou feminino) o direito de requerer a sua inscrição junto à Previdência Social, incumbindo aos órgãos desta, particularmente através de Assistente Social, indicar a existência ou não de impedimento, bem assim, no caso de inexistência, da recusa da outra parte quanto à regularização do concubinato, transformando-o em matrimônio legítimo.

Essa providência se estribaria em um corolário do princípio da igualdade, porquanto seria ainda um modo de promover os concubinos, fazendo-os subir o degrau sócio-jurídico do *honor matrimonii*, além do que, em princípio, não convém à coerência do sistema jurídico e à seriedade do Direito de Família, manter e fomentar situações de fato, paralelas ao casamento, quando absolutamente desnecessárias.

IV Conclusão

Embora o assunto exija muitas outras considerações, além do enfoque de vários aspectos outros, antolha-se-nos óbvio, desde logo, o fato de que a proteção emprestada ao concubinato, anteriormente à Lei do Divórcio, com o advento desta, perdeu elementos fundamentais da sua razão de ser, ou, de outra forma, adquiriu feições diversas, que o legislador não pode ignorar.

Por essa razão, como primeiro tema de debate, submetemos aos especialistas o anteprojeto de lei, com vistas aos atuais arts. 13, 14 e 57 da Consolidação da Previdência Social, posto que esses dispositivos têm sido um dos principais redu-

tos, a partir de onde se desenvolveu todo um complexo de normas de exceção, que hoje são de molde a configurar um verdadeiro estatuto do concubinato.

O texto é o seguinte, *sub censura*:

LEI n.º .de. .de.

Art. 1.º. Os arts. 13, 14 e 57 da Consolidação das Leis da Previdência Social passam a vigorar com as seguintes derrogações:

Art. 13. Consideram-se dependentes do segurado, para os efeitos da Previdência Social:

I. a esposa, o marido inválido, a companheira, o *companheiro inválido*, estes dois últimos com mais de cinco anos de convivência, os filhos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos e as filhas solteiras de qualquer condição menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas.

II. a pessoa designada, se do sexo masculino, só poderá ser menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 60 (sessenta) anos, ou inválida;

III. o pai inválido e a mãe;

IV os irmãos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos e as irmãs solteiras de qualquer condição menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas.

§ 1.º A existência de dependente de qualquer das classes dos itens I e II exclui do direito às prestações os das classes subseqüentes.

§ 2.º Equiparam-se aos filhos, nas condições do item I, mediante declaração escrita do segurado:

a) o enteado;

b) o menor que, por determinação judicial, se ache sob sua guarda;

c) o menor que se ache sob sua tutela e não possua bens suficientes para o próprio sustento e educação.

§ 3.º Inexistindo esposa, ou marido inválido, com direito às prestações, a pessoa designada poderá, mediante declaração escrita do segurado, concorrer com os filhos deste.

§ 4.º Não sendo o segurado civilmente casado, será considerada tacitamente designada a pessoa com quem ele se tenha casado segundo rito religioso, presumindo-se feita a declaração prevista no § 3.º.

§ 5.º Mediante declaração escrita do segurado, os dependentes do item III poderão concorrer com a esposa, a companheira, ou marido ou companheiro inválido, ou com a pessoa designada na forma do § 4.º, salvo se existir filho com direito às prestações.

Art. 14. É lícita a designação, pelo segurado de um e outro sexo, de companheira ou companheiro que viva na sua dependência econômica, quando a vida em comum ultrapasse cinco anos.

(Obs. — Suprima-se a expressão “mesmo não exclusiva”, da legislação em vigor).

§ 1.º São provas da vida em comum o mesmo domicílio, conta bancária conjunta, procuração ou fiança reciprocamente outorgadas, encargo doméstico evidente, registro de associação de qualquer natureza onde figure a companheira, ou companheiro, como dependente, ou qualquer outra capaz de constituir elemento de convicção.

§ 2.º A existência de filho em comum supre as condições de designação e de prazo.

§ 3.º Suprima-se.

§ 4.º Passa a ser o § 3.º.

§ 4.º A companheira, ou companheiro designado, concorrerá com os filhos menores havidos em comum com o segurado, salvo se houver expressa manifestação deste em contrário.

§ 5.º *Os benefícios à companheira, ou ao companheiro não serão conferidos, senão quando haja impedimento de casamento, ou de divórcio com casamento posterior ou, ainda, prova de recusa do segurado quanto à legalização da união de fato.*

Art. 57. A concessão da pensão não será adiada pela falta de habilitação de outros possíveis dependentes, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que implique exclusão ou inclusão de dependentes só produzirá efeito a contar da data em que for feita.

§ 1.º O cônjuge ausente não excluirá a companheira, ou companheiro designado, do direito à pensão, que só será devida àquele a contar da data de sua habilitação e comprovação de efetiva dependência econômica.

§ 2.º Se o cônjuge, desquitado ou não, estiver percebendo alimentos, o valor da pensão alimentícia judicialmente arbitrada lhe será assegurado, destinando-se o restante à companheira, companheiro ou ao dependente designado.

§ 3.º A pensão alimentícia será reajustada na mesma ocasião e nas mesmas bases do reajustamento da pensão.

Art. 2.º. Esta lei entrará em vigor, *com efeito imediato*, na data da publicação.

Voltamos a asseverar que esta colocação está longe de ter foros de definitiva, razão pela qual a submetemos à douda consideração dos senhores especialistas.

Castração, Esterilização, “Mudança” Artificial de Sexo.*

Antônio Chaves

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo (Brasil)

SUMÁRIO: 1. *A idéia da castração quem a teve foi Semíramis.* 2. *Transexualismo e operações de “mudança de sexo”* 3. *O síndrome transexual e a lei.* 4. *Jurisprudência italiana em sentido negativo.* 5. *E em sentido positivo.* 6. *Situação no Brasil.* 7. *Será válido o casamento de quem tenha mudado de sexo?*

1. A idéia da castração quem a teve foi Semíramis

Segundo a lenda, a castração foi introduzida pela belíssima SEMÍRAMIS, rainha assíria fundadora de NINIVE e BABILÔNIA, a fim de eliminar heranças mórbidas, difundindo-se depois em todo o Oriente, Grécia e Roma.

Além da famosa lei racista alemã de 14.07.1933, a “esterilização dos anormais” começou a ser aplicada no Estado de Indiana a partir de 1907 e atualmente na maior parte dos Estados Unidos da América do Norte: em alguns, leis de esterilização de anormais, em outros de delinquentes e em outros ainda, de ambos.

Por exigências eugênicas admite-se por toda a parte que possa ser necessária a castração e a esterilização, lícitas em pacientes e portadores de doenças incuráveis e transmissíveis, a fim de evitar descendência de degenerados e raquíticos.

Na Europa, a primeira lei foi promulgada em 1929 no Cantão de Vaud, Suíça. Do mesmo ano é a lei de esterilização da Dinamarca, seguindo o exemplo a Suécia.

* Conferência realizada em 25-3-1980 na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Roma, Instituto de Direito Privado.

Em nenhum outro Estado, todavia, o problema assumiu as proporções da Índia. As autoridades, preocupadas com o índice alarmante de fome e de miséria, com 520 milhões de pessoas disputando uma porção diária de 200 gramas de arroz por pessoa, enquanto nascem diariamente 35.000 indianos, ritmo capaz de dobrar a população em 20 anos, começaram oferecendo um rádio portátil ou o equivalente em rupias para cada cidadão que se submetesse à operação de esterilização.

Não obtendo a campanha o êxito esperado, o governo decidiu realizá-la à força, obrigando os funcionários públicos e professores a indicar cada um, cinco “voluntários” sob pena de suspender seus ordenados ou demiti-los sumariamente.

O terror, ocasionado pelas sete milhões de esterilizações efetuadas em 1976, leva milhões de pessoas a se refugiarem nas florestas e transformou-se num problema político tão grave que influiu decididamente na derrota de Indira Gandhi nas eleições de março de 1977.

Aumenta todavia no mundo inteiro, o número de esterilizações voluntárias não só de homens como de mulheres, mesmo nos países onde tais operações são proibidas.

Segundo uma notícia proveniente de Roma e publicada pela imprensa mundial de 12.11.78, a esterilização voluntária feminina assumiu a posição de método de controle da natalidade mais difundido: cerca de 84 milhões de pessoas já o teriam utilizado e de acordo com as previsões, em 1985, mais de 200 milhões de casais o escolherão como o sistema mais eficaz para evitar filhos.

Todavia, o problema específico da castração assume aspecto de plena atualidade, como decorrência da mudança artificial de sexo.

2. Transexualismo e operações de “mudança de sexo”

A confirmação do fato que o sexo é um conceito pluri-vectorial, resultante de diferentes fatores: genéticos, sociais, psicológicos, encontra-se em casos de indivíduos que reúnem, no corpo, todas as características orgânicas de um determinado sexo, enquanto que seu psiquismo tende, irresistivelmente na direção do de sexo oposto.

Teremos então as hipóteses dos travestis ou fetichistas que sentem necessidade de usar roupas, atitudes e comple-

mentos do sexo oposto ostentando a aparência do mesmo: homossexuais que se realizam somente com as pessoas do próprio sexo, e transexuais que possuem toda a disposição psíquica e afetiva de sexo contrário, mas não se conformam com a própria condição.

Por isso o comportamento deles é diferente: repudiam o sexo para o qual se apresentam “instrumentalmente” dotados, não só pelo seu comportamento, mas também biologicamente, usando como recurso extremo, quando o tratamento clínico não resulta eficaz, a providência da cirurgia, no esforço de viver normalmente integrados ao sexo psíquico ao qual sentem pertencer.

CAULDWELL, estudando em 1949 o estado psíquico do indivíduo cuja meta principal é a mudança de sexo, chamou-o de “síndrome de psicopatia transexual”, expressão esta que viria a ser consagrada por HARRY BANJAMIM, e desde então usada por todos.

JACCUELINE PETIT, num estudo completo: “*L’ambiguïté du Droit Face au Syndrome Transsexuel*”, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1976, recorda a “bomba” que estourou na imprensa mundial nos primeiros dias de dezembro de 1952: a cirurgia à qual se submeteu o ex-soldado e combatente americano George Jorgensen, para “passar” ao sexo feminino, assumindo o nome de Christine. O autor da operação, CHRISTIAN HAMBURGER, anunciou que o problema da conversão sexual estava definitivamente resolvido em todos seus aspectos plásticos, anatômicos, sexuais e psicológicos.

Recebeu 465 cartas, em dinamarquês, holandês, inglês, francês, alemão, italiano, norueguês, português, espanhol e sueco, com base nas quais escreveu um minucioso relatório.

3. O síndrome transexual e a lei

Segundo a Lei sueca de 21.04.72, relativa à determinação do sexo em certos casos, parágrafo 1: aquele que, transcorrida a juventude, demonstra não pertencer ao sexo no qual é registrado, que se comporta há muito tempo desta maneira e que se possa presumir que assim viverá para o futuro neste rol sexual, poderá, a seu pedido, obter a verificação de que pertence ao outro sexo. Semelhante comprovação é lícita, independentemente do fato da pertinência sexual do solicitante tenha sido precedentemente verificada em conformidade com o § 2.

A verificação, segundo o § 1, não é lícita a menos que o requerente que tenha completado 18 anos, tenha sido esterilizado ou seja incapaz de procriar por outras razões.

§ 2.º. Aquele que tenha tais deformidades em seus órgãos genitais que levarem dúvidas quanto ao seu sexo, pode requerer sua verificação segundo o § 1, contanto que isto seja compatível com o desenvolvimento dos órgãos sexuais e se uma correção das deformidades possa ser efetuada de modo que os órgãos sexuais correspondam melhor ao sexo desejado, ou se, não sendo desejável a correção, a atribuição de sexo corresponda melhor à constituição física geral do requerente.

Aquele que tiver 18 anos completos, ou que, mais jovem, não esteja mais sob tutela, deve pessoalmente requerer segundo o § 1. Nos outros casos, o pedido deve ser feito pelo tutor. Se o requerimento diz respeito a jovem com mais de 12 anos, a verificação não será lícita a não ser com o consentimento do mesmo.

§ 3.º. A verificação segundo os §§ 1.º e 2.º só poderá ser solicitada por cidadão sueco não casado.

§ 4.º. Quem quer que pense solicitar a verificação na conformidade dos §§ 1.º e 2.º só poderá obter uma intervenção em seus órgãos genitais após autorização especial, com a finalidade de adaptá-los ao sexo oposto. A autorização só poderá ser concedida quando estejam reunidas as condições para obtenção da verificação.

O pedido de autorização deve ser feito por quem requer a verificação. Será aplicável a determinação do § 2.º, alínea 2, frase 3.

Se até o momento da concessão de autorização, não for indicado nenhum médico, a intervenção será feita em hospital por um médico funcionário do mesmo.

Existem prescrições especiais para a esterilização e a castração.

§ 5.º. A questão da verificação de acordo com os §§ 1.º e 2.º ou da autorização, na conformidade do § 4.º, será resolvida pela autoridade social suprema (Socialstyrelsen).

§ 6.º. Contra as decisões da autoridade social poder-se-á recorrer ao tribunal administrativo.

§ 7.º. Quem estiver envolvido em negócio previsto por esta lei, não poderá pronunciar-se, sem autorização, sobre aquilo que venha a conhecer sobre a vida particular do inte-

ressado. Quem transgredir conscientemente ou por negligência será punido com multa ou deenção até um ano. O ato de citação só será apresentado a pedido da vítima ou se o interesse público exigir uma ação penal.

§ 8.º Quem, contrariamente a esta lei, pratique ciente-mente e por negligência na conformidade do § 4.º, será punido com multa e pena de detenção de até seis meses, se o fato não for punido segundo o Código Penal.

A lei alemã de 15-8-1969 sobre a castração voluntária e outros métodos terapêuticos, dispõe no § 2.º, que a mesma não é suscetível de ser reprimida penalmente, se este tratamento a juízo da ciência médica, for indicado para prevenir, sarar ou aliviar a pessoa de doenças, perturbações ou sofrimento psíquicos graves ligados à sexualidade anormal. O interessado deve ter 25 anos e manifestar um consentimento livre e esclarecido sobre o ato terapêutico oferecido, após informação sobre a natureza e gravidade dos riscos inerentes à operação.

A lei dinamarquesa de 11-5-1935 permite a castração voluntária de pessoas cujos instintos sexuais anormais apresentem o risco de impeli-las ao crime, à decadência física, ou a graves sofrimentos morais. A transformação só pode ocorrer com a autorização do Ministério da Justiça e após um balanço clínico e endocrínico. O tratamento só é acessível aos dinamarqueses e só é praticado quando as conseqüências sejam suscetíveis de serem reconhecidas no plano jurídico.

A lei norueguesa de 1-6-1934, admite explicitamente a esterilização de qualquer adulto cujo requerimento tenha por base uma "razão séria" O médico avalia somente a capacidade e o valor do consentimento do interessado e pode recorrer também à castração.

Na Suíça a liceidade da operação fundada na finalidade terapêutica foi proclamada pelo Tribunal de Cantão de Neuchâtel em 2-7-1945.

A esterilização praticada fora das indicações médicas é tolerada por acordo tácito entre médicos e autoridades mesmo sem qualquer texto oficial.

4. Jurisprudência italiana em sentido negativo

Na Itália PIETRO PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerico, Jovene, 1972, acentuava, à pág. 200, não ser relevante aos efeitos de direito somente o sexo psicológico, social ou biológico, mas qualquer elemento

que concorra à sua complexa definição, embora “para a maior parte das hipóteses seja o perfil psicológico, ainda mais que o estrutural e biológico, que prevalece como critério qualificador da regulamentação das relações”

Justifica nestas condições a mudança do sexo não como expressão de livre e arbitrária escolha do interessado, mas como consequência de terapias e de intervenções cirurgias destinadas a acompanhar uma tendência natural, ou para evitar efeitos negativos sobre a saúde, como no caso de uma grave neurose, ou sobre o comportamento da pessoa.

O problema é particularmente interessante nos países como a Itália e o Brasil que não têm legislação específica.

O Código Civil peninsular limita-se a proibir, no art. 5.º, os atos de disposição do próprio corpo “quando podem ocasionar uma diminuição permanente da integridade física, ou quando sejam de outra forma contrários à lei, à ordem pública ou aos bons costumes”

Admitindo-se que tais operações não podem mais ser consideradas contrárias à ordem pública ou aos bons costumes, fica ao critério do intérprete decidir se a evolução científica impõe ou não uma ampliação do conceito de integridade física para abranger o não menos importante de integridade psíquica” Uma atitude receptícia ao conceito de que não haja alteração da integridade físico-psíquica na extirpação de órgãos que, por qualquer motivo, não correspondem à sua destinação natural, conduzirá a uma solução contrária, envolvendo o destino e a felicidade de milhares de pessoas.

A tendência em 1970 era no sentido indicado por Vincenzo Mário Palmieri, “Sesso”, no vol. XVII, do Novíssimo Digesto, que considerava a posição da jurisprudência italiana conforme às “exigências jurídicas e éticas da personalidade”, julgando ilícitas, ocasionalmente até criminosas, as modificações arbitrárias dos órgãos copulatórios através de uma atitude postiva (ativa ou passiva) à compenetração.

Em substância, ao cirurgião seria permitido corrigir o sexo dos pseudo-hermafroditas, contanto que se trate de uma correção que vise melhorar as características do verdadeiro sexo, não de uma intervenção que aumente a simples aparência de um sexo inexistente.

Todavia um balanço da jurisprudência ordinária revela que o decurso de um decênio modificou o panorama.

Uma questão de fato impõe-se com a força do inelutável; a existência de muitos casos de pessoas submetidas a operações

de “mudança de sexo”, com ablação cirurgica dos órgãos sexuais externos, realizadas mais frequentemente no exterior, principalmente em Casablanca. Os anais da Jurisprudência registraram até um caso de auto-mutilação, exemplo bastante expressivo do estado de desespero a que são levados estes indivíduos.

Certamente serão muitos mais numerosos os casos que não chegam ao conhecimento dos Tribunais.

Diante desta situação, dois problemas se apresentam em toda a sua importância.

O primeiro é saber se uma pessoa que tenha artificialmente “mudado de sexo”, pode obter do Tribunal a retificação do registro de nascimento de modo que dele possa resultar um sexo diferente daquele com o qual foi registrado.

O art. 454 do Código Civil italiano admite a retificação dos atos de Estado Civil somente na hipótese de erro material quanto à identificação sexual, em virtude de sentença do Tribunal passada em julgado.

Os arts. 165 e 167 do Régio Decreto n.º 1.238, de 9-7-1939, Ordenamento do Estado Civil, regulam apenas “as retificações solicitadas pelo interesse público e as que dizem respeito a erros de escrita”

Mas a legitimidade constitucional destas disposições foi posta em dúvida de um tal de Lubrano de Campamorte Riccardo que, invocando os arts. 2.º e 24 da Constituição, solicitava fosse declarado que, contrariamente ao que resultava do seu registro de nascimento, ele agora pertencia ao sexo feminino.

O art. 2.º reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, e o art. 24, na parte que interessa, admite que todos podem agir em juízo para a salvaguarda dos próprios direitos e interesses legítimos, determinando a lei as condições e os modos para a reparação dos erros judiciários.

Poderá reivindicar como direito fundamental e inviolável à identidade sexual quem, por meio de operação voluntária, tenha adquirido características do sexo oposto ao original?

Mencionado balanço enumera seis sentenças de jurisprudência ordinária que excluem a possibilidade de obter, por parte do transexual, a retificação dos registros de Estado Civil.

Três são da Corte de Cassação, Seção I, respectivamente n.º 1847, de 1-6-1972; 3948, de 3-12-1974 e 1236, de 7-4-1975 (Giur. Civil, 1972, I, p. 1978 e segs.; 1975, I, p. 663 segs.; Foro It. 1975, I, p. 1687 e segs.); uma do Tribunal de Milão de

2-10-1969, Nuovo Diritto, 1970, p. 272 e segs.; uma da Corte de Apelação de Bolonha de 23-1-1970, Giur. it., 1971, I, 61; e, finalmente, uma do Tribunal de Palermo, de 17-3-1972, Dir. Fam. 1972, p. 507 e segs.

Podem ser assim resumidos seus fundamentos:

a) A transformação física além de ser limitada aos órgãos sexuais externos, verificou-se somente em consequência de operação cirúrgica de castração com radical extirpação dos órgãos masculinos e foi sucessivamente favorecida (pelo desenvolvimento das mamas e redução do sistema pilífero), por tratamentos hormonais adequados;

b) Isto exclui que o pedido de mudança legal do sexo possa referir-se à hipótese de errado registro do sexo masculino ao momento do nascimento; ação não admitida pelo ordenamento positivo italiano a do reconhecimento legal da mudança de sexo, da modificação voluntária dos caracteres morfológicos genitais;

c) O interessado deve considerar-se pertencente ao sexo masculino não só pela ausência dos órgãos femininos internos, mas também pela presença dos cromossomos que caracterizam o sexo masculino, não podendo, a psicosexualidade, orientada no sentido de atitudes mentais e interesse de tipo feminino, assurgir como elemento decisivo e determinante aos fins da individuação do sexo.

Chega pois o primeiro julgado à conclusão que:

“Não é admissível em nosso ordenamento positivo a solicitação para obter o reconhecimento de um sexo diferente daquele que resulta do registro de nascimento, não consequente de erro de redação do mencionado registro, mas sim, em consequência de uma diferente realidade sexual criada por um fato voluntário do homem, mesmo baseado em substrato psico-patológico de transexualidade.”

d) A presença de uma sexualidade psíquica invertida não é suficiente para atribuir o sexo em direção ao qual a psique é orientada a um indivíduo portador desde o nascimento de caracteres sexuais primários e somáticos secundários do sexo masculino.

O sexo como fator incidente na capacidade jurídica é qualidade natural e não modificável ao estado da ciência.

e) A consciência comum fundamenta o encontro entre pessoas de sexo diferente em índices de recognoscibilidade que exige sejam naturais, certamente recusando aos artificiais.

f) A exigência da proteção social que nasce das relações entre os dois sexos, mesmo praticadas fora do casamento, não poderia ser considerada satisfeita com a anotação da modificação de sexo nos registros do estado civil (segundo julgado).

g) A modificação dos órgãos genitais externos, determinada por não autorizados atos de disposição do próprio corpo, e a psico-sexualidade não justificam a revisão da verificação do sexo feita ao momento do nascimento e documentada no registro civil (terceiro julgado).

h) Perante a prevalente exigência de certeza das relações jurídicas a que o sexo da pessoa dá origem nos setores público e privado, frente às imprescindíveis necessidades de uma organizada vida social inspirada nos superiores ditames do interesse público, não pode o Tribunal deixar-se levar pela piedade do fato infelizmente já consumado e atribuir reconhecimento a uma voluntária mudança de sexo que comportaria, sob o ponto de vista jurídico, a adoção do princípio inadmissível segundo o qual o indivíduo, somente para secundar suas inclinações psíquicas, seria livre de determinar o próprio sexo.

Portanto, segundo as ementas:

“Somente a mudança dos caracteres sexuais somáticos realizada na época do desenvolvimento físico do indivíduo, apoiada pela presença de caracteres sexuais cromosômicos e gonádicos, mesmo imperfeitos, justifica a mudança de atribuição de um sexo que se revelou errônea. Da mesma maneira pode admitir-se a mudança de sexo devida a trabalho prestado pelo cirurgião a fim de ajudar o natural desenvolvimento do verdadeiro sexo do indivíduo, corrigindo imperfeições ou eventuais equívocos aparentes do sexo somático. Fora de tais hipóteses não se pode admitir a mudança de sexo pela alteração artificial e voluntária de caracteres sexuais masculinos mediante intervenção cirúrgica” (4.º julgado).

“Aos fins da atribuição a um indivíduo de um sexo diferente daquele verificado no momento do nascimento, não se pode dar relevo algum à aparência exterior de qualquer maneira criada (na hipótese, artificialmente, mediante intervenção cirúrgica)” (quinto julgado).

“Visto que a personalidade humana é, conjuntamente, psíquica e somática, não se pode falar de

um direito ao desenvolvimento da própria personalidade psíquica em contraste com a somática. Em particular, é inadmissível seja atribuído relevo e proteção jurídica à vontade do indivíduo, dirigida a modificar a seu bel prazer, segundo as suas tendências, os caracteres somáticos sexuais primários nele definidos especialmente quando tal modificação é fundamentada na voluntária intervenção cirúrgica (sexto julgado).”

5. E em sentido positivo

Todavia são já mais numerosos os acórdãos (em número de 8 já compilados), que admitem a possibilidade de obter o transexual a retificação dos registros do estado civil: Tribunal de Pisa, 31-12-1968, inédito; Corte de Apelação de Roma, Seção I Civ. 26-1-1970, Giur. pen. 1971, p. 222 e segs.; Tribunal de Pisa, 9-3-1970, Giur. it., 1971, I, p. 66 e segs.; Corte de Apelação de Milão, 29-1-1971, Temi 1971, p. 92 e segs.; Tribunal Lucca, 17-4-1972, Giur. it., 1973, II, p. 374 e segs.; Trib. Pádua 16-7-1976, Giur. mer., 1977, I, p. 6 e segs.; Tribunal Montepulciano, 10-2-1977, Giur. mer., 1977, p. 701 e segs.; comparecimento conclusional do Procurador da República em Pisa em data de 21-1-1976, e uma sentença do Tribunal de Taranto, de 30-6-1976, Dir. fam., 1976, p. 212 e segs., relativa a um caso de evolução natural das características sexuais, evidenciada por sucessiva intervenção cirúrgica.

Resumo dos seus fundamentos:

a) Para verificar se o interessado deve ser considerado de sexo masculino ou feminino, é preciso examinar a sua posição quer sob o aspecto de seus caracteres somáticos, quer da personalidade, da psique.

“Faltando às nossas leis a regulamentação jurídica de um caso como o presente, caracterizado não por um erro na determinação do sexo ao momento da redação do ato de nascimento, mas por uma diversidade existente entre uma situação surgida ao momento do nascimento e uma realidade vinda em evidência no curso da vida do indivíduo, parece certo dever-se fazer referência aos princípios gerais do direito, entre os quais está o que cada um tem direito ao reconhecimento da sua verdadeira identidade e, portanto, ao reconhecimento do sexo conforme à sua pessoa.”

A aparência externa não é a única circunstância para a atribuição do sexo. “Com o lado externo, concorre o elemento psicológico” Sendo o fator psíquico e a realidade externa interdependentes (o primeiro verifica o segundo), numa estreita simbiose, a verdadeira identidade pessoal só pode ser conforme à sua natureza feminina, vindo por esse modo a ser devolvido o equilíbrio interno entre a verdadeira natureza feminina e o reconhecido (pela lei), sexo feminino, (primeira sentença).

b) “Mudança de estado civil referente ao sexo. Coexistência de caracteres somáticos e sexuais de valor primário e de tipo masculino com outros, de importância secundária, do tipo feminino. Orientação psíquica decididamente em sentido feminino. Relevância deste último e deferimento do pedido de inscrição ao registro, no sexo feminino”

O Tribunal ficou ciente de que o prevalecimento quantitativo e qualitativo dos caracteres somáticos e biológicos do tipo masculino é contrastado, aos fins de avaliação, por uma equívocidade que diz respeito sobretudo à esfera genital, na qual a constituição anatômica não corresponde absolutamente à função biológica que os mesmos órgãos são chamados a desempenhar enquanto que não se pode não considerar a coexistência dos caracteres físicos e sexuais de tipo feminino, mesmo se os conhecimentos científicos não consentiram enquadrar a anomalia numa síndrome precisa e acertar a sua gênese.

‘ a Corte acredita poder expressar a opinião que sejam respeitadas as opiniões expressas pelos dois colégios de consulentes e que seja atribuído ao Cascinotti o sexo feminino em consideração ao fato que o prevalecimento dos caracteres físicos e sexuais ficou anulado na sua coexistência e validade para fins de uma diagnose diferencial das graves anomalias verificadas. Assim, perante os caracteres biosomáticos pertencentes a ambos os sexos e que podem ser considerados de valor equivalente, determina-se a componente psicológica unívoca no sentido da feminilidade. Portanto o complexo psicológico enquadra-se num juízo global da personalidade biopsicossomática do Cascinotti como um caso separado, não suscetível da generalização.”

Determina conseqüentemente ao Oficial de Estado Civil, proceder à retificação do ato de nascimento no sentido que onde está escrito “de sexo masculino” deve-se escrever “de sexo femi-

nino” e onde está escrito o nome “Giuliano” deve-se escrever “Giuliana” (segunda sentença, e, no mesmo sentido, a terceira).

c) São poucas as variações. De qualquer maneira merecem ser citadas as observações da quarta decisão no sentido que, ao estado atual das coisas o aparecimento dos seios, a asportação do pênis e a reestruturação dos órgãos genitais de maneira que o interessado possa ter relações sexuais só “more feminae”, exclui obviamente que ele possa ser definido, em base ao exposto, com imediata certeza, indivíduo de sexo masculino.

Deve-se então, recorrer à consideração global da sua personalidade, à síntese de todos os elementos que concorrem para determinar seu “eu” e a dar-lhe a fisionomia que hoje lhe é própria (quarta decisão, e no mesmo sentido, a quinta).

d) Particularmente cerrada a refutação à tese da imutabilidade do sexo verificado no momento do nascimento, fora das hipóteses de erro e da natural evolução dos caracteres sexuais:

“Na verdade, a circunstância de que a mudança de sexo não está expressamente prevista na regulamentação das anotações e retificações dos atos de estado civil, não assume relevo decisivo a favor da tese que se critica, não tendo o rol caráter taxativo.

Prova da exatidão desta última afirmação vem da própria opinião contrária, quando admite a retificação do registro civil em caso de evolução natural dos caracteres sexuais, visto que tal situação não pode ser referida a nenhuma das espécies normativas formuladas pela lei do estado civil.

Mas, a bem considerar a referência à exigência da certeza das relações jurídicas não parece pertinente, visto que a função certificativa dos atos de estado civil não é posta em discussão em virtude do atendimento do pedido de retificação. Se, por outro lado, por certeza entende-se estabilidade no tempo das relações em que o sexo é relevante, então a argumentação aparece tautológica.

Na verdade, a exigência de veracidade do conteúdo dos atos de estado é mais amplamente realizada através da retificação que assegura a coincidência, embora dentro dos limites acima expostos, entre o sexo atual do interessado e aquele legal, a não ser por meio da conservação da informação originária, certamente em discordância com a realidade”

Põe, finalmente, em relevo que a decisão do transexual de submeter-se a intervenção assume um sentido terapêutico que deixa sem fundamento as argumentações que sustentam a opinião contrária, sobre a voluntariedade da modificação dos órgãos genitais externos, como se se tratasse de um capricho do indivíduo (sexta decisão).

No mesmo sentido, as sentenças ulteriores.

6. Situação no Brasil

No XV Congresso Brasileiro de Urologia (novembro 1975), o cirurgião plástico Dr. Roberto Farina, expondo uma tese, exibiu um filme da sua cirurgia de reversão sexual realizada em 1971, comunicando que já havia executada em 9 pacientes de sexo masculino.

Entre as muitas reações, uma foi inesperada e rumorosa: o Ministério Público o denunciou como infrator dos art. 129, § 2.º, inc. III do Código Penal, por ter cometido lesões corporais de natureza grave, causando perda ou inutilização de membro, sentido ou função, que comina a pena de reclusão de dois a oito anos.

Condenado, em 6-9-1978 a dois anos de reclusão, sem pena acessoria de interdição de direito, em reconhecimento aos méritos do cirurgião, e tendo obtido suspensão condicional por dois anos, sem condições especiais, foi absolvido, em superior instância, por dois votos contra um.

O crime foi negado pelo advogado da defesa: não houvera inutilização de órgão ou função, mas somente adaptação de órgão e criação de funções até então inexistentes. Além disso, a ação atribuída ao acusado servira para a saúde mental da vítima.

Enquanto o relator do processo, Octávio Ruggiero, manifestava-se pela confirmação da sentença, o segundo membro da Câmara do Tribunal, Djalma Lofrano, reconhecia que o médico havia sido impelido unicamente por propósitos curativos, sem a menor intenção de prejudicar, e no exercício regular de sua profissão, acrescentando:

“A suposta vítima, de homem só possuía os órgãos extirpados inúteis à sua destinação específica e que, no seu caso, de características psicossomáticas predominantemente femininas, facilmente perceptí-

veis desde a primeira infância, constituíam nota de repulsa, de obsessiva inconformidade. A não ser esta verdadeira deformidade, só lhe faltariam para ser mulher, os órgãos reprodutores internos. Não se tratava de homossexual, de homem com tendências ao feminismo, em consequência do seu meio ambiente, de defeitos de educação, de problemas de ordem mental ou de deformação de natureza moral. Era um transexual. A cirurgia realizada pelo Dr. Roberto Farina não significava tão-somente mudança de sexo, mas recondução por motivos eminentemente terapêuticos e corretivos, ao sexo organicamente preponderante e psiquicamente exclusivo sem a menor nota de ambivalência.”

7 Será válido o casamento de quem tenha mudado artificialmente de sexo?

É o segundo problema fundamental que nem a doutrina nem a jurisprudência se apresentam ainda preparadas para enfrentar.

A única referência que encontramos na voz dos Tribunais italianos é em sentido nitidamente negativo: Tribunal de Palermo de 17-3-1972 já referida, afirmando que a “idoneidade a contrair matrimônio com um homem decorre não do fato de ser homem com aparência de mulher, nem do comportamento mais ou menos feminino do indivíduo, mas do fato de ser mulher por natureza”

Nem se poderia esperar uma conclusão diferente de um Colégio orientado no sentido de considerar irrelevante juridicamente a modificação voluntária dos caracteres somáticos sexuais primários.

Mas se a doutrina e a jurisprudência têm tendência a reconhecer que um. ex-homem tornou-se mulher para todos os efeitos, a tal ponto que pôde obter retificação do registro civil, se admitem tacitamente todos que ele possa unir-se a pessoa de sexo diferente daquele obtido artificialmente, não se poderá negar, por uma questão de coerência, que mais cedo ou mais tarde chegará o momento de reconhecer que também o casamento será possível por maiores que ainda possam ser os preconceitos, por acaloradas que possam ser as discussões e as controvérsias.

De qualquer maneira, nesta tempestade de opiniões divergentes, de dúvidas e mal-entendidos, uma coisa é certa: só uma orientação legislativa satisfatória e acima de qualquer raciocínio apaixonado estará em condição de permitir, com todas as cautelas necessárias, não só mudança de sexo para os transexuais, como também a retificação do registro civil, e, finalmente a possibilidade de unir-se em matrimônio.

A matéria foi considerada com agudeza por uma decisão da Corte Constitucional Federal Alemã em data de 11-10-1978, *Neue Juristische Wochenschrift*, fascículo 12, p. 595 e 596, que, após ter refutado que o processo de metamorfose sexual possa ser considerado contrário aos bons costumes, e imoral uma operação que visa corrigir os genitais a fim de evitar desvantagens colaterais espirituais e físicas, acrescenta:

“Mas nem a questão conexa com a correção da inserção do sexo, pela qual o recorrente pode unir-se com um pertencente ao sexo que ele possuía anteriormente, viola o bom costume. Não são necessárias ulteriores explicações que a capacidade de gerar do homem e a capacidade de engravidar da mulher, não constituem pressuposto para contrair matrimônio.

Segundo a Lei Fundamental (art. 6,1), o matrimônio é a união do homem com a mulher para uma comunhão de vida em princípio indissolúvel (cfr. E, 10, 59 (66) NJW 1959, 1483). A formação desta comunhão correspondente às próprias idéias, é tarefa das duas pessoas que se casam. Pode ser que para o vulgo um casamento entre um transexual homem com outro homem seja contrastado ou de qualquer forma reprovado. Do ponto de vista racional não há motivos em contrário (E. 36, 146(163) NJW 1974, 454).

Acrescente-se que ao estado dos conhecimentos científicos o transexual homem não deseja relações homossexuais, mas união com parceiro heterossexual e, após uma bem sucedida operação que modifique os genitais, ele se encontra na possibilidade de ter relações sexuais normais com um parceiro homem.”

A Política Fiscal e a Reformulação do Imposto Sobre Produtos Industrializados*

Ruy Barbosa Nogueira

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário — USP

Introdução

Um dos problemas mais atuais e cruciantes da economia e finanças do Brasil, no contexto da atual conjuntura internacional, é o da intensificação e melhoria da produção, não só para atender às necessidades internas, mas as de exportação.

Em face do atual estágio da tecnologia multiplicadora da quantidade e qualidade, é preciso a nação alcançar, cada vez mais, com a ampliação e modernização de seu parque agropecuário industrial, a potencialidade que o avanço dos novos instrumentos está proporcionando à produtividade do trabalho, do capital e da renda, tanto mais possíveis quanto se possam dispor de terras, matérias-primas, enfim de infra-estruturas que permitam se instalarem e se desenvolverem os estamentos da produção.

De um lado, diante do impasse da balança comercial, o Governo Federal vem concitando as atividades produtoras ao esforço de exportação, para poder obter divisas. Por meio de algumas medidas econômicas e incentivos fiscais, o poder central tem se preocupado em estimular as exportações.

Da parte da iniciativa privada, como se pode ver da recente publicação de 20 páginas especiais de O Estado de São Paulo, de 14-11-80, sob o título "BRASIL EXPORTAÇÃO", não há dúvida que ela vem procurando atender a esse apelo. Essa publicação, ora citada como exemplo, resume que "há

*. Resumo das palestras realizadas em São Paulo, a 18-11-80, no I Congresso Internacional de Estudos Tributários e em 27-11-80 em Vitória, no Congresso Estadual de Advogados Espírito santenses.

mais de cem anos, o café lidera a pauta das exportações brasileiras. Mas cada vez mais, essa liderança é ameaçada pela soja, minério de ferro, açúcar e veículos. Essas alterações são significativas: indicam que o País está deixando a condição de exportador de matérias-primas para assumir posição efetiva no mercado mundial”

A Problemática das Infra-estruturas

Entretanto, de outro lado, o poder central ainda não se conscientizou do abandono e *penúria financeira* em que se encontram os Estados-membros e especialmente os Municípios. Estes, no setor público, são a verdadeira infra-estrutura, onde estão a terra, os edifícios, os equipamentos e os ambientes em que vivem e podem se desenvolver os trabalhadores e os estabelecimentos produtores. Uma nação federativa não pode ser desenvolvida, enquanto os municípios que a integram, como *matrizes*, não tenham prosperidade. Se os Estados-membros e principalmente os Municípios, encarregados pela natureza das coisas e sobrecarregados pelas atribuições específicas que a Constituição do Estado Federal lhes atribui, não puderem desenvolver ou *sequer acompanhar*, com as infra-estruturas, o desenvolvimento da atividade privada, continuarão a ser engrenagens quebradas das máquinas da produção, verdadeiros freios do desenvolvimento econômico.

Para citar ainda como exemplo, porque muitas já são as publicações de apelo ao governo central contra *a atual partilha constitucional dos impostos*, basta consultar a publicação de 1978, da Secretaria dos Negócios Metropolitanos do Estado de São Paulo, intitulada:

— “A TRIBUTAÇÃO E O DRAMA DOS MUNICÍPIOS”, onde encontramos brados como estes:

“*Municípios em desespero pedem socorro*”

“*A União e o Estado são unidades jurídicas abstratas. O Município é concreto como base territorial e social*”

“*O único ponto em comum entre os 3.951 Municípios Brasileiros é a escassez de recursos para atender aos padrões e desejos das suas populações*”.

Alguns procuram demonstrar e com muita razão, que a Reforma Constitucional Tributária dentro da Federação, de tal forma concentrou os poderes regulatório e tributário em mãos da União, que praticamente destruiu as autonomias dos Estados e Municípios. Outros entendem que a solução seria a União continuar com a concentração desses poderes para mais unitariamente dirigir a economia e unificar a arrecadação, mas aumentar a distribuição do resultado das arrecadações e dos fundos de participação aos Estados e Municípios. Neste sentido, a imprensa de hoje (27-11-80) publica que o Congresso Nacional aprovou um pequeno aumento de 2% de algumas destas participações.

Ainda outros, não contentes com a extensão e número dos impostos em nosso País, procuram a idéia da criação de outros *impostos, taxas e contribuições*, sem atentarem para a natureza de cada uma dessas figuras tributárias, nem para a atual exaustão do contribuinte brasileiro.

Enfim, vejamos também que de outro lado, o imposto vem passando a ser o mais acentuado instrumento jurídico-econômico para regular relações sociais e prover os cofres públicos.

Taxa, Contribuição de Melhoria e Imposto

Antes de mais nada cumpre esclarecer a natureza diferente de cada uma dessas categorias de tributos.

De acordo com conceitos já sedimentados pela doutrina e acolhidos pelo Direito Positivo brasileiro — explícita ou implicitamente previstos pela Constituição, pelo Código Tributário Nacional e pelas legislações ordinárias da União, dos Estados e dos Municípios — com certas adaptações, podemos, do prisma financeiro, ressaltar como característica básica da *taxa*, ser ela um tributo contraprestacional; da *contribuição de melhoria* ser ela um tributo indenizatório; enquanto o *imposto*, em sua essencialidade, e dentro dos sistemas tributário e monetário, é um *meio de captação de moeda doméstica para o tesouro*.

No sistema brasileiro as taxas são cobradas em razão do exercício efetivo do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição (CF art. 18 I). Portanto, esta espécie, sendo apenas contraprestacional, dela não pode resultar aquela captação.

Também o mesmo ocorre com o caso da contribuição de melhoria. Esta somente pode ser cobrada dos proprietários de imóveis valorizados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado (CF art. 18 II). A cobrança que excedesse ao valor do benefício seria confisco. Portanto, esse tributo somente pode ser indenizatório das despesas incorridas com as obras públicas. Não é, nem pode ser, meio de captação ou de “superavit”

Temos ainda em nosso sistema tributário as contribuições tendo em vista intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social (CF art. 20 § 2.º I); a contribuição do salário educação (CF art. 178) que, além de também não terem aquela natureza de meio de captação, são de competência privativa da União.

Pois bem.

Até aqui, o que quizemos deixar acentuado como esclarecimento preliminar para o exame da problemática financeira dos Municípios brasileiros é que, das espécies de tributo, *o único que efetivamente pode*, deduzidos apenas os custos da imposição, arrecadação e fiscalização, fornecer rendas ou cruzeiros aos Municípios, é o *imposto*.

Não há dúvida que taxa e contribuição de melhoria podem e devem, dentro da competência municipal, ser utilizados estritamente dentro de suas funções e finalidades para, respectivamente, cobrirem gastos de serviços estatais e indenizarem obras públicas dentro do peculiar interesse comunitário.

Pelo acima exposto, não vemos outra forma de consertar a atual partilha tributária senão por meio da reformulação da discriminação constitucional das rendas tributárias. Para tanto é preciso que o constituinte tenha presente não só a função arrecadatória do *imposto*, mas distribuir as competências impositivas de conformidade com as respectivas competências regulatórias, para conjugá-las com as atribuições das pessoas jurídicas de Direito Público, titulares.

Natureza do Imposto e sua Instrumentabilidade

A utilização do imposto como instrumento jurídico-econômico de regulatividade vem, modernamente, atingindo níveis,

talvez extremos, especialmente quando os excessos chegam a perturbar a unidade do Direito e a harmonia que deve existir entre os vários ramos da Ciência Jurídica, pois que sendo estes que disciplinam *adequadamente* seus respectivos setores de relações sociais, não podem estar sendo afastados ou substituídos por normas impróprias ou perturbadoras.

Para não citarmos demasiado, bastaria lembrar o trabalho sintético, mas bem abrangente de Maurice Duverger em “Finances Publiques”, especialmente a partir do título “Les finances modernes et l'interventionisme fiscal”

Mas se formos à legislação comparada e melhor ainda à realidade social, mais rapidamente refletida na doutrina e na jurisprudência, aquela pelo seu aspecto penetrante e esta mais setorial ou casuística, veremos que estas nos podem antecipar evoluções e tendências.

Quem quer que examine o Direito das Comunidades Européias, como os inúmeros tratados internacionais para evitar a bitributação e mesmo a legislação interna de vários países encontra, modernamente, muitas disposições tributárias refletindo sobre outras relações jurídicas e também financeiras, econômicas, políticas, enfim sociais.

Em conferência em nosso Curso de doutorado de Direito Tributário Comparado da USP, o Prof. Werner von Simpson chegou mesmo a demonstrar que a Corte do Mercado Comum Europeu, junto à qual advoga, por meio de decisões sobre matéria tributária e em razão de seus juízes representarem os países da Comunidade, esse tribunal vem sendo verdadeiro “*legislador involuntário*”, em razão do alcance e efeitos de seus julgados normativos. Mesmo decisões de caráter tributário vêm influenciando sobre diferentes relações internas daqueles países membros da comunidade.

Também o novo Código Tributário da República Federal da Alemanha, (ABGABENORDNUNG — entrada em vigor em 1978) além de, em seu âmbito de aplicação, ter incluído o Direito das Comunidades Européias, ao dispor que:

“Esta lei aplica-se a todos os impostos, inclusive às restituições de impostos, regulados pelo direito federal ou pelo *direito das comunidades européias*, .. desde que administrados por autoridades fiscais federais ou autoridades fiscais estaduais (§ 1.º, 1), ao conceituar *os impostos*, reconheceu que o imposto vem tendo ampla função extrafiscal, pois ampliou sua definição para

incluir dentro desta, aquelas outras possíveis funções, tendo assim ficado redigido o item 1 de seu § 3.º, assim traduzido :

“Impostos são prestações pecuniárias que não configurem uma contraprestação por um serviço especial, exigidos por uma entidade de direito público, para a obtenção de receitas de todos os que realizarem o fato ao qual a lei vincula o dever de prestação; a obtenção da receita poderá ser finalidade acessória.”

Na recente 7.^a edição de seu compêndio sistemático de Direito do Imposto (STEUERRECHT), considerado na Alemanha um dos mais completos do gênero, o Catedrático de Colônia, KLAUS TIPKE, comentando a ampliação desse conceito, ressalta que:

“O Direito Tributário, deixando de lado a estruturação progressiva das alíquotas (cfr. pág. 123) deveria tratar da neutralidade de competição (ver pág. 43) dentro da tributação, de conformidade com o princípio da capacidade contributiva. Porém, através de numerosas normas de dirigismo econômico e especialmente subvenções à neutralidade de competição rompe conscientemente com aquele princípio. No entanto, essas normas, apesar de contidas em leis tributárias, devem ser consideradas como normas de Direito Econômico” (pág. 8).

Mais adiante, à pág. 18, classificando diferentes tipos de normas contidos dentro de leis fiscais, salienta :

“As leis tributárias, de forma relevante contêm normas de finalidades sociais (no sentido mais amplo). Na verdade são normas de intervenção ou de dirigismo motivadas pela política social (especialmente redistributivas) ; pela política econômica (normas de incentivos) ; pela política cultural ; pela política de saúde pública etc. Portanto, não são normas de ordem tributária. Não dispõem ou decidem sobre aspectos da tributabilidade. Podem, para tais finalidades, criar exonerações como também ônus fiscais adicionais ou tributos especiais e neste sentido existir uma finalidade fiscal secundária.”

.

“Quando, com a ajuda de normas que criam isenções ou ônus fiscais for realizado o dirigismo econômico no sentido de intervir na produção, distribuição,

estruturação dos preços, consumo, etc., estaremos diante de normas de dirigismo econômico que somente revestem a forma de leis tributárias ou estão se utilizando da técnica das leis tributárias. Como para a qualificação jurídica são irrelevantes as aparências técnicas, a competência constitucional para instituir tais normas não deriva da competência tributária prevista no art. 115 da Constituição, mas do seu art. 74 idem 11."

Com esta pesquisa e citações tivemos a intenção de ressaltar o quanto o *imposto*, embora outrora fosse mais acentuadamente uma categoria neutra das finanças públicas visando arrecadação, hoje vem sendo utilizado com tal extensão dentro da política do desenvolvimento econômico, para atingir outras finalidades que não apenas arrecadatórias, que aquele Código, considerado desde 1919 paradigma de conceitos tributários na literatura jurídico-tributária mundial alterou-lhe a definição e alcance, ou seja, depois de qualificar o imposto como categoria jurídico-tributária destinada à obtenção de receitas, veio agora normativamente excepcionar que: "a obtenção de receita poderá ser finalidade *accessória*"

Embora aquelas incursões estejam contidas em leis tributárias como demonstra TIPKE, é preciso que os juristas tenham presente as suas imbricações, isto é, devem ser sempre apreciadas dentro do sistema constitucional para não ultrapassarem as competências e atribuições de cada ramo do Direito.

Pois bem.

A Constituição Federal vigente no Brasil, tanto por normas expressas, como implícitas, decorrentes dos princípios que adota, de sua sistemática e segundo nossos constitucionalistas, colocou *a tributação a serviço do desenvolvimento*, isto é, como auxiliar e não como tropeço.

De outro lado, várias são as hipóteses previstas na Constituição de possibilidade de transferência de competência tributária da União aos Estados e Municípios, como a previsão de leis complementares, fixadoras de alíquotas de impostos estaduais ou municipais.

Não há dúvida que assim sendo, mesmo sem reformulação constitucional, mas apenas por meio de certas transferências de competência tributária e ainda por meio de legislação complementar e aumento das participações nos resultados de arrecadações e de distribuição de fundos, a União poderia fazer algumas

modificações. Mas, a nosso ver, melhor seria a reformulação da atual partilha, tornando-a *mais adequada aos fins do mecanismo da Federação*.

Quanto a esta problemática, vide o estudo e diretrizes da mais ampla visão, que o conhecimento global da “experiência e cultura” autoriza ao Mestre dos Mestres MIGUEL REALE, sob o título *superamento do federalismo oitocentista*, em sua mais recente obra, “O Homem e seus Horizontes”, Editora Convívio, São Paulo, 1980, págs. 144-148.

De uma forma ou de outra, o que nos parece relevante em momentos como o deste Congresso de juristas, é sensibilizar o Poder Central em relação a essa necessidade, não só fazendo coro com os justos reclamos dos Estados e Municípios, mas demonstrando o verdadeiro interesse de caráter nacional dessas medidas que se fazem, cada dia, mais prementes, perante a própria conjuntura internacional.

A potestade da União, ao abarcar preponderantemente o Poder Regulatório e o Poder Tributário só poderia ser justificada no sentido de, com o primeiro dirigir mais unitariamente a política do desenvolvimento econômico e com o resultado quase totalizante da arrecadação, distribuir este o mais possível aos Estados e Municípios, para que estes, como entidades mais próximas das realidades sociais, possam criar condições para a produção de bens e serviços destinados à satisfação das necessidades internas, e especialmente os exportáveis, na busca de divisas para a Nação.

Os impostos são ônus internos, suportados pelos jurisdicionados do território de cuja soberania se beneficiam e à qual se sujeitam.

Exportam-se bens e serviços mas não se exportam impostos. Impostos são meio de captação de moeda doméstica para inversão em serviços públicos e desenvolvimento econômico.

Ora, se a Constituição colocou a tributação a serviço do desenvolvimento econômico, dentro do próprio texto e contexto constitucional, cabe à *Constituição* prover aos Estados e Municípios no sentido de engajá-los no desenvolvimento que ela mesma prevê.

Nada adianta do ponto de vista da balança comercial, a União receber impostos ou moeda doméstica em “superavit”, com o qual não pode obter divisas.

Estas só serão conquistadas quando os Estados-membros e especialmente os Municípios dispuserem de rendas suficientes

para oferecer as *infra-estruturas* exigidas pela moderna e avançada tecnologia da produção. Somente então é que as atividades produtoras do setor privado ou as empresas públicas poderão produzir bens e serviços para a comunidade nacional, em quantidade e *qualidade* competidoras para a conquista de mercados externos.

Esta será a forma tributária de melhoria das infra-estruturas e de reposição das engrenagens da máquina pública, para o esforço global e exportador da produtividade agropecuária e industrial.

As Atividades Produtoras Nacionais

Enquanto a iniciativa privada nacional, buscando capital em sua própria poupança; obtendo alguns meios técnicos de produção com seu próprio engenho e arte ou dentro do próprio ambiente interno, ou ainda, obtendo em negociações o concurso equilibrado de capitais e tecnologia externos, se esforça na produção, não devia ter que se defrontar com *ingente burocracia interna*, mas, ao contrário, contar com o *apoio do Governo e a neutralização* contra os impactos multinacionais. Além de ter de lutar dentro da já citada escassa infra-estrutura de nossos Municípios, ela vem sofrendo os excessos da burocratização com a impressionante escalada de transferências dos encargos dos funcionários fiscais, pois cada vez mais os lançamentos diretos e mistos estão passando quase exclusivamente para os sistemas de autolançamentos, arrecadações na fonte e multiplicados os livros de controle, registros, guias, notas etc. em todos os níveis das tributações federal, estaduais, municipais, das arrecadações dos Institutos de previdência, de controle econômico, trabalhistas e tantos milhares, que a própria rede bancária precisou ser acionada em socorro dos sofrendores e asfixiados contribuintes.

Já em 1965, em nosso livro "Teoria do Lançamento Tributário", clamando pela *desburocratização*, escrevemos nas conclusões:

231 — Por tudo que vimos verificando, pode-se constatar que é pelo mecanismo do lançamento que o Estado Tributário mais efetivamente interfere nas atividades privadas e em nosso país ele está cada vez mais transferindo aos cidadãos enorme carga de obrigações que originária e primordialmente cabe à administração pública.

232 — Realmente é por meio da atividade de lançamento que a administração investiga, apura e afinal individualiza a obrigação tributária para concretizar a imposição sobre a renda ou patrimônio do contribuinte. É sem dúvida uma atividade administrativa que implica em interferência na esfera dos direitos individuais. Já vimos que é o próprio contribuinte que tendo a melhor ciência e consciência dos fatos fiscais com ele relacionados, é quem pode prestar a melhor *colaboração* ao fisco, nesse setor.

Entretanto, ao invés de o fisco contentar-se com a já preciosa colaboração no *esclarecimento dos fatos*, ele vem se excedendo de tal forma, que está dia por dia, entre nós, transferindo os próprios serviços burocráticos e até os riscos da interpretação e aplicação das leis tributárias para os contribuintes que não são remunerados para a prestação desses serviços, mas muito pelo contrário, pagam tributos para remunerar aos funcionários que devem exercê-los, exatamente porque precisam do seu tempo para dedicá-lo às suas atividades normais.

233 — Se do prisma do Estado de direito tal desigualdade representa uma manifesta ofensa à ordem jurídica (art. 141 — hoje 170 — da Constituição), examinado sob o prisma também constitucional da ordem econômica e social isto representa uma *burocratização da iniciativa privada* que não só ofende a liberdade assegurada pelo art. 145 — hoje 153 — da Constituição, mas causa perturbação na produção nacional, *desviando coativa e indevidamente as atividades privadas*.

Quando mais a nação em desenvolvimento está precisando de aumento de produção, a própria legislação, quer na esfera federal, quer nas estaduais, como nas municipais, vem errônea e progressivamente criando, impondo e transferindo serviços burocráticos aos cidadãos.

Convém notar a esta altura, que isto não representa divisão ou racionalização de trabalho, pois quanto mais autolançamentos, quanto mais livros fiscais, quanto mais guias, notas, enfim, documentário de controle vai sendo criado, com enorme dispêndio e serviço burocrático para os particulares, maior vai sendo também o número de funcionários

necessários para examinar e fiscalizar esse volumoso material e o que a prática diária tem demonstrado é precisamente que a burocracia está sendo espalhada e contaminando as atividades privadas quando, pelo contrário, devia limitar-se o mais possível ao âmbito das repartições fiscais que existem, foram criadas e são financiadas para se encarregarem desses serviços.

234 — Uma das obrigações elementares e mesmo indelegáveis do Estado é a de assegurar aos cidadãos *a certeza do direito* como lhes garantir *a justiça de sua aplicação*. É verdade que a interpretação como a aplicação finais ou conclusivas somente são outorgadas em nosso sistema pelo Poder Judiciário, mas como na via administrativa já são exigidas obrigações legais dos contribuintes, nessa mesma via tem o poder público o dever de esclarecer as dúvidas e procurar aplicar da melhor forma possível o direito. Entretanto, até nesse setor ele vem transferindo essa função aos particulares, de maneira a colocá-los sob *o risco de errônea interpretação*, num ambiente em que o Estado legislador cada vez torna *mais difícil e complexa a própria legislação tributária*”

Recentemente a Associação Internacional de Direito Fiscal (IFA), a mais renomada e extensa associação que congrega os *experts* em Direito Financeiro e Tributário, tanto das Fazendas Públicas como professores e juristas desse campo do universo fiscal, que lhe valeu ser elevado a órgão consultivo da ONU, no 34.º Congresso que reuniu mais de 2.000 especialistas em Paris, em setembro último, tratou precisamente do gigantismo fiscal e sobretudo do *diálogo entre Fisco e Contribuinte*, especialmente tendo em vista a simplificação tributária, relatando providências com êxitos, em vários países. Neste sentido publicamos nas edições de O Estado de São Paulo, de 12 e 26 de outubro último, comentários e partes dos relatórios e das conclusões sob os títulos *Prevenção e Harmonia Fiscal* e *Instruções Fiscais Paritárias*.

Entretanto, embora agora tenha o Governo Brasileiro lançado a campanha da desburocratização, no setor fiscal estamos ainda deparando com essa contínua escalada das transferências burocráticas.

Dentro desse quadro, hoje queremos, para concluir, ressaltar

A Urgência da Reformulação do Imposto sobre Produtos Industrializados

Na monografia intitulada *Do Imposto sobre Produtos Industrializados (Produtos Seleccionados)*, que se encontra no prelo da Editora Saraiva em São Paulo, o Professor Paulo Roberto Cabral Nogueira examina a evolução histórica do chamado imposto de consumo no exterior e especialmente no Brasil e com base na legislação interna e estatísticas, demonstra a sua atual errônea extensão a milhares de produtos essenciais ao consumo e aos investimentos, pondo em destaque, circunstanciadamente, os excessos e distorções. Também no plano constitucional demonstra que não existe, nem deve mais existir “imposto de consumo”, mas apenas *imposto sobre consumos especiais*. O autor conclui com propostas concretas de alterações, esclarecendo que não há necessidade de reforma ou emenda constitucional para essa correção, mas é apenas dever e função do legislador cumprir os novos preceitos constitucionais, por meio de legislação complementar.

Para abreviar esta palestra e não sacrificar como o fisco todos estes queridos colegas que também são contribuintes-consumidores, e pacientemente nos ouvem, vou apenas depois de ter falado sobre a *produção, consumo e exportação*, assim resumir:

- O Imposto de consumo ou IPI, com a extensão que atingiu em nosso País, está errado. O que deve existir é apenas o imposto *sobre consumos especiais*.
- Esta reformulação do Imposto sobre Produtos Industrializados que o texto da Constituição e o Sistema Tributário Nacional determinam, ainda não foi obedecida.
- Se a tributação está a serviço do desenvolvimento econômico, é inconcebível a extensão da vigente Tabela de incidência sobre *produtos essenciais* destinados, tanto ao consumo, como aos investimentos.
- O gigantismo a que atingiu a atual Tabela do IPI transformou-o em um *imposto geral* sobre as despesas de consumo, como de investimento, ao invés de se limitar a *um imposto sobre consumos especiais* de “produtos seleccionados” como *não essenciais*, tais como os de vícios e os suntuários.
- Além da agravação iníqua em relação à justiça social, a excessiva extensão a *milhares* de produtos com alíquotas de impotente arrecadação, só estão servindo para onerar e burocratizar, com inúmeras e inúteis obrigações fiscais acessórias, as atividades produtoras, porque elas estão

sendo desviadas de suas finalidades autênticas e normais, havendo hipóteses em que os ônus burocráticos são superiores aos do próprio imposto.

- De outro lado, a maioria das alíquotas são deficitárias para a própria Fazenda, que na imposição, arrecadação e fiscalização gasta mais do que o produto da arrecadação.
- A seleção como *ato valorativo* é função primordial da competência do legislador, na escolha dos *produtos não essenciais* que devam ser tributados. Num segundo momento, e como instrumento auxiliar, cabe ainda ao legislador ordinário utilizar-se da faculdade de escalonamento das alíquotas dentro da Tabela, para acomodar a carga tributária em razão da mesma seletividade, baseada sempre na essencialidade de consumo dos respectivos produtos.
- Há necessidade urgente de uma reformulação do atual IPI para concentrá-lo sobre “produtos selecionados” em razão da essencialidade, na conformidade dos novos textos constitucionais, para corrigir a injustiça social e a nefasta burocratização das atividades produtoras, que vem prejudicando o desenvolvimento econômico.
- Enfim, racionalizar, simplificar e afinal qualificar e estruturar esse tributo *como imposto sobre consumos especiais* e instrumento, não só de captação de moeda, mas de regulação dos consumos não essenciais, isto é, somente sobre os de vícios e suntuários, com melhoria do próprio resultado da arrecadação.

Os Excepcionais, Principalmente os Cegos e o Direito de Autor*

Prof. Antônio Chaves

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo
Presidente do Instituto Interamericano de Direito
de Autor (IIDA)

SUMÁRIO: 1. *Os excepcionais.* 2. *Não existe justiça no tratamento igual a desiguais.* 3. *As diligências desenvolvidas pelo Conselho Mundial para o Bem Estar dos Cegos.* 4. *As poucas disposições legais existentes na matéria.* 5. *Conclusões.*

1. Os excepcionais

O princípio da igualdade de todos perante a lei, com tanta solenidade proclamado pelas Constituições e pelos Códigos, é menos verdadeiro com relação a um grande contingente da população: os deficientes, colocados em condições de intolerável inferioridade.

Na conceituação sempre citada de HELENA ANTIPOFF o termo *excepcional* é “interpretado de maneira a incluir os seguintes tipos: os mentalmente deficientes, todas as pessoas fisicamente prejudicadas, as emocionalmente desajustadas bem como os superdotados, enfim todos os que requerem consideração especial, no lar, na escola e na sociedade”

É certo que em numerosos países registram-se movimentos legislativos generosos, procurando diminuir o desequilíbrio.

Além dos pioneiros Estados Unidos da América do Norte, Portugal, em sua Constituição, insculpiu o

“Art. 71 — 1. Os cidadãos física ou mentalmente deficientes gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição,

* Palestra proferida em Budapest, no dia 21 de março último, por ocasião do Congresso da Comissão de Legislação e Justiça da Confédération de Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (CISAC).

com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados.

2. O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos deficientes, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efetiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais e tutores”

Alguns tímidos e parciais passos foram ensaiados pelo legislador brasileiro.

Assim, o Decreto n. 38.724, de 30-1-1956, que reestruturou a orientação técnico-pedagógica do Instituto Benjamin Constant, prescreve, art. 1.º, 1:

“Instituir e orientar campanha que leve o público a defrontar os deficitários visuais sem embaraços, sem constrangimentos e sem demonstrações de comiseração, mas, como simples seres humanos portadores de um *deficit*, que podem levar uma existência digna, trabalhar eficientemente, encontrar em atividade remunerada meios de subsistência, identificar-se com os interesses da sociedade, contribuir para a prosperidade e bem-comum, e participar também da alegria de viver”

A lei n. 5.692, de 11-8-1971, que Fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1.º e 2.º graus, e dá outras providências, determina, no art. 9.º, recebam os alunos que apresentem deficiências físicas ou mentais, os que se encontrem em atraso considerável quanto à idade regular de matrícula e os superdotados, tratamento especial, de acordo com as normas fixadas pelos competentes Conselhos de Educação.

O Decreto n. 72.425, de 3-7-1973 criou o Centro Nacional de Educação Especial (CENESP), com a finalidade de promover, em todo o território nacional, a expansão e melhoria do atendimento aos excepcionais.

Por melhores que sejam as intenções, não vão além de primeiros acanhados ensaios, no sentido de reparar a grande desigualdade, estabelecida, é verdade, pela natureza, mas contra a qual uma iniciativa mais pertinente precisa ser tomada.

No Brasil coube ao Deputado THALES RAMALHO apresentar projeto de que resultou, sem qualquer modificação, a Emenda

Constitucional n. 12, de 17-10-1978; assegurando aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante:

- I. educação especial e gratuita;
- II. assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País;
- III. proibição de discriminação, inclusive quanto a admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;
- IV possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos”

Em sua justificação (DCN, II, 24-8-1978, p. 1415-1416) reproduz declaração de NORMAN ACTON de que pelo menos uma entre 10 crianças precisa de educação especial, sob pena de experimentarem uma vida mais difícil do que o normal e acabarem se sentindo como seres estranhos no mundo.

“Forma-se e cresce, em quase todas as nações, a consciência de que eles têm o direito de ser como os demais. Que é urgente e necessário pôr um fim à segregação dos deficientes, que é urgente e necessário derrubar as barreiras físicas e sociais que ainda impedem a sua total integração na sociedade e no processo de produção e de trabalho de cada país”

Calcula-se nos Estados Unidos que cada dólar gasto em reabilitação produz um retorno de 35 dólares, custo igualmente devolvido sob a forma de impostos pagos pelo reabilitado no prazo de 10 anos.

No Brasil, de acordo com a referida Organização, somos cerca de 28 milhões de deficientes, a emenda à Constituição pretendia ser um primeiro passo no sentido de encontrar uma solução para o problema.

“Que o deficiente do Brasil, tenha, inscritos na Constituição, os seus direitos fundamentais: o direito de viver em sociedade e não segregado; o direito ao trabalho, nos limites de sua capacidade; e o direito de ir e de vir, de andar pelas ruas e de entrar e de sair dos edifícios, nas ruas e nos edifícios que os homens construíram sem atentar que existem milhões de patricios seus que não podem, nas suas cadeiras de roda, com seus aparelhos ortopédicos,

com suas muletas, ou sem a luz dos olhos, vencer as escadarias, as escadas rolantes, as imensas barreiras que encontram, a cada passo, até para subir uma simples calçada de qualquer rua”

Projeto lei n. 5.776, do Deputado CARLOS SANTOS, Diário do Congresso Nacional (I, 30-11-1978, p. 10.776), Institui na televisão informativos especiais para surdos-mudos, transmitidos por método mímico ou pela leitura labial.

O mais completo e compreensivo, todavia, é o de n. 124, do Senado (DCN, II, 17-5-1979, págs. 1812-1820), do Sen. NELSON CARNEIRO, que estabelece normas de assistência ao excepcional e autoriza a criação da Fundação de Assistência ao Excepcional — FUNASE, e dá outras providências.

Constituído de 62 artigos, propõem os iniciais:

Art. 1.º. A assistência ao excepcional visa, essencialmente, à sua integração na sociedade.

Art. 2.º. Considera-se excepcional a pessoa que apresente desvio acentuado dos padrões médios.

§ 1.º. O desvio deve relacionar-se com o desenvolvimento físico, mental, sensorial ou emocional, situado aquém do limite mínimo adotado nos padrões médios, ou além do limite máximo desses mesmos padrões, considerados esses aspectos do desenvolvimento separados, combinados ou em conjunto.

§ 2.º. Será acentuado o desvio sempre que exigir processos de educação especial, reabilitação ou o reconhecimento de situação jurídica especial para que se alcance a integração à sociedade.

Assinale-se, finalmente, que a Assembléia Geral das Nações Unidas, em data de 9-12-1975, pelo seu Comité Social, Humanitário e Cultural adotou a Declaração dos direitos das pessoas excepcionais, e que em janeiro de 1978 realizou-se, em Manila, Filipinas, a II Conferência Internacional sobre Legislação referente às Pessoas Excepcionais (“disabled”).

Seguem normas relativas ao aproveitamento do trabalho do excepcional no serviço público ou nas empresas particulares (arts. 7.º-15), à instituição da Fundação Nacional de Assistência ao Excepcional — FUNASE, que terá como finalidade:

I. amparar e fomentar o desenvolvimento da educação, reabilitação e defesa do excepcional no País;

II. assessorar a Presidência da República nos assuntos pertinentes à educação, reabilitação e defesa do excepcional;

III. formular e implantar a política nacional de educação, reabilitação e defesa do excepcional, devendo organizar seus serviços de forma a atender, pelo menos, às áreas de: I. deficiência auditiva; II. deficiência física; III. deficiência mental; IV superdotados.

Propõe ainda, art. 52, sejam aplicados, obrigatoriamente, na educação de excepcionais, pelo menos, 5% dos recursos destinados ao Plano de Alfabetização Funcional e Educação Continuada de Adolescentes e Adultos, aprovado pela Lei n.º 5.379, de 15-12-1967.

A Fundação Movimento Brasileiro de Alfabetização — MOBREAL, instituída pelo Decreto n.º 62.455, de 22-3-1968, entregava à FUNASE os recursos reservados para a educação de excepcionais.

2. Não existe justiça no tratamento igual a desiguais

Entre os temperamentos indispensáveis ao rigor da lei alguns somente agora começam a chamar a atenção do legislador, mas que se impõem como uma necessidade inexorável: os que dizem respeito aos excepcionais, principalmente os fisicamente diminuídos, como os vitimados por visão nula ou deficiente, e os surdos.

Pretendemos aqui abordar um setor específico: o dos cegos e deficientes visuais, a favor de quem é indispensável encontrar, em matéria de direito de autor, algum paliativo que os favoreça.

É certo que mais do que qualquer outro, o direito de autor está sujeito a uma série de restrições. Além daquelas que resultam de sua própria natureza, como a limitação no tempo, existem outras, de natureza pública, como as decorrentes da censura, que não só procura preservar o conceito muito variável de moral, principalmente no tocante a espetáculos e diversões públicas, de jornais, periódicos, empresas de radiodifusão e agências noticiosas, como proíbe a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classe.

Existem ainda as de ordem didática e científica, que têm dado margem a grandes abusos, na redação de apostilas e na utilização de cópias por meio de xerox e similares, que tanto prejuízo ocasiona a autores e editores, e a controvertida matéria das licenças legais, dos programas de computadores dos países em desenvolvimento, do direito de citação, etc.

Finalmente, as decorrentes de exigências comerciais, como execução de fonogramas ou transmissões de peças pelo rádio ou pela televisão em estabelecimentos comerciais, para demonstração à clientela, e judiciárias, na utilização de obras intelectuais quando indispensáveis à prova administrativa ou judiciária.

Mas à medida que a sociedade vai evoluindo e se aperfeiçoando, surge, inexoravelmente, a necessidade de outras adaptações e temperamentos, que, por mais intransigentes defensores que sejamos do direito de autor, não podem deixar de ser consideradas com compreensão.

Trata-se de problema de importância fundamental, que não deve, porém, ser abordado do ponto de vista humanitário, de vez que não há pessoas de formação moral adequada que possa recusar sua contribuição para o bem estar psíquico e cultural desses desafortunados, a quem é negada uma das maiores alegrias da vida: a contemplação dos seus familiares, dos semelhantes e da natureza.

Sim, sob o ponto de vista da economia humana, procurando integrar um contingente populacional apreciável, que pode resultar mesmo altamente qualificado, desde que receba uma assistência adequada para que não permaneça isolado, integrando-se, ao contrário, nas forças vivas da nação, tão carente de todo concurso de seus filhos.

A consideração de que calcula-se alcançar a incidência da cegueira nos países desenvolvidos em cerca de 500 pessoas sobre 100.000 habitantes, e, nos países em desenvolvimento, 1.000 por 100.000, e que, anualmente, 250.000 crianças nos países em desenvolvimento tornam-se cegas anualmente devido à desnutrição, dá bem idéia da importância do problema.

3. As diligências desenvolvidas pelo Conselho Mundial para o Bem Estar dos Cegos

Não é possível deixar de registrar a campanha inteligente e pertinaz desenvolvida por d. DORINA DE GOLVÊA NOWILL,

Presidente da Fundação para o Livro do Cego no Brasil, guindada em data de 19-5-1976, à Presidência do Comité de Negócios Culturais do Conselho Mundial para o Bem Estar dos Cegos, e, aos 9-8-1979, à Presidência do mesmo Conselho Mundial, primeira representante do sexo frágil a ocupar tão relevante cargo.

No Relatório das atividades desse Comité no primeiro ano de sua profícua gestão já refere as iniciativas tomadas junto a Divisão do Direito de Autor da Unesco, a cuja Diretora, Dr.^a MARIE-CLAUDE DOCK teve oportunidade de expor as dificuldades encontradas por diversos países com relação ao direito de autor na troca internacional de livros para cegos.

Ulterior relatório de 8-9-1979, do referido Comité de Negócios Culturais dá notícia de novo contato mantido no mês de agosto daquele ano pela Prof.^a DORINA DE GOLVÊA NOWILL com Mlle. DOCK, com quem cuidou, entre outros assuntos, da aplicação da Convenção de Berna e da Convenção Universal sobre Direitos de Autor ao material especialmente destinado aos cegos.

Atendendo à solicitação feita pelo Brasil, figurou na Ordem do Dia da reunião de novembro/dezembro a aplicação das Convenções de Berna e Universal sobre direitos de autor ao material especialmente destinado aos cegos, ponto examinado em reunião conjunta do Comitê Intergovernamental e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) tendo em vista um pedido anteriormente dirigido à OMPI feito pelo Brasil para estudo do assunto. A preocupação maior refere-se à aprovação de instrumentos internacionais que assegurem a isenção de pagamento de "royalties", a que estão sujeitos os livros impressos e gravados destinados a cegos e portadores de visão subnormal.

A fim de evitar qualquer proposta de alteração das convenções internacionais, procurando uma solução na medida do possível, nos quadros dos textos atuais, lembrou Mlle. DOCK um documento sugerindo a constituição de um grupo de trabalho encarregado de estudar um "contrato-tipo" (contract type) aplicado aos livros impressos e ao material gravado, especialmente destinado aos cegos e portadores de visão subnormal, que uma vez aprovado pelo Comitê Intergovernamental, seria negociado entre países, numa base bilateral.

4. As poucas disposições legais existentes na matéria

Das respostas obtidas de um questionário dirigido pela Presidente do Conselho Mundial para o Bem Estar dos Cegos a 35 países, verificou-se que, até fins de 1978 eram poucos os que dispunham de normas legais específicas, circunstância essa, no entanto, que paradoxalmente favorece a promulgação de medidas uniformes, em todo o mundo civilizado.

Na reunião de 28-11 a 6-12-1977 do Comité Executivo da União de Berna foi apresentada, pela observadora do referido Conselho, proposta para aplicação das Convenções de Berna e Universal aos equipamentos especialmente designados para os cegos (documento B/EC/XII/16 — IGC (1971)/II/19).

Foi unânime a aprovação da idéia sugerindo-se mesmo extensão da medida a todos os fisicamente deficientes, mas poucos observadores apresentaram dados positivos.

Na Dinamarca, a Lei n.º 158, de 31-5-1961 dispõe:

“Art. 18. Poderão fazer-se em caracteres especiais destinados aos cegos exemplares de obras literárias ou musicais já editadas. Poderão produzir-se igualmente fotocópias das mencionadas obras, destinadas ao ensino nas escolas para surdos-mudos e incapacitados similares.

Poderão ser feitos, mediante registros sonoros, exemplares de obras literárias ou musicais já editadas, sem finalidades lucrativas, e poderão ser emprestados aos cegos, enfermos da vista e outros, cuja invalidez os impeça ler os livros comuns. Para tais gravações o autor terá direito a uma remuneração”

A Biblioteca do Estado e Impressora para o Cego está autorizada a produzir, sem limitações, livros falantes para empréstimo, que no entanto não poderá vender. Não há restrições no tocante a livros em Braille.

Empréstimos de livros falantes podem ser feitos a outros países, mas não vendas.

Nos Estados Unidos, informava BARBARA RINGER, aos 15-12-1977, um dos mais importantes objetivos da Biblioteca do Congresso é prover edições Braille e gravações de trabalho de leitura para uso exclusivo dos cegos e incapacitados físicos.

Num esforço para simplificar e acelerar os procedimentos de direito de autor que são parte integrante desse programa, a seção 710, da primeira seção da Pub. L. 94-553 (90 Stat.

2541) subministra o estabelecimento de um sistema de licença voluntária a ser vinculado ao registro do direito de autor.

A licença permite à Biblioteca do Congresso “reproduzir o trabalho pelo sistema Braille ou similares símbolos tácteis, ou pela fixação da leitura do trabalho numa gravação, ou ambos, e para distribuir as cópias resultantes e gravações unicamente para uso de cegos e incapacitados físicos”

Dentro desse espírito, admite a Lei norte-americana n.º 94-553, de 19-10-1976, § 110. Limitações dos direitos exclusivos: isenção de determinadas execuções e exhibições, entre outras, não constituírem violações do direito de autor:

“(8) execução de um trabalho musical não dramático, por ou no decorrer de uma transmissão especificamente destinada para e primariamente dirigida a cegos ou outras pessoas incapacitadas, que são incapazes de ler material normalmente impresso como resultado de sua deficiência, ou surdos ou outras pessoas excepcionais impossibilitadas de ouvir os sinais orais que acompanham uma transmissão de sinais visuais, se a execução é feita sem qualquer finalidade de vantagem comercial direta ou indireta e sua transmissão é feita por meio de facilidades de (I) uma entidade governamental; ou (II) uma estação transmissora educativa não comercial (como definida na seção 397 do título 47); ou (III) uma autorização de retransmissão pelo rádio (como definida no 47 CFR 73.293-73.295 e 73.593-73.595); ou (IV) um sistema de cabo (como definido na seção III (f).

(9) execução em uma única ocasião de trabalho dramático literário publicado pelo menos dez anos antes da data da execução, por ou no curso de uma transmissão especificamente destinada para e primariamente dirigida a cegos ou outras pessoas deficientes que são incapazes de ler o material impresso normal como resultado de sua diminuição, se a execução é feita sem qualquer finalidade de vantagem comercial direta ou indireta e sua transmissão é feita mediante as facilidades de uma autorização de retransmissão por rádio referida na cláusula 8 (III), desde que as determinações desta cláusula não sejam aplicáveis para mais do que uma execução do mesmo trabalho pelos mesmos executores ou sob os auspícios da mesma organização”

A legislação japonesa encontrou solução para o problema: não só considera legítima toda reprodução em Braille de um trabalho já tornado público, como ainda, autoriza as livrarias Braille gravar com destino a cegos, trabalhos já tornados públicos.

O art. 103 das bases da legislação social da União Soviética e das Repúblicas Associadas, reconhecidas pela legislação da URSS de 8 de dezembro de 1961 (*Védomosti Verklóvnovo Sovéta SSSR Noticiário do Supremo Tribunal da URSS*), 1961, n.º 50, p. 525; 1973, n.º 9, p. 138), dispõe:

“Artigo 103. Da utilização de uma obra sem anuência do autor e sem pagamento dos direitos autorais.

Admite-se sem a anuência do autor e sem o pagamento dos direitos autorais, impreterivelmente, com a indicação do nome do autor, cuja obra foi citada, assim como a obra utilizada:

8) edição de obras publicadas em pontos em alto relevo (Braille) para cegos”

5. Conclusões

As considerações expendidas orientam e facilitam as conclusões.

A primeira é de que não há discrepância quanto à imprescindibilidade de medidas de amparo aos deficientes visuais, auditivos e outros, no tocante ao campo específico do direito de autor e direitos conexos.

A segunda é que, da mesma forma que todas as legislações admitem determinadas restrições para finalidades de uso pessoal, e para fins de instrução de trabalhos já divulgados, devem ser completadas com uma referência à reprodução em caracteres em Braille, com a inclusão, com a redação que for considerada adequada, permitindo a reprodução, sem finalidades de lucro, de exemplares de obras literárias, científicas ou musicais, já divulgadas, em caracteres em relevo, bem como registros sonoros, para uso exclusivo de cegos e surdos-mudos.

Disciplina Jurídico-Urbanística da Propriedade Urbana*

José Afonso da Silva

É da tradição desta Faculdade honrar os Professores Titulares mais recentes, segundo a ordem de ingresso na Doutoral, com a incumbência de proferir, no início de cada ano escolar, a Aula Inaugural dos Cursos Jurídicos. Espera-se, talvez, que o ingressante traga, a estas Venerandas Arcadas, uma reflexão nova sobre algum tema jurídico ou social. E não resta dúvida de que, no nosso tempo, afloram questões novas, temas relevantes, a exigirem a meditação do jurista. Questiona-se até mesmo sobre a posição do jurista, perquirindo do seu real papel na sociedade e no embate ideológico que se trava. Põe-se em questão vários institutos jurídicos que se supunha definitivamente assentados e sedimentados. Chegando nossa vez, dentre tantos temas, preferimos deter-nos numa problemática que vem suscitando grande interesse pela sua indiscutível atualidade, dada à extraordinária urbanização da humanidade e conseqüente intensidade da atuação urbanística. Referimo-nos à *disciplina jurídico-urbanística da propriedade urbana*.

1. A atividade urbanística é uma função do poder público que se realiza por meio de procedimentos e normas que importam em transformar a realidade urbana, conformando-a ao interesse da coletividade. Interfere, por isso, amplamente, com a *propriedade privada urbana*, a ponto de a doutrina tê-la como um tema do Direito Urbanístico¹, sugerindo conceitos novos como os de *propriedade urbanística*², *propriedade procedimento*³ ou *propriedade planificada*⁴.

2. A esse propósito, é expressiva a afirmação de PEDRO ESCRIBANO COLLADO, segundo a qual, no Direito Urbanístico, é possível determinar os princípios que dominam o regime

* Aula inaugural dos Cursos Jurídicos de 1980.

1. Cf. PEDRO ESCRIBANO COLLADO, *La Propriedade Privada Urbana*, Madri, 1979; ANGEL SUSTAETA ELUSTIZA, *Propriedade y Urbanismo*, Madri, 1978; FEDERICO SPANTIGATI, *Manual de Derecho Urbanístico*, terceira parte, Madri, 1973.

2. Cf. ANGEL SUSTAETA ELUSTIZA, ob. cit., pág. 19.

3. Cf. PIERANDREA MAZZONI, *La Proprietà Procedimento*, Milão, 1975; *propriedade procedimento*, que "es una de las instituciones más interesantes del derecho urbanístico, en cuanto concibe a la propiedad como una situación jurídica que se perfecciona a través de un procedimiento sucesivo de actuaciones públicas y privadas que tienen su origen en el plan de urbanismo (Cf. P. Escribano Collado, ob. cit., pág. 160).

4. Cf. FRANCESCO LUCARELLI, *La Proprietà 'Pianificata'*, Nápoles, 1974.

jurídico da propriedade urbana, pelo que se pode dizer que o direito de propriedade urbana aparece submetido à função pública do urbanismo ⁴.

3. Daí a razão porque o tema se impõe à nossa consideração aqui, a fim de verificarmos sua problemática, em face do direito positivo brasileiro, a começar pela disciplina publicística do direito de propriedade, passando pela sua função social até nos atermos à propriedade urbana e o chamado direito de construir.

4. Os juristas brasileiros, privatistas como publicistas, ainda concebem o regime jurídico da propriedade como subordinado ao direito civil. Olvidam as regras de direito público, especialmente de direito constitucional, que igualmente disciplinam a propriedade. Só invocam as normas constitucionais, para lembrar que a Constituição garante o direito de propriedade, que, assim, se torna, em princípio, intocável, salvas as exceções estritamente estabelecidas, e, quando mencionam o princípio, também constitucional, da função social da propriedade, só o fazem, para justificar aquelas exceções limitativas, confundindo-o ainda com o poder de polícia, tanto que é corrente ler que a função social da propriedade consiste simplesmente no “conjunto de condições que se impõe ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social”, ou seja: mero conjunto de condições limitativas desse direito.

5. Essa é, porém, uma perspectiva dominada pela atmosfera civilística, que não leva em conta as profundas transformações impostas às relações dominiais, sujeitas, hoje, a estreita disciplina de direito público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais. Em verdade, a Constituição assegura o direito de propriedade, mas não só isso, pois também estabelece seu regime fundamental. O direito civil não disciplina a propriedade, mas tão-somente regula as *relações civis* a ela pertinentes.

6. A doutrina se tornara de tal modo confusa a respeito do tema que acabara por admitir que a propriedade privada se configura sob dois aspectos: como *direito civil subjetivo* e como *direito público subjetivo*. Essa dicotomia fica superada com a concepção de que o princípio da função social da propriedade é um elemento do seu regime jurídico; é um princípio ordenador da propriedade privada; incide no conteúdo do

4. Ob. cit., pág. 162.

direito de propriedade; impõe-lhe novo conceito⁵. Por isso, a noção de *situação jurídica subjetiva (complexa)* tem sido usada para abranger a visão global do instituto, em lugar daqueles dois conceitos fragmentados⁶. Nela resguarda-se o conjunto de faculdades do proprietário dentro da delimitada esfera que a disciplina constitucional traça ao direito de propriedade.

Nessa conformidade é que se pode falar em *direito subjetivo privado* (ou civil) do proprietário, como polo ativo de uma relação jurídica abstrata, de que, no polo passivo, se acham todas as demais pessoas, a que corre o dever de respeitar o exercício das três faculdades básicas daquele: *uso, gozo e disposição*.

Vale dizer, enfim, que as normas de direito privado sobre a propriedade não que ser compreendidas de conformidade com a disciplina que a Constituição lhe impõe.

7 A Constituição, aliás, privilegia a tese, que se desenvolve na doutrina estrangeira, italiana especialmente, segundo a qual a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens⁷ e de titulares⁸. Uma é a propriedade *pública*, outra a propriedade *privada*; uma coisa é a propriedade *agrícola*, outra a *industrial*; uma, a propriedade *rural*, outra a *urbana*; uma, a propriedade de *bens de consumo*, outra, a de *bens de produção*; uma, a propriedade de *uso pessoal*, outra a propriedade *capital*⁹. Pois, como alertou PUGLIATI, há bastante tempo: “no estado das concepções atuais e da disciplina positiva do instituto, não se pode falar de um só *tipo*, mas se deve falar de *tipos* diversos de propriedade, cada um dos quais assume um aspecto característico.”¹⁰ Cada qual desses tipos pode estar sujeito, e por regra estará, a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da

5. Cf. PEDRO ESCRIBANO COLLADO, ob. cit., págs. 1.122 e segs.; STEFANO RODOTÀ, “Proprietà (Diritto Vigente)”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 15, pág. 139; FEDERICO SPANTIGATI, ob. cit., pág. 261.

6. Cf. PIETRO PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della Proprietà*, pág. 70; RODOTÀ, ob. cit., pág. 139.

7 Cf. ESPANTIGATI, ob. cit., pág. 260.

8 Cf. PIETRO PERLINGIERI, ob. cit., págs. 135 e 136.

9. Id. ib., pág. 136 (sem a extensão do texto).

10. Cf. “La Proprietà e le Proprietà”, no volume *La Proprietà nel nuovo Diritto*, pág. 149, Milão, 1964.

função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade ¹¹.

A Constituição Federal, realmente, oferece base para essas distinções, porquanto, após assegurar o direito de propriedade em geral (art. 153, § 22), garantia de um conteúdo mínimo essencial, irredutível sem indenização, do direito de propriedade), estabelece regras especiais para a propriedade de marcas de indústria e comércio (art. 153, § 24), a propriedade literária, artística e científica (art. 153, § 25), a propriedade rural (arts. 153, § 34, e 161), o que, por seu lado, importa em admitir uma propriedade não rural (*urbana*, portanto) sujeita a regime próprio, diverso do regime da rural. Isso, aliás, não é difícil de compreender, desde que tenhamos em mente que o regime jurídico da propriedade não é uma função do direito civil, mas o é de um complexo de normas jurídicas: constitucionais, administrativas, urbanísticas, empresariais e também civis. Em todo caso, sempre sob a inspiração e ordenação do princípio da função social.

8. É certo que esse princípio — o da *função social da propriedade* — é ainda muito mal definido na doutrina; não raro, é obscurecido pela confusão com os sistemas de limites e restrições da propriedade ¹². Poucos chegam a delinear-lhe, com razoável prescrição, o significado, a natureza e os efeitos jurídicos ¹³.

9. A funcionalização da propriedade, no sentido moderno do princípio, é um processo longo. Na verdade, até se pode dizer que esse processo não é o da funcionalização, mas o da sua transformação. Pois é certo, como notara o Ministro MOREIRA ALVES que, a propriedade sempre teve uma função

11. Cf. SPANTIGATI, ob. cit., pág. 292: "la función social que el ordenamiento atribuye a la propiedad urbana es distinta de la atribuida a la propiedad rural y a la de los instrumentos de producción".

12. Cf. ANGEL SUSTAETA ELUSTIZA, ob. cit., pág. 290; GUIDO D'ANGELO, *Limitazioni Autoritative della Facoltà di Edificare e Diritto all'Indennizzo*, págs. 64 e segs. Nápoles, 1963; FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI e outros, *Proprietà Privata e Funzione Sociale*, Pádua, 1976; FRANCESCO LUCARELLI, *La Proprietà Pianificata*, págs. 186 e segs., Nápoles, 1974; GIUSEPPE PALMA, *Beni di Interesse Pubblico e Contenuto della Proprietà*, págs. 105 a 238, Nápoles, 1971; MICHELE COSTANTINO, *Contributo alla Teoria della Proprietà*, Nápoles, 1967, onde o tema é referido imprecisamente; PIERANDREA MAZZONI, ob. cit., págs. 528 e segs.; PIETRO PERLINGIERI, ob. cit., págs. 123 a 162; PUGLIATI, ob. cit., págs. 140 a 144.

13. Entre eles, estão RODOTÁ, trab. cit., loc. cit., págs. 125 a 146; SPANTIGATI, ob. cit., págs. 251 e segs.; FIORELLA D'ANGELO, "Ius Aedificandi: Piani Regolatori Generali e Particolaregiati", in SANTORO-PASSARELLI, ob. cit., págs. 117 e segs.; PEDRO ESCRIBANO COLLADO, ob. cit., especialmente a partir da pág. 95.

social¹⁴. Mas esta se modifica com as mudanças na relação de produção, conforme demonstrara KARL RENNER, pois, na etapa de simples produção de bens de consumo, a propriedade outorga ao trabalhador a posse dos meios de produção; logo, porém, muda sua função e, “o que no direito aparece como faculdade de disposição sobre as coisas, de fato converte-se na faculdade de disposição e controle sobre seres humanos, os assalariados, tão logo o direito de propriedade adquire a forma do capital”, “de mero título para dispor de objetos materiais, converte-se em um título de poder, e, enquanto permite exercer o poder no interesse privado, converte-se num título de domínio”; com isso, “o direito de propriedade assume nova função social”¹⁵.

Toda vez que isso acontecera, houvera transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre esse direito, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente a *regra da função social da propriedade*, como princípio da ordem econômica e social, vale dizer: como princípio da *constituição econômica brasileira*, com o *fim de realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social*, a Constituição Federal (art. 160, inciso III) não está simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus da propriedade privada. Estes são *externos* ao direito de propriedade, vinculantes simplesmente da atividade do proprietário, pelo que interferem tão só com o exercício desse direito, e que, em grande parte, senão sempre, se explicam pela mera atuação do poder de polícia.

10. Ora, o princípio da função social da propriedade não é apenas mais do que isso. É algo também muito diferente da atuação do poder de polícia. Ele transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la. Não interfere apenas com o exercício do direito de propriedade, âmbito das limitações, porque condiciona a propriedade como um todo, possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição da propriedade em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição. Constitui o fundamento do regime jurídico da propriedade, não de limitações, obrigações e ônus que podem

14. Cf. JOSÉ CARLOS MOREIRA AIVES, “Propriedade Urbana no Brasil”, *Correio Braziliense*, de 29-10-78 e 5-11-78.

15. Cf. KARL RENNER, “El derecho de la propiedad capitalista y las instituciones jurídicas complementarias del derecho de propiedad”, extrato de *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, em Wilhelm Aubert (coordenador), *Sociologia del Derecho*, págs. e segs., Venezuela, 1971.

apoiar-se em outros títulos de intervenção, como a ordem pública ou a atividade de polícia¹⁶. A função social, assinala PEDRO ESCRIBANO COLLADO, “introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um *interesse* que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo”;; constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo¹⁷.

11. Com essa concepção é que o intérprete tem que entender as normas constitucionais que fundamentam o regime da propriedade: de um lado, o enunciado da *sua garantia*, no art. 153, § 22, e, de outro lado, a indicação de *sua função social* no art. 160, inciso III, como norma de eficácia imediata para o legislador (federal, estadual e municipal) e “como elemento determinante” daquele direito, “implicando uma transformação radical no esquema estritamente individualístico, transformação destinada a incidir, seja sobre o fundamento mesmo da atribuição dos poderes ao proprietário, seja, mais concretamente, sobre o modo, em que o conteúdo do direito vem positivamente determinado; assim é que a função social mesma acaba por posicionar-se como elemento qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se, conforme as hipóteses, seja como ausência de atribuição de determinadas faculdades, seja como condição de exercício de faculdades atribuídas, seja como obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com modalidades pré-estabelecidas”¹⁸.

Enfim, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens¹⁹.

Mas é certo que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual. Por outro lado, em concreto, também não

16. Cf. PEDRO ESCRIBANO COLLADO, ob. cit., pág. 122.

17. Cf. Ob. cit., págs. 118, 122 e 123.

18. Cf. FIORELLA D'ANGELO, ob. cit., em SANTORO-PASSARELLI, ob. cit., pág. 135, e bibliografia ali citada sob nota 26.

19. Id. ib., pág. 136.

autoriza a esvasiar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, sem indenização, porque este está assegurado pela norma de garantia do respectivo direito.

12. Voltando agora nossas vistas para a *função social da propriedade urbana*, temos, primeiramente, que lembrar que esse tipo de propriedade é um típico conceito do Direito Urbanístico, na medida em que este cabe qualificar os bens urbanísticos e definir seu regime jurídico. A qualificação do solo, como *urbano*, porque destinado ao exercício das funções urbanísticas elementares (habitar, circular, recrear e trabalhar), dá a conotação essencial da propriedade urbana. Esta, diferentemente da propriedade agrícola, é resultado já da projeção da atividade humana. Está, portanto, impregnada de valor cultural, no sentido de algo construído pela projeção do espírito do homem. Pois, pelo visto, ela só passa a existir e a definir-se pela atuação das normas urbanísticas.

Por isso é que, na observação justa de PEDRO ESCRIBANO COLLARO, a função social da propriedade privada urbana repousa num pressuposto de primordial importância, qual seja o de que a atividade urbanística constitui uma *função pública da Administração*, que, em conseqüência, ostenta o poder de determinar a ordenação urbanística das cidades, implicando, nisso, a iniciativa privada e os direitos patrimoniais dos particulares²⁰. Nesse sentido é que se pode dar razão ao Ministro Moreira Alves, quando afirma que a função social da propriedade urbana visa a atender as funções do urbanismo, que se reduzem a quatro: a habitação, o trabalho, a recreação e a circulação dos homens dentro do território urbano²¹.

13. É em relação à propriedade urbana que a função social, como preceito jurídico-constitucional plenamente eficaz, tem seu alcance mais intenso de atingir o *regime de atribuição do direito* e o *regime de seu exercício*. Pelo primeiro cumpre um objetivo de legitimação, enquanto determina uma causa justificadora da qualidade de proprietário. Pelo segundo realiza um objetivo de harmonização dos interesses sociais e dos privativos do seu titular, através da ordenação do conteúdo do direito²².

Bem expressiva nesse sentido é a lição de SPANTIGATI, tendo em vista o art. 3.º da Constituição italiana, a que, no aspecto, corresponde o *caput* do art. 160 da nossa, segundo a

20. Cf. ob. cit., pág. 137.

21. Cf. "A Propriedade Urbana no Brasil", loc. cit.

22. Id. ib.

qual a função social da propriedade urbana “constitui um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público que orienta a atualização do bem e predetermina seus usos, de sorte que se pode obter, nos modos de vida e nas condições da moradia dos indivíduos, um desenvolvimento pleno da personalidade. Nesta construção está claro que o interesse do indivíduo fica subordinado ao interesse coletivo por uma boa urbanização, e que a estrutura interna do direito de propriedade é um aspecto instrumental no respeitante ao complexo sistema da disciplina urbanística”²³.

14. Essas considerações põem de manifesto o alcance que o princípio da função pública do urbanismo, pressuposto da função social nesse âmbito, tem em relação ao direito de propriedade privada: a) de um lado, determinando o direito do proprietário; b) de outro, fixando-lhe o conteúdo, isto é, seu rendimento possível²⁴

*A determinação do direito de propriedade urbana é fruto dos planos urbanísticos (gerais e especiais) e de outros procedimentos e normas legais, que definem a qualificação urbanística para cada parcela de terreno, determinando-se, assim, o objetivo de propriedade*²⁵.

*A fixação do conteúdo do direito de propriedade urbana, isto é, das faculdades do proprietário em relação à edificação dos seus terrenos, pode produzir-se ope legis ou pelos planos e normas edilícias*²⁶.

Em outras palavras, concluímos com PEDRO ESCRIBANO COLLADO, “o direito do proprietário está submetido a um *presuposto de fato*, a qualificação urbanística dos terrenos, cuja fixação é da competência da Administração, de *natureza variável*, de acordo com as necessidades do desenvolvimento urbanístico das cidades, cuja apreciação corresponde também à Administração”²⁷

15. Daí decorre que, quando o Município, no uso de sua exclusiva competência urbanística, interfere, por suas leis, nesse campo, não estará, como se costuma dizer, invadindo o campo de competência da União, porquanto não estará regulando as

23. Cf. FEDERICO SPANTIGATI, ob. cit., págs. 291/292.

24. Cf. ainda PEDRO ESCRIBANO COLLADO, ob. cit., págs. 137/138.

25. Id. ib., pág. 138.

26. Id. ib., pág. 143.

27. Ob. cit., pág. 138.

relações civis do direito de propriedade (competência federal), mas o seu aspecto urbanístico (competência local) com fundamento no princípio da função social da propriedade, que, por defluir de preceito constitucional plenamente eficaz, já predeterminara, só por si, o direito de propriedade e seu conteúdo.

16. As considerações que acabam de ser feitas já delimitaram o regime jurídico da propriedade urbana que tem por objeto o *solo urbano* e as *edificações* erguidas sobre ele. O solo passa a ter qualificação urbana, quando ordenado para cumprir destino urbanístico, especialmente a *edificabilidade* e a “*viabilidade*” (de viário), que não são, por natureza, qualidades do solo. Essa qualificação é função das normas urbanísticas que lhe fixam o *destino urbanístico*, a que fica vinculado o proprietário. Esse destino consiste primordialmente na ordenação do terreno e na sua predeterminação a uma das funções urbanísticas já mencionadas. Mas a figura do destino urbanístico dos terrenos não se resume nisso, pois, como assinalou GARCÍA DE ENTERRÍA, “o destino é um instrumento de ordenação da propriedade que se planifica, através de sua natureza vinculante. Isso significa que é a figura por meio da qual se constrói o direito de propriedade o destino cria uma *utilidade legal* que pode aproveitar ao proprietário e que se contrapõe à *utilidade natural* dos terrenos, identificada com sua natureza de rústico”²⁸.

É certo que o destino urbanístico delimita o direito de propriedade sobre os terrenos. Não é menos certo, porém, que lhes acrescenta outros valores e outras vantagens em favor do proprietário.

17 PEDRO ESCRIBANO COLLADO lembra que, formalmente, o destino do solo não é senão o conjunto de categorias, através das quais ele adquire certa utilidade legal, já que sua utilidade natural é exclusivamente agrícola; materialmente, é, a um tempo, dita utilidade legal e o tipo de aproveitamento de que é suscetível no marco concreto em que estão situados os terrenos. É, portanto, — conclui — o instrumento que individualiza as distintas categorias de solo urbano²⁹.

18. Vale dizer que a destinação urbanística dos terrenos é uma utilidade acrescida a eles pelos planos e leis de caráter urbanístico. *Utilidade* que se especifica em várias modalidades, conforme o aproveitamento concreto definido para cada terreno.

28. *Apud* PEDRO ESCRIBANO COLLADO, ob. cit., pág. 183, sem citar a fonte.

29. Ob. cit., pág. 179.

A utilização, por conseguinte, do solo urbano pelos proprietários depende da predeterminação dada pela legislação e planos urbanísticos. O *lote*, parcela de terreno destinada à edificação, é uma das modalidades predeterminadas por via especialmente dos planos de parcelamento do solo para fins urbanos. O lote é, conseqüentemente, uma criação da atividade urbanística; surge, pois, como uma utilidade legal do terreno: a *edificabilidade*. Veja-se, pois, que a *edificabilidade* não é algo de natural aos terrenos. O que é natural a eles é a produção das chamadas riquezas naturais. A edificabilidade é algo que surge com a ordenação urbanística do solo. É algo novo, acrescido, criado pelos planos e normas urbanísticas, por mais elementares que sejam, como no caso brasileiro. Edificabilidade é qualificação legal que se atribui a algum terreno urbano. Essa qualificação é que possibilita ao proprietário exercer a faculdade de construir em terreno urbano. Sem ela a faculdade não existe.

19. A figura jurídica do destino dos terrenos urbanos e o princípio da função social da propriedade condicionam e informam o entendimento da faculdade que se acha inscrita no art. 572 do Código Civil, faculdade que se habituou denominar *direito de construir*. Diz esse artigo que o “*proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos*”.

20. Quando se fala em direito de construir, ou, no sentido mais estrito, em direito de edificar em solo urbano, o texto do art. 572 do Código Civil terá que ser interpretado, hoje, tendo em vista as profundas transformações, não só da realidade urbana, mas especialmente das normas constitucionais sobre o regime da propriedade. Sobretudo, não se pode dar à expressão *direito de construir* ou *direito de edificar* o sentido de um direito subjetivo que, *in abstracto*, caiba ao proprietário do terreno. O que o texto, em verdade, confere a este é uma simples *faculdade*, que, como qualquer faculdade, se define, na lição de PAUL ROUBIER, como *possibilidade legal de opção em vista da criação de uma situação jurídica*³⁰. Faculdades são, no dizer do mesmo autor, “*prerrogativas condicionadas, em princípio, isto é, prerrogativas cujo exercício é subordinado a certas condições fixadas pelo direito objetivo*”³¹. E a faculdade de construir também o é, pois, o dispositivo citado a confere, salvo os direitos dos vizinhos e os *regulamentos administrativos*. Nestes

30. Cf. *Droits Subjectifs et Situations Juridiques*, pág. 163, Paris, 1963.

31. *Id. ib.*, pág. 165.

entram todas as normas urbanísticas que, em disciplinando a ordenação do solo urbano, fixando-lhe o destino, condicionam dita faculdade.

21. Acresce que a função social da propriedade pode fundamentar destinos diversos para os terrenos, determinando a atividade dos respectivos proprietários e o conteúdo de seu direito. Com tal fundamento, é lícito determinar-se, por exemplo, a inedificabilidade absoluta ou relativa de certos terrenos, que, em princípio, seriam edificáveis, e isto sem desapropriação, ainda que possa ocorrer a necessidade de ressarcimento de prejuízos devidamente comprovados. O que se quer aqui salientar é que o direito de propriedade privada não pode superpor-se ao preceito constitucional da sua função social, ao ponto de impor a faculdade de edificar, onde o interesse público aconselha a inedificabilidade. De outro lado, a determinação urbanística, traduzida em planos ou projetos gerais ou especiais de urbanismo, no sentido da densificação de alguma área urbana, revela função social que se impõe à propriedade de terrenos vagos, que justifica a imposição de edificar em certo prazo. Ora, contraria o princípio da função social da propriedade a conservação de terrenos vazios nos centros urbanos, para fins de especulação. Por isso é plenamente lícito impor a seus proprietários o ônus de sua edificação em prazo determinado, sob pena de serem desapropriados, para cumprimento da função social indicada. Temos tido muito preconceito nesse sentido, porque não estamos levando em conta o alcance do princípio da função social da propriedade, que, no campo urbanístico, tem, ademais, como pressuposto uma função pública que é precisamente a atividade urbanística.

22. Países europeus vêm dando passos largos nessa matéria. O princípio da função social da propriedade urbana e a verificação de que o destino urbanístico dos terrenos é algo criado, especialmente, a tese de que a edificabilidade dos terrenos urbanos é uma *utilidade legal*, é uma qualificação dada pelos planos e normas urbanísticas, vêm fundamentando a desincorporação do direito de construir do direito de propriedade. De fato, a posição tradicional sustenta que o direito de construir é uma faculdade inerente ao direito de propriedade do terreno.

23. Na Itália, por exemplo, a partir daqueles pressupostos, chegou-se à conclusão de que o contrário é o que ocorre. O princípio é o da inedificabilidade dos terrenos, já que, em verdade, seu *destino natural* é o da produção agropecuária. A edificabilidade não é da essência do terreno. Para que este

se torne edificável, há que sofrer a atuação urbanística, há de receber um *plus* especial, *um valor*, que vem da configuração jurídica decorrente da legislação urbanística. Com base em tais princípios é que a Lei italiana n.º 10, de 28 de janeiro de 1977, praticamente separou a faculdade de construir do direito de propriedade do lote, de tal sorte que o proprietário deste somente poderá edificar nele, se ele estiver destinado à edificação e se obtiver, não a licença para edificar, mas a *concessão do direito de construir* no caso concreto.

Para muitos, essa problemática revela apenas mais um aspecto do que se tem denominado crise do Direito. Para outros tantos, não é senão um passo adiante no ajustamento do jurídico à dinâmica das transformações sociais, de que promana, e que temos que conhecer, apreciar e compreender, sob pena de ficarmos perdidos entre os cacos de uma realidade envelhecida.

CRÔNICA DAS ARCADAS

Novos Professores Eméritos

A Redação

Dia 29 de setembro de 1980, às 20,30 horas, abriu-se o Salão Nobre da Faculdade de Direito para a cerimônia de outorga do título de Professor Emérito aos professores aposentados Dr. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA e Dr. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO.

O Professor CELSO NEVES fez a saudação ao Professor CANUTO, relembrando a ilustre ascendência do novo Emérito e a intensa atividade por ele exercida, no campo da arte, do teatro, jornalismo e como Professor desta Faculdade.

O Professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO foi homenageado pelo Diretor, Dr. ANTONIO CHAVES que, num brilhante discurso, mostrou a seqüência de sucessos da carreira do Professor Emérito, que reuniu as três mais nobres atividades que podem ser desempenhadas por um jurista: o magistério superior, a magistratura e a literatura jurídica.

A Solenidade

Às 20,30 horas do dia 29 de setembro de 1980, teve início no Salão Nobre da Faculdade de Direito, a sessão solene de recepção aos Novos Professores Eméritos JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO.

O evento contou com a presença do Diretor da Faculdade, Professor ANTÔNIO CHAVES, a Secretária, Dra. DRINADIR COELHO, o Corregedor Geral da Justiça, o representante do Presidente da Assembléia Legislativa de São Paulo, a Congregação dos Professores, ex-alunos e inúmeros amigos dos homenageados.

Os novos Professores Eméritos foram introduzidos no Doutoral pelos Titulares PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA, JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA e COSTA JÚNIOR e VICENTE MAROTTA RANGEL.

Num brilhante discurso, o Professor CELSO NEVES prestou uma homenagem comovente ao Professor CANUTO, relembrando sua ilustre ascendência, formada de diversas personalidades do mundo jurídico, como JOÃO MENDES DE ALMEIDA, JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA e muitos outros. Referiu-se ao espírito artístico do Mestre, dotado de uma vivacidade que se traduz por uma variada gama de atividades exercidas, como jornalismo, teatro, composições musicais, etc.

Além de tudo, relembra a brilhante carreira universitária do Professor, iniciada em 1937, como Livre-docente, e coroada em 1939, com a conquista da Cátedra.

Nessa ocasião, o Professor CANUTO prometia dar sua contribuição como brasileiro, no culto da Pátria e da Justiça, e ser para todos, alunos, professores e para a Faculdade de Direito, o melhor amigo.

E tudo isso ele tem sido, e muito mais: honrou as tradições desta casa como jurista, professor, além de brilhar no jornalismo, na política e na diplomacia.

O Professor CANUTO agradeceu com grande emoção a homenagem, e a seguir o Professor ANTÔNIO CHAVES pronunciou seu discurso em saudação ao Professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO.

Fez uma rápida retrospectiva da vida acadêmica do novo Professor Emérito, até a conquista da cátedra em 1959, quando se tornou o 19.º Titular da Cadeira de Direito Civil, sucedendo brilhantemente a grandes personalidades, que muito contribuíram para a cultura jurídica nacional.

“O cabal desempenho de sua missão como professor fica testemunhado pela obra *Curso de Direito Civil*, em 6 volumes, que constitui a mais perfeita demonstração de como se aliam harmoniosamente essas três entre as mais nobres atividades que podem ser desempenhadas por um jurista: o magistério superior, a magistratura e a literatura jurídica. ”

O Professor CHAVES ressalta ainda a importância dada pelo Professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO à Jurisprudência como fonte mediata do Direito, e sobre a personalidade do Emérito, tão nobre e tão rica, distingue sua modéstia e sua discrição, “aliadas a uma afabilidade e a uma cortesia que se traduzem através de seu sorriso franco, acolhedor, espontâneo, que a todos encanta ao primeiro contato.

A seguir, muito emocionado, o Professor WASHINGTON agradeceu a homenagem, afirmando que emoção semelhante só sentira quando o Tribunal de Justiça do Estado lhe conferiu o colar do mérito judiciário.

Relembrou seus primeiros passos como docente, em março de 1949, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e o concurso prestado nesta Faculdade, em 1959, dizendo da grande honra que representa para ele ser professor, e principalmente Professor desta Casa, tradicional escola de civismo e templo do saber.

Termina o discurso agradecendo a amizade do Professor ANTÔNIO CHAVES, o lindo discurso de saudação, e também a todos os amigos que compareceram à solenidade, aos antigos colegas da magistratura e aos familiares.

Todos os presentes saudaram então os novos professores eméritos com uma salva de palmas, e o Diretor da Faculdade deu por encerrada a cerimônia.

A seguir, publica-se os discursos do Professor CELSO NEVES, do Professor ANTÔNIO CHAVES e do Professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO.

Discurso de saudação de Celso Neves

Honra-me a alegria de saudá-lo, em nome da Congregação, quando o recebe como Professor Emérito da nossa Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Confesso, todavia, que a empresa me aturdiu, quando me pus a meditar no que lhe haveria de dizer, capaz de traduzir o significado altíssimo desta solenidade. Tive logo o sentido do tempo, em sua própria, ineliminável e estranha dimensão, a verter para este momento a memória dos dias transcorridos. E lembrei FERNANDO PESSOA, no desalento de “O Guardador de Rebanhos”:

“Nada tiramos e nada pomos; passamos e esquecemos;

E o sol é sempre pontual todos os dias.”

Cuidei de sonhos realizados e frustrados, de palavras proferidas e caladas, de encantos e desencantos, mas na coragem de minhas pontuações, pude sentir a beleza que ficou, no rastro de sua vida generosa. E se não descri do poeta dos heterônimos, na sua descrença descrente — “O que não foi não é nada, e lembrar é não ver” — pude ver, eminente amigo JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, nos seus passos pelos capítulos da velha Academia que aqui demora, quanto fica do que foi e ainda é a sua caminhada, a revelar, no próprio descompasso da sua maravilhosa intranquilidade, o signo de sua predestinação. E procurei ser, também eu, como o Guardador de Rebanhos, que

“Conhece o vento e o sol
E anda pela mão das Estações
A seguir e a olhar.”

Quando você aqui chegou, da primeira vez, vinha pela força atávica de uma ascendência ilustre: JOÃO MENDES DE ALMEIDA, JOAQUIM CANUTO DE FIGUEIREDO JÚNIOR, CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, FRANCISCO PENAFORTE MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR e ÂNGELO MENDES DE ALMEIDA. Aqui viveu a vida turbulenta da mocidade acadêmica, sem ater-se, entretanto, às amenidades das Gerais. A esse tempo — de 1925 a 1929 — esteve entre os dirigentes do primeiro movimento pela criação da Universidade de São Paulo e foi diretor do “Universitário” A Caravana Acadêmica, idealizada para comemorar o centenário dos Cursos Jurídicos, teve-o entre os seus fundadores.

Já então, fazia jornalismo, como redator cinematográfico do “Diário de São Paulo” e do “Diário da Noite” São seus roteiros de vários filmes, tendo mesmo dirigido a última produção do cinema mudo nacional — Fogo de Palha. Em 1931, escreveu “Cinema contra Cinema” que recebeu menção honrosa da Academia Brasileira de Letras. Com GAUDIO VIOTTI, publicou duas revistas para teatro. São suas, inúmeras composições musicais.

Quando aqui tornou, em 1937, seduzido pelo fascínio da Congregação, não escondeu a emulação ancestral. Todavia, vinha por si mesmo. Retornando a estes sítios, empolgado pela grandeza destes contrafortes, em que encontrara espaço para os lances próprios de sua bulhosa juventude, aqui queria fazer o seu noviciado de professor, tocado pelo sortilégio de uma vida acadêmica alvoroçada, em que soubera acomodar seus sonhos de artista, em pauta de boemia, e a sua curiosidade intelectual, em compasso de estudo e meditação.

Feito livre docente, punha na qualificação que se atribuiu — “um estudante afortunado” — o traço marcante da sua humildade científica e confessava:

“Minhas mais remotas ambições de saber são ligadas . . . à sugestão dos exemplos de vida intelectual daqueles que ilustraram meu nome, antes mesmo de eu existir.”

E prosseguia, nessa confissão:

“Tanto mais a eles devo essa obrigação, quanto vida honesta e trabalhosa levaram por amor de seus filhos e com exata compreensão do bom exemplo que, assim, lhes impunham. “Honrem sua ascendência” — foram conselhos expressos do ancestral — “não vale menos

hoje do que em séculos anteriores a história de sua família, visto como, mesmo nesta época de amnésia moral, em que o egoísmo enleia os incentivos a grandes energias, um nome ou uma recordação podem, porventura, ser ainda origem de ilustres feitos”; “proveitem do passado o que puder ser modelo para boas obras.”

Esses conselhos, Professor JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, você os aproveitou, certo de que

“Romper violentamente os laços que unem o presente ao passado é sempre, criar riscos de graves consequências, porque mais natural sóe ser a elaboração da história, que na esteira dos instantes semeia os germens da vida porvindoura, do que o homem que, na ilusão do seu poder de criar, acredita na tolerância do meio aos caprichos de imaginação alheios à realidade ambiente.”

Isso foi em 1937. Dois anos depois, era Catedrático, na exuberância de seus trinta e três anos. Na oração com que agradeceu a saudação de SOARES DE MELLO, na cerimônia de sua posse, disse:

“Quanto a mim, cresci na veneração de nomes cujo prestígio intelectual e moral se enrijou nos ambientes circunspectos de nossas vetustas arcadas ou cujos feitos foram frutos da seiva aqui nutrida; estudante de direito, minhas principais aspirações acadêmicas eu as dediquei à celebração, com suntuosidade, das glórias de um século de vida dos cursos jurídicos de São Paulo e Olinda e a reacender, no coração da mocidade, sentimentos de solidariedade universitária e de indefectível amor pelo Brasil, para maior lustro nacional do nome da Faculdade de Direito; bacharel, tive sempre, mesmo de longe, os olhos e o coração voltados para este nascedouro de forças de renovação do direito no culto à Justiça e à Pátria, a que quiz dar e a que vou dar, decisivamente, minha total contribuição de homem e de brasileiro; professor catedrático de Direito Judiciário Penal, procurarei, pois, seguir essa mesma trilha, sendo para vós, para os alunos, para a Faculdade de Direito, aquilo que RAFAEL SAMPAIO sempre foi: o maior amigo.”

E assim tem sido JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, a cavaleiro, até mesmo, dos lances de infortúnio e sofrimento com que a vida cobra, de todos nós, as lições de coragem que lhe devemos, pela aventura admirável de viver. Se o destino, muitas vezes, nos surpreende, com travos de amargura e sofrimento, nem por isso haveremos de construir, como esquema de comportamento, a filosofia do desespero. O que importa é tirar desses episódios uma inspiração de fé, assentando sobre o desalento a contrapartida da esperança. Nem há grandeza em vivermos, apenas, de vitórias, porque pela amargura das derrotas é mais fácil medir-se a postura dos homens, em face da existência, para condená-los, ou glorificá-los.

É por esses rumos que o vemos, construindo a sua vida com o esmero dos que se preocupam com a beleza moral dos gestos a que se presdispõem e com o sentido axiológico de suas conseqüências.

Como professor, cuidou de honrar as tradições desta Faculdade, tendo num de seus nomes maiores — JOÃO MENDES JÚNIOR — o estímulo de uma herança que lhe dava, pela sua grandeza, o sentido de uma responsabilidade aumentada pela tradição familiar. Sua doutrina que põe no epicentro do Processo Penal o problema da liberdade jurídica do réu, fiel aos momentos que traduzem a jurisdição *em potência, em ação, em ato*, é bem uma decorrência daquele magistério apostolar do jurista-filósofo cuja figura de sábio e santo ALCÂNTARA MACHADO tão bem acentuou:

“Rosto macerado pelas vigílias, feições devastadas pelo soffrimento, olhos cançados de aprender nos livros a sciência, e no espectáculo da vida a miséria humana, — todo elle respirava bondade uma bondade infinita e comprehensiva. Nunca houve quem se lhe approximasse e não lhe ficasse devendo alguma cousa”

E, no remate de sua sentida oração, refere ALCÂNTARA MACHADO:

“Vi-o, pela derradeira vez, chumbado ao leito da morte, “ganté de plomb, chaussé de marbre”, em sua casa da Praia do Flamengo. Já não podia arrastar, como antes, o corpo descarnado, lenho de seu martyrio, até á cadeira de juiz, Golgotha de sua agonia. Uma indizível tristeza lhe velava o olhar; uma resignação christianissima lhe creava, em torno

da cabeça impressionante de asceta, um halo de santidade. — O sofrimento physico não lhe turbára a lucidez da intelligencia. Falou-me longamente, amorosamente, da sua Faculdade; indagou, com o maior interesse, do andamento dos trabalhos da codificação processual; e, ao despedir-se, teve esta phrase, em que transbordou toda a sua alma de paulista: “Eu queria tanto morrer em S. Paulo” — Não “consentiu o destino que, antes de fechar os olhos para sempre, JOÃO MENDES revisse esta cidade, em que viveu uma vida nobilissima, de honra, de trabalho e de pobreza; esta velha praça, cheia para elle de recordações familiares, e em cujo centro se levanta o bronze, que perpetua o nome de seu pae; aquelle velho santuario em que ia buscar as consolações, que o Crucificado prometeu aos crentes; a velha Escola, que foi objecto de seu carinho e testemunha de seus triumphos. — Mas, enquanto houver paulistas, S. Paulo ha de guardar a memoria e a imagem do homem justo, que tão singularmente ennobreceu a humanidade, — do grande jurista, que tanto serviu á causa do Direito e da Justiça, — do brasileiro insigne, que foi honra de seu tempo e orgulho de sua terra.”

Esse o nome tutelar em que, confessada e amavelmente, se inspirou o sobrinho illustre que hoje se investe nas prerrogativas de Professor Emérito desta nossa Faculdade. Isso ele mesmo o confessa, no prefácio dos seus “Princípios Fundamentais do Processo Penal”

“Avulta, nas páginas que seguem, a genialidade de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, constante e “fecundo inspirador. À sua memória prestamos humilde homenagem, de modesto discípulo, que, com isso, segue terno conselho do último argüente, naquele melancólico concurso, conselho ditado em final sopro de vida, de velho professor que, siderado em momento solene, alí, na “Sala JOÃO MENDES JÚNIOR”, abandonava sua cátedra para que, em 1939, seu predileto aluno a conquistasse.”

De sua produção científica dá-nos conta seu discípulo e amigo, SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO, num precioso elenco, por demais conhecido para que aqui se o repita.

Em homenagem que lhe foi prestada, por ocasião de sua aposentadoria, o *Professor Emérito* LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, ao saudá-lo, acentuava:

“Na Faculdade de Direito você foi jovem professor sem petulância e velho professor sem inveja e arrogância. Você sempre acolheu e estimulou os moços pretendentes ao magistério sem benevolências paternais e condescendentes. Na sala das becas você ouvia os novos e os velhos com igual acatamento. A todos propunha suas teses e com todos debatia com inteligência, tolerância e humildade. Os candidatos que você argüiu em concurso ficavam literalmente atônitos com suas “objeções. Mas sua angústia era de curta duração porque você foi sempre nobre, humano, generoso e bom. — No Departamento de Direito Processual sua modéstia e despreendimento eram tamanhos que até a presidência você recusou para fazer aparecer seus colegas menos titulados. — Por tudo isso, meu caro Canuto, você foi ídolo de seus colegas de turma, de seus alunos, de seus pares na Congregação e de todos os seus incontáveis amigos. E os que aqui se acham, por quem falo orgulhoso e desvanecido, lhe trazem, com o afetuoso abraço que daqui a pouco lhe darão, todo seu aplauso, carinho e admiração”

Em nosso Departamento de Direito Processual, coube ao eminente *Professor* MOACYR LOBO DA COSTA a oração de despedida, em que rememora episódios que marcam uma personalidade de escól, brindando-nos com esta síntese essencial da sua figura:

“Quando, por imposição legal, vamos ficar privados de sua companhia, senhor professor JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, os membros do Departamento, seus colegas e seus discípulos, dando balanço em suas realizações e ponderando no enorme saldo positivo que apresentam, começam já a “avaliar a grande perda que sua ausência vai nos causar. Consola-nos a certeza de que seus ensinamentos e a lembrança de seu exemplo permanecem vivos entre nós. O exemplo de julgar sem ferir, de escolher sem desprezar, de ensinar sem humilhar, de corrigir sem ofender.”

Mas, sua vida não se cingiu à Cátedra. Além de jurista eminente, fez, com igual brilho, jornalismo, política e diplomacia. Por duas vezes, candidatou-se ao Senado e uma vez a Vice-Governador do Estado. Na gestão do *Professor* LUCAS NOGUEIRA GARCEZ, ocupou a Secretaria do Governo. Como diplomata, foi Delegado do Brasil à Assembléia da Organização Social do Trabalho, em 1951, e à Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1953 e 1956, recebendo do governo italiano a “Stella della Solidarietà”, pelo empenho com que defendeu a libertação de prisioneiros de guerra. Na Terceira Comissão, participou da elaboração dos pactos de direitos humanos, “Civís e Políticos” e “Sociais e Econômicos”, além de ser um dos fundadores do Instituto de Criminologia da Organização. Na presidência JÂNIO QUADROS, exerceu a Procuradoria Geral da República.

Associado do Instituto Hispano, Luso, Americano, Filipino de Direito Internacional, desde 1950, acaba de ser promovido a Membro dessa respeitável entidade, por deliberação tomada, este ano, em Merida.

Professor Emérito JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA : se a lei tem o poder de afastar, a Congregação tem o de reintegrar na vida da Academia os que passaram pelas suas Cátedras, ilustrando-as com o seu saber. Uma e outra atendem a designios próprios. A lei, propiciando a renovação dos quadros; a Congregação, avocando a experiência dos que já cumpriram a sua tarefa, mas podem repor sua experiência e saber a serviço do ensino. Neste plano, nem mesmo o direito de voto é necessário, para influir nos destinos desta Faculdade. Basta a advertência avisada, o conselho prudente, a palavra sempre ouvida dos que carregam consigo o lastro da experiência aqui vivida, para sensibilizar os que têm, em suas mãos, os destinos de uma instituição de que, todos nós, que a ela pertencemos, podemos nos orgulhar, porque tem sido o reduto imbatível da cultura e da liberdade, em nosso país, desde que aqui se instalou, quando São Paulo ainda ensaiava os primeiros passos de sua pujança atual.

É esse o sentido desta solenidade — o de compor uma reintegração, se é que podemos admitir que os que aqui entraram, um dia, tenham saído destes claustros. O culto daqueles que aqui viveram, revela que daqui nunca se foram. E nisso está o lastro de nossas venerandas tradições, em que se envolvem, para honra nossa, as figuras eminentes dos seus maiores.

Já agora, fora do plano da sua história, escrita por você mesmo, pelas posturas que assumiu, em face da vida, permita-me um testemunho público que há muito lhe devia: se a sua inteligência privilegiada reflete uma tônica comum aos MENDES DE ALMEIDA; se a sua intranquilidade não é mais do que expressão do seu vigor intelectual, no empenho de ver e entender, em sua realidade total, os problemas que ferem a sua permanente curiosidade de jurista; se os seus pendores artísticos denunciam os valores estéticos de quem se preocupa com a beleza do luar e a graça da projeção harmoniosa de linhas, formas e sons, para mim — que tenho tudo isso no maior apreço — o que ainda mais avulta, na sua maravilhosa figura de homem, é a sua capacidade de compreender a todos quantos de você se acerquem, de aceitar-nos, tal como somos, de condescender, sem marcas de revolta, com os próprios reverses do destino, procurando fazer deles a razão de mais amplas ternuras. É, em suma, na beleza enorme de seu amplo coração, que se aninha uma infinita capacidade de amar e se explica a grandeza de todas as suas esperanças.

Como o Guardador de Rebanhos, você que conhece o vento e o sol, continue,

“ pela mão das Estações

A seguir e a olhar”!

Antônio Chaves saúda o Professor Washington de Barros Monteiro

Aqui estamos reunidos, — eminentes colegas, senhores Desembargadores e demais personalidades, minhas senhoras, meus senhores, — numa festa que não é bem uma festa, pois é ao mesmo tempo uma despedida que também não queremos seja despedida, para a outorga do mais alto galardão acadêmico, o título de Professor Emérito, a duas figuras muito queridas desta Faculdade: o Professor JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, que acaba de ser saudado pelo Professor CELSO NEVES, e o Professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, a quem, excedendo-me talvez nos meus poderes de Diretor, reservei a mim mesmo o privilégio de fazê-lo.

De personalidades marcantes como estas não podemos sequer conceber nos privem do calor de sua companhia: sua presença continuará adejando pelos humbrais destas arcadas sagradas, ainda que, fisicamente, aqui não se apresentem com

a mesma assiduidade de antes, através de seus livros, seus artigos, suas conferências, através da recordação deixada pelas suas aulas, pelo seu grato convívio, pela lembrança de sua participação nos trabalhos extra-curriculares.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO é filho de magistrado pertencente a família das mais tradicionais: PHIDIAS DE BARROS MONTEIRO, cujos antepassados figuram na *Genealogia Paulistana* de SILVA LEME, e d. EROTIDES DE CARVALHO MONTEIRO, da clã dos REBOUÇAS, estudada pelo Prof. CARLOS DA SILVEIRA, em *Notas Genealógicas*, casal que brindou seu país com outro grande magistrado, o saudoso RAPHAEL DE BARROS MONTEIRO, que após ter exercido a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado, foi membro do Supremo Tribunal Federal, e continua na magistratura paulista através de seus filhos, RAPHAEL DE BARROS MONTEIRO FILHO e RALPHO WALDO DE BARROS MONTEIRO.

Raras carreiras, raras vidas como a de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO podem ostentar tão grande seqüência de sucessos. A distinção que obteve, logo no vestibular desta Faculdade, em 1927, haveria de ser a primeira de uma série de outras, que se repetiram com invejável continuidade durante todo o curso acadêmico.

Em dezembro de 1935, prestou concurso de ingresso à Magistratura do Estado. Será necessário dizer que obteve o primeiro lugar? Mas talvez convenha lembrar que de tal modo impressionou, que ao encaminhar a lista dos aprovados, não pôde a Comissão Examinadora deixar de mencionar que a classificação era feita apenas em obediência à lei, mas era muito grande a diferença entre o primeiro e o segundo indicados.

Sua carreira não foi fácil nem privilegiada: tomou posse, no ano seguinte, do cargo de Juiz Substituto, ao qual foi reconduzido em 1939. Nomeado Juiz de Direito de Presidente Wenceslau foi promovido, em 1940 para Barretos, e, somente na *quinta indicação*, para Itapetininga.

Nesta Capital, permaneceu na Primeira Vara da Família e Sucessões até 1951, exercendo simultaneamente, por dois biênios consecutivos o cargo de juiz eleitoral.

Com a criação do Tribunal de Alçada, foi um de seus primeiros 15 juízes. Vice-Presidente no dia da instalação, foi pouco, depois, eleito Presidente, tendo sido reeleito.

Promovido em 1959, por antigüidade ao cargo de desembargador, foi posto em disponibilidade, em virtude de dispo-

sitivo regimental, que proibia a presença conjunta de dois irmãos no mesmo Tribunal.

Ocupou desde 1949 a cadeira de Direito Civil na Faculdade Paulista de Direito da PUCSP

Com a aposentadoria do Professor Alvinio Lima, nesta Faculdade, concorreu à sua vaga de Professor Catedrático sagrando-se vencedor e tomando posse a 30-12-1959, cargo que exerceu sem interrupção, até 22-4-1980, quando se aposentou por implemento de idade. Nesta Casa foi membro do CTA e Chefe do Departamento de Direito Civil, tendo sido parainfo e patrono de várias turmas.

Inserese assim WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO como o 19.º titular de uma cátedra de Direito Civil.

Enunciemos, com reverência, os nomes de seus antecessores, que neste templo de cultura e de ideal, se encadeiam numa corrente sempre renovada; com verdadeira displicência, temos descuidado salvaguardar dados e elementos pelos quais as gerações vindouras possam aquilatar da contribuição de cada um, e, pois, desta Escola, para a cultura jurídica nacional: Conselheiro PRUDÊNCIO GERALDES TAVARES DA VEIGA CABRAL, JOÃO CANDIDO DE DEUS E SILVA, Conselheiros Padre VICENTE PIRES DA MOTTA, ANTONIO JOAQUIM RIBAS, JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADA E SILVA, Dr. CLEMENTE FALCÃO DE SOUZA FILHO, Conselheiro FRANCISCO JUSTINO GONÇALVES DE ANDRADE, Drs. VICENTE MAMEDE DE FREITAS, ANTONIO DINO DA COSTA BUENO, ANTONIO JANUÁRIO PINTO FERRAZ, JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUZA, MANOEL PACHECO PRATES, JOSÉ AUGUSTO CÉSAR, VICENTE RÁO, JORGE AMERICANO, LINO DE MORAES LEME, ALVINO FERREIRA LIMA e NICOLAU NAZO.

Embora alguns, como JOSÉ BONIFÁCIO e VICENTE RÁO, nomes aureolados até mesmo por lendas, tenham passado para a história pátria e ocupado posições de grande responsabilidade nas mais altas esferas políticas e administrativas, todos eles foram vultos eminentes que pelo seu trabalho e pelo seu exemplo, contribuíram para construir espiritualmente esta Academia e para dar-lhe posição de realce no cenário cultural do país.

153 anos de existência não será muita coisa para civilizações e nacionalidades plurimilenares. Mas para um País com pouco mais de século e meio de emancipação política, é tradição das mais venerandas.

O invejável prestígio de que usufrui a nossa Faculdade não se fez da noite para o dia. Representa a lenta sedimentação do produto de centenas de existências dedicadas ao estudo, à meditação, à pesquisa, ao apostolado de idéias e de ideais, de sonhos realizados, de ilusões desfolhadas, numa arregimentação perpétua cujas raízes se prendem a um ato do próprio Imperador.

Que documentação guardamos desse passado, dessas crenças antigas? De tantas existências dedicadas à mocidade da nossa terra, daqui irradiando seus sonhos para todo o País, que esperanças podemos alimentar de vir a conhecer um dia? Como saber o que meditaram, o que sonharam, o que sofreram, esses pro-homens, quais foram suas crenças, suas convicções, seus ideais? Que reminiscências podemos legar às futuras gerações, de um material fugidio, esquivo, impalpável como é o pensamento não lançado no papel?

E das dezenas e dezenas de milhares de estudantes que por aqui passaram, de seu esforço, de seu sacrifício, que vestígios nos restam?

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO é nome que se inscreve muito à vontade entre os mais dignos de respeito e admiração desta Casa.

De quem, com tanto brilho conquistou pelo seu próprio esforço, grau a grau, as mais altas posições, não se podia esperar senão que as exercesse com igual galhardia.

O cabal desempenho de sua missão de Professor fica testemunhado pelo único livro que escreveu: seu Curso de Direito Civil, desdobrado em seis volumes.

Mas que livro!

Constitui a mais perfeita demonstração de como se aliam harmoniosamente essas três entre as mais nobres atividades que podem ser desempenhadas por um jurista: o magistério superior, a magistratura, e a literatura jurídica, colhendo, com igual exação e escrúpulo, ao lado dos ensinamentos dos melhores nomes da doutrina mundial, os mais marcantes julgados dos tribunais pátrios e estrangeiros.

Magistrado entre os mais renomados que foi, não deixaria de exaltar o valor da jurisprudência como fonte mediata do direito. Aponta as críticas que lhe são dirigidas: a de PASCAL, três graus de latitude revogam uma jurisprudência; a de KIRCHMAN, três palavras da lei, a corrigirem um texto, bastam para que bibliotecas inteiras se reduzam a um montão de papéis

inúteis, — e demonstra existir muita injustiça nessas increpações. Na frase de IHERING, a jurisprudência foi a filosofia nacional dos romanos: quem quisesse compreender como entendiam o homem e a sociedade, não deveria perguntá-lo a LUCRÉCIO, a SÊNECA ou a MARCO AURÉLIO, mas, principalmente, a PAULO, ULPIANO e GAIO.

“Na frase de CAPITANT, o direito jurisprudencial vem completar, enriquecer, modificar, recobrir de nova vegetação o direito escrito nos textos legislativos.

Efetivamente, como adverte ROSSI, o homem caminha segundo sua fantasia e a lei claudica; o homem reclama e a lei é surda. É a jurisprudência que forçosamente segue o homem e o escuta sempre. O homem não lhe impõe seus arestos, mas, por sua livre vontade, força-a a pronunciar-se.”

Enumera as matérias em que os julgados antecipam-se ao próprio trabalho legislativo: locação, filiação extra-matrimonial, regime de bens, servidão de trânsito, e tantas outras, tornando-se a invariável seqüência dos julgamentos como que “o suplemento da própria legislação”

Abramos o primeiro destes preciosos volumes, a Parte Geral.

Nem uma palavra de apresentação, nem um prólogo, nem uma exposição de planos ou de programas, a que estamos tão afeitos.

Na verdade, para que?

O livro também tem uma personalidade, ou melhor, é um reflexo da personalidade do autor. Se este é simples, informal, acessível, direto, o produto de sua elaboração não poderia deixar de revelar as mesmas excelsas qualidades.

Explica-se por si mesmo, seu programa está no índice!

E é por isso que, logo na primeira página, sem preâmbulos, começa demonstrando as divergências, entre cultores do direito, filósofos e sociólogos quanto ao modo de conceituar o direito.

Repete KANT: “ainda continuam os juristas à procura do seu conceito de “direito”, e também ÁLVARES TALADRIZ: “tão deficientemente como a geometria define o que seja espaço, assim acontece igualmente com o direito”

Por pertencer a questão ao âmbito da filosofia jurídica, fugindo intencionalmente às suas complexidades, limita-se a uma única definição, talvez a mais singela, a de RADBRUCH: o conjunto das normas gerais e positivas, que regulam a vida social.

Abeberando-se sempre das fontes mais puras e mais autorizadas, intercala aqui e ali, como que enrubecendo de dar mostras de sua cultura diversificada, breves oportunas referências às melhores obras de história, de filosofia ou de ficção, principalmente francesas e italianas.

Todos os quadrantes da imensa árvore do direito civil são percorridos com a mesma segurança e a mesma maestria.

Homem, no entanto do lar, que ali sempre encontrou sua fonte de inspiração e seu conforto moral, seu ponto de apoio, não poderia deixar de considerar, com especial carinho, a família e o seu direito específico.

Dá início ao volume com expressões que já se tornaram clássicas para evidenciar a importância desse estudo:

“Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social.

CÍCERO apelidou-a de *seminarium reipublicae*. Efetivamente, onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado; onde e quando se revelou frágil, aí começou a decadência geral.

Desse mesmo sentimento se impregna a encíclica *Casti Connubii*, ao afirmar que a salvação do Estado e a prosperidade da vida temporal dos cidadãos não podem permanecer em segurança onde quer que vacile a base sobre a qual se apóiam e de onde procede a sociedade, isto é, o casamento e a família.

Realmente, no seio desta originam-se e desenvolvem-se hábitos, inclinações e sentimentos que decidirão um dia da sorte do indivíduo. No colo da mãe, assevera PLANIOL, forma-se o que há de maior e de mais útil ao mundo, um homem honesto.”

O êxito alcançado pela obra foi o mais completo da história da nossa literatura jurídica. Representa mesmo verdadeiro acontecimento editorial, deixando à distância muitos dos nossos

melhores clássicos de literatura. Parte Geral, Obrigações e Direito de Família já alcançaram a extraordinária marca de 19 edições sucessivas, com de 6 mil a 11 mil exemplares cada, e os demais volumes, 16 edições, com 5.000 a 6.000 exemplares!

Sua editora, a tradicional Saraiva, tão ligada à história desta Faculdade, aqui representada pelos seus dirigentes, pagalhe, de direitos autorais, a respeitável soma de 150 a 200.000 cruzeiros mensais!

Sobre personalidade tão nobre e tão rica, muito mais haveria que discorrer.

Uma particularidade, no entanto, apresenta, que não pode deixar de ser ressaltada: sua modéstia, sua discrição, aliadas a uma afabilidade e a uma cortesia que se traduzem através de seu sorriso franco, acolhedor, espontâneo, que a todos encanta ao primeiro contato.

Faz lembrar a oração do bom humor de São Tomás Moro, que conheceis, por certo:

“Um sorriso não custa nada e vale muito. Enriquece quem o recebe, sem empobrecer quem o dá. Não dura mais que um instante, mas a sua lembrança permanece eternamente. Ninguém é tão rico que não o possa receber. Ninguém é tão pobre que não o possa dar. Cria a felicidade em casa, no trabalho, é o sustento das amizades. Um sorriso reconforta os cansados. Aos desanimados renova a coragem. Para a tristeza é consolação, nas penas é natural remédio. Mas é um bem que não se pode corromper, nem emprestar e nem roubar, pois ele tem valor no momento em que se dá.

Se, porém, encontrar alguma vez quem o esperado sorriso a você não der, seja generoso ao dar o seu, porque ninguém tem mais necessidade de seu sorriso do que aquele que aos outros não o sabe dar.”

Pois este sorriso Washington não o regateou jamais a ninguém: colegas, alunos, amigos, desconhecidos, diria até mesmo adversários, se jamais teve algum.

Ele já se incorporou como um dos patrimônios mais caros às tradições desta Faculdade!

Cerimônias destinadas a prestar homenagem aos vultos mais eminentes desta Unidade de Ensino, muito contribuem para que cultuemos o passado, conservemos sempre vivo aquele

fogo sagrado, que, lembra FUSTEL DE COULANGES, toda casa de grego ou de romano mantinha em seu altar.

“Desgraçada casa aquela onde o fogo se extinguísse! Ao anoitecer de cada dia se cobriam de cinza os carvões, para deste modo se evitar que eles se consumissem inteiramente durante a noite; ao despertar, o primeiro cuidado do homem era avivar o fogo e alimentá-lo com alguns ramos secos. O fogo só deixava de brilhar sobre o altar quando toda a família havia morrido; lar extinto, família extinta, eram expressões sinônimas entre os antigos.

Mas esse fogo mantido no lar, para o pensamento dos homens, não é o mesmo fogo da natureza material. Nele vemos não o elemento físico que aquece ou queima, transforma os corpos, funde os metais e se torna em poderoso instrumento da indústria humana. O fogo do lar é de natureza inteiramente distinta. É um fogo puro, só podendo ser produzido quando ajudado de certos ritos e somente podendo alimentar-se determinadas espécies de madeira. É um fogo casto; a união dos sexos deve arredar-se para longe da sua presença. Não se lhe pede somente a riqueza e a saúde; roga-se-lhe mais que também conceda ao homem a pureza de coração, a temperança, a sabedoria. “Torna-nos ricos e prósperos, diz-nos certo hino órfico, torna-nos também sábios e castos” O fogo do lar é, pois, uma espécie de ser moral. É verdade que brilha e aquece e coze o alimento sagrado; mas tem ao mesmo tempo um espírito, uma consciência; dita deveres e vigia o seu cumprimento. Dir-se-ia homem, porque do homem possui a sua dupla natureza; fisicamente, resplandece, move-se, vive, procura a abundância, prepara o repasto, alimenta o corpo; moralmente, possui sentimentos e afetos, dá ao homem a pureza, educa o belo e o bem, e alimenta a alma”

Rendendo este singelo e comovido tributo a vultos tão eminentes, — senhoras e senhores — mais não fazemos do que cumprir dever milenar que nos impõem as mais puras reminiscências romanas: mantemos o fogo sagrado da nossa Academia, perpetuamos a chama viva da nossa veneração pelos seus manes tutelares, em cujo patriotismo e abnegação se abeberam as melhores tradições da nacionalidade pátria!

Washington de Barros Monteiro agradece a homenagem recebida

Com grande emoção, recebo o título de Professor Emérito desta Faculdade, em que me formei em 1931.

Emoção igual só a tive quando o Tribunal de Justiça do Estado me conferiu o Colar do Mérito Judiciário.

São, para mim, duas honrarias, sumamente dignificantes, cujo significado ultrapassa tudo quanto me fosse dado pressupor.

De fato, a princípio, como meu pai, tornara-me juiz. Quisera ser o *justum animatum*, segundo o conceito de ARISTÓTELES, reportado pela Suma.

Parafraseando MÁRIO MOACIR PORTO, posso dizer que me fiz juiz, não como quem escolhe uma profissão, mas como quem se rende a uma convocação do destino.

Como juiz, sentia o amor da profissão, que, no dizer de D'AGUESSEAU, vem a ser o mais precioso de todos os bens.

Se alguma coisa pude dar à magistratura, deu-me esta muito mais, infinitamente mais, porquanto ela me ensinou a amar a Justiça, que é a congregação de todas as virtudes, e a desprezar a iniquidade, o maior de todos os flagelos.

Mais tarde, em março de 1949, vim também a tornar-me Professor, a convite de AGOSTINHO NEVES DE ARRUDA ALVIM, então Diretor da Faculdade Paulista de Direito.

Desde então, ininterruptamente, nesses 31 anos, até abril deste ano, permaneci como Professor.

O magistério marcou, de modo indelével, o ritmo de minha existência. Se a magistratura me ensinou a amar a Justiça e a odiar a iniquidade, o magistério revelou-me toda a grandeza do Direito, que TOBIAS BARRETO ensinou a amar — como se ama a liberdade — e a senti-lo, como se sente o calor e a luz do sol.

Recordo-me ainda da primeira aula, no velho casarão da Pontifícia Universidade Católica, na rua Imaculada Conceição.

Posso ainda rever aqueles primeiros alunos, condescendentes, por certo, com as deficiências do novo Professor. Guardo-os na memória e no coração, como o Mr. Chips, de JAMES HILTON.

Mas, foi-me então dado sentir o apelo de ZARATRUSTA, de braços que se estendem.

Outra emoção extraordinária me faz vibrar, quando me lembro o concurso prestado, nesta Faculdade, em novembro de 1959.

Como esquecer a mensagem que então recebi dos antigos colegas do Tribunal de Alçada? Suas palavras, que constituem uma oração, se acham gravadas no meu coração. Ei-las:

“Reafirmando nossa confiança em sua capacidade, estamos, em espírito, nesta vigília do concurso para Professor da Faculdade de Direito, voltados para Deus, a pedir pelo seu bom êxito. Que Deus o proteja e o ilumine.”

Assinavam essa mensagem, que conservo com carinho, no escrínio de minhas recordações, os juizes ADRIANO MARREY, TÁCITO MORBACH DE GÓIS NOBRE, LAFAYETTE SALLES JÚNIOR, ACÁCIO REBOUÇAS, FLÁVIO TORRES, HILDEBRANDO DANTAS DE FREITAS, ARLINDO PEREIRA LIMA, JOSÉ CARLOS FERREIRA DE OLIVEIRA, FRANCISCO DE PAULA CRUZ NETO, MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO, HELI DE QUADROS, HENRIQUE AUGUSTO MACHADO, FRANCISCO NEGRISOLLO, LUÍS GONZAGA GYGES PRADO, PEDRO AUGUSTO DO AMARAL, ERYX DE CASTRO, MÁRIO HOEPPNER DUTRA e YOUNG DA COSTA MANSO, além de JOSÉ GERALDO RODRIGUES DE ALCKMIN e DIMAS RODRIGUES DE ALMEIDA.

Como não recordar o gesto de amizade dos colegas de turma, ofertando-me, numa festa de verdadeira amizade, esta beca, que ora envergo, para minha grande honra?

Por fim, com o volver dos anos, o afastamento compulsório, com toda a melancolia de que sempre se reveste a hora da partida, agora compensado, e de forma generosa, com a outorga deste galardão.

Se, de fato, grande é a honra de ser Professor, podendo assim prodigalizar aos seus alunos os cuidados e a atenção de um verdadeiro pai, ter sido Professor nesta Faculdade, que é, por certo, escola de civismo e templo de saber, representa uma glória que nunca imaginara conquistar.

Não são os sonhos como tapeçarias que os anjos desenrolam e em que bordados estão — em cores claras — os destinos que hão de ser?

Proporcionou-me o magistério grandes bens. Primeiramente, o convívio com os alunos. Não afirmou GUSTAVO CORÇÃO que os melhores amigos de hoje são os discípulos de ontem?

Elo vivo entre as várias gerações, o Professor sente-se prolongado através de seus antigos alunos. Sob esse prisma o Professor é mais feliz do que o magistrado. Como estava certo o professor e desembargador OSCAR TENÓRIO quando escreveu :

“Feliz é a velhice do Professor. Tem ele a sensação de que o mundo é bom. Se o juiz é ferido pelas críticas dos postulantes descontentes, o Professor assiste, no ocaso de sua existência, crescer a luz solar de antigos discípulos.”

Sob tal prisma, sinto-me perfeitamente gratificado, pois nesta Congregação, como nos mais altos tribunais do Estado, encontro eminentes mestres e insígnies magistrados que um dia, no passado longínquo, contei entre os alunos.

Em segundo lugar, tive o privilégio de conviver também com outros conspícuos Professores, como o são todos quantos lecionam nesta Casa, reunindo prudência e sabedoria, bondade e tolerância, e constituindo-se assim num verdadeiro patriciado de autênticas virtudes.

Por que não falar também do convívio com os seus funcionários, desde os mais modestos, até a sua cúpula administrativa, aqui representada pela sua digna Secretária?

Não é de admirar, portanto, que tão velozmente hajam transcorrido estes 20 anos, em que aqui passei, em que me foi dado exercer o magistério não como uma carga, que se suporte, mas como uma honra, que dignifica.

Galardoado agora com o título de Professor Emérito, concedido pela douta Congregação, por iniciativa do Departamento de Direito Civil, sinto-me plenamente realizado.

Sem dúvida, o Professor muito tem de dar de si, como a luz de seus olhos, o lume de sua inteligência e o palpitar de seu coração.

Ele recebe, porém, muito mais, como, por exemplo, esse título excepcional, que supera o que o condecorado consigno trouxera, a saber, uma vontade muito firme, uma fé muito profunda e um ideal muito alto.

Sou muito grato a todos. Ao Professor ANTÔNIO CHAVES — duplamente irmão — pelo magistério e pela magistratura — pelo lindo discurso, com que me saudou, e em que, com nímia bondade, relembrou passagens de minha vida, sem dúvida modesta, porém impregnada de uma grande sinceridade, que é a sua virtude predominante. O Professor ANTÔNIO CHAVES

soube trazer-me todo o calor de sua velha amizade, fortalecida com o nosso diuturno convívio.

Sou ainda grato aos bons amigos que compareceram a esta solenidade, confortando-me com o seu abraço, em que traduziram toda a sua solidariedade e apreço.

Aos antigos colegas da magistratura, com os meus agradecimentos, expresso minha homenagem pelo que realizam em sua elevada missão.

À minha família e aos meus parentes, também presentes, desejo significar o que para mim representam e que me dá calor à vida. Como disse FORNARI, quando somos adolescentes, a família educa nosso coração. Adultos, ela torna-se escola de moral, afastando-nos das más ações pelo exemplo dos nossos pais, pela honra de sermos casados, a que acresce a força do trabalho. Velhos, impomo-nos a obrigação dos bons exemplos, a fim de que nossos descendentes se tornem melhores do que nós.

Posso agora encerrar esta singela oração e já que antes falei em sonhos, posso também perguntar, como o Professor OSCAR TENÓRIO: onde ficaram esses sonhos, e com ele responder:

“O vinho — ainda duro — a cheirar a uva cortada no parreiral, tem agora o sabor do tempo em que ele dormitava na adega, no correr das várias gerações. Bebo — como um epicurista — o velho vinho que a mocidade pôs, ainda fêrvida, na *cave*.”

Mas, acrescento: com o mesmo *elan* da juventude, bebo-o nesta solenidade — de modo simbólico — em honra de todos os que me ouvem.

Professor Emérito Philomeno Joaquim da Costa

Em sessão solene realizada aos 9 de outubro de 1980, no Salão Nobre da Faculdade de Direito, a Congregação dos Professores outorga mais um título de Professor Emérito a um de seus ilustres membros, PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA. Os Professores OSCAR BARRETO FILHO, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR e JOSÉ AFFONSO DA SILVA introduziram o novo Emérito no doutoral. Proferiu o discurso de saudação o mestre JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA e COSTA JÚNIOR, que rememorou os feitos notáveis da longa carreira docente e profissional do Professor PHILOMENO, palmilhada com entusiasmo e probidade, que sempre caracterizaram sua personalidade invulgar, agora coroada pelo mais alto galardão da vida universitária. Diz o Professor COSTA "A douta Congregação da Faculdade de Direito reconhece os altos méritos de V. Excia., mantidos intocáveis durante toda a vossa longa atividade profissional e profissional, em linha reta, sem tergiversações, temperada na mais rija força do saber e da lealdade". O Professor PHILOMENO agradeceu a homenagem com um interessante discurso, em que expõe sua alma de jurista, de professor, político e a de um simples cidadão, porém repleto de sentimentos.

A Sessão solene

Aos 9 de outubro de 1980, às 20,30 horas, estando a Congregação reunida no Salão Nobre, os professores OSCAR BARRETO FILHO, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR e JOSÉ AFFONSO DA SILVA introduziram no doutoral o Novo Professor Emérito PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA.

O Professor JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA e COSTA JÚNIOR saudou o homenageado, reconhecendo-lhe as qualidades de retidão e honestidade que sempre nortearam sua vida, repleta de vitórias profissionais. Respeitado pelos colegas de profissão, ocupou, entre outros cargos, o Conselho da OAB, a vice-presidência do Instituto dos Advogados, representou o Brasil em congressos internacionais, etc.

O eloqüente discurso do Professor PHILOMENO foi interessantemente dividido em 4 partes, nas quais, em 1.º lugar, ele se pronunciou como jurista, opinando pela subjetivação da empresa, entendendo que "tarda a consagração de um grupo de atividades econômicas ter a qualidade de um ente independente, capaz de direitos e obrigações"

Posteriormente, falando como professor, entendeu que o ensino superior demanda urgentemente o estabelecimento de

sua autenticação; como político, o Professor PHILOMENO julga que o país necessita retornar logo a uma democracia sem adjetivos e finalmente, como cidadão ele combate os extremismos, esclarecendo sua posição em função da Academia: “numa escola de Ciências Jurídicas, não se pode tolerar a implantação de regime de força”

Agradece comovido o discurso do Professor COSTA JÚNIOR, esclarecendo que é para ele uma honra tê-lo como colega, recompensa tê-lo como amigo e felicidade ser por ele saudado.

Demonstrou plenamente sua poética alma de jurista, consciente e honesta, e finalizou apresentando a todos a segurança de seu profundo reconhecimento.

Foi grandemente aplaudido o discurso do Novo Professor Emérito, por todos os presentes, seus colegas, amigos, alunos e ex-alunos e a Diretoria, que, ao final, deu por encerrado o evento.

A seguir, publica-se o discurso de saudação do Professor COSTA JÚNIOR, e o discurso do Professor PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA.

Discurso de João Batista de Oliveira e Costa Júnior

Há convites que se não recusam; obriga-nos o passado pleno de sentimentos, os quais o tempo não consegue desgastá-los nem diminuir-lhes os efeitos, ao contrário, os reforçam e alcandoram tanto mais quanto se caminha na estrada da vida.

Por isso a minha presença, nesta tribuna, não necessita de justificações especiais, quando outros oradores, com maiores virtudes, melhor desincumbir-se-iam da tarefa que me foi atribuída; porém, acredito, ninguém poderia exceder-me na admiração e amizade que sempre me vincularam ao Professor PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA.

É, portanto, com imensa alegria que vos dirijo, neste instante, Professor PHILOMENO, a saudação cordial e de reconhecimento de vossos pares, pedindo escusas se as minhas palavras não corresponderem às exigências da sábia congregação nem às expectativas do ilustre homenageado.

A outorga do título de professor emérito é realmente de valor inexcédível — coroamento de uma longa atividade no magistério superior, palmilhado com entusiasmo e probidade,

que sempre caracterizaram a personalidade invulgar de PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA.

Se a concessão dessa láurea muito enobrece e vos dá ainda todas as honras do cargo que exercestes antes da jubilação, é porque a douta Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo reconhece os altos méritos de V. Exa., mantidos intocáveis durante toda a vossa longa atividade professoral e profissional, em linha reta, sem tergiversações, temperada na mais rija forja do saber e da lealdade.

Formado pela Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, em 1929, com curso de doutorado nos anos de 1951 e 1952, sois dos mais brilhantes advogados de nossa terra e patrocinais junto ao Poder Judiciário, com dedicação, aqueles que têm direito à defesa de seus interesses verdadeiros, para que a justiça paire soberana acima de tudo e de todos. Tal atividade, entretanto, subordinastes-a sempre à ética profissional ou moral prática, que em última análise é o exercício do bem, isto é, o costume e o hábito de direitos e deveres.

Mantivestes sempre fiel a essas diretrizes que, também, representam as normas impostas pela vossa própria consciência, defendendo com extrema bravura os bens que lhe são confiados, como exemplo do advogado honesto e conhecedor profundo de todos os meandros do Direito. Desempenhais com dignidade e proficiência a advocacia, atendendo ao chamamento interior de vossa vocação, realizando-se e exteriorizando ao mesmo tempo a inteligência e a generosidade, que preenchem o vazio e elevam o homem. É essa fidelidade à vocação que torna o profissional fulcro do bem comum e alento para todas as esperanças das pessoas mais ávidas e necessitadas de amor e Justiça.

Advogar é lutar, identificando-se com o patrocinado para vencer uma verdadeira batalha, embora em termos corteses e sem derramamento de sangue. Para isso é necessário o saber, o estudo da doutrina, o conhecimento do direito comparado e do suporte de um direito subjetivo; porém, mais sedutora é a pesquisa do fundamento da própria norma, que leva à esfera da filosofia. Daí, quanto mais perfeitas as leis tanto menores serão as demandas. É esse direito que acompanha o homem antes do nascimento, na proteção do nascituro — “Homo est quid futurus est”, na expressão de TERTULIANO, e até depois da morte, no reconhecimento da vontade manifesta pelo testador.

As leis que regulam os limites entre as atividades e os deveres do homem são de índole moral, deveres esses que integram o Direito Natural. Eis porque a concepção do Direito repousa na existência de uma lei moral como norma de conduta e na liberdade de o homem condicionar-se a essa lei. Quando se reconhece um direito, admite-se a idéia de justiça, a qual pressupõe a existência da lei moral. Justiça, segundo o Direito Romano — perdoem-me a ousadia, que poderá gerar o erro — é a vontade firme e durável de dar a cada um o que é seu: “Constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi”

Todavia, é indispensável, para o seu exercício, o “savoir faire” para transigir no momento útil e necessário, porque na sociedade, em todas as atividades humanas, será a prática de uma virtude, uma conveniência lícita. Lembremo-nos, pois, da prudência do Imperador do Brasil recomendando ao conselheiro PIMENTA BUENO “que formulasse um plano de emancipação sem grande abalo para o país”, o que não seria capitular porque, na verdade, o equilíbrio e o bom senso indicam que o homem, em muitos momentos, não pode mais retroceder, nem parar, nem precipitar-se — “Natura non facit saltus”

É a ciência, atividade humana mais absorvente deste século, com a consciência que conduz à sabedoria.

Quando todas as ilusões se desvanecem; quando o sofrimento parece irresistível; e quando o desalento começa a dominar o ser carente de justiça e vítima do espoliador insaciável é o advogado que lhe renova as esperanças e luta denodadamente para que lhe seja devolvido o bem usurpado e volte a alegria, há tempo esquecida, restabelecendo o direito sagrado e indivisível, que nunca lhe poderia ter sido negado.

Que nobreza de profissão! Que sacerdócio da Justiça! Que apostolado do bem comum!

Vós sois, Prof. Emérito PHILOMENO JOAQUIM DA COSCA, esse advogado cômico dos deveres, que jamais fostes suplantado no saber, na coragem e honestidade, pois já assinalastes as mais brilhantes vitórias nos pretórios para gáudio dos patrocinados e prestígio de vossa banca de advocacia.

Respeitado pelos colegas, figurantes no Conselho da Ordem dos Advogados, onde defendestes com insistência os interesses de vossos colegas e da profissão, impondo-se pela clareza nos debates e pelo acerto de todas as vossas proposições. Fostes eleito vice-presidente do Instituto dos Advogados; presidente da Comissão de Direito Comercial; membro da Comissão examinadora do Concurso de Estudos Jurídicos desse Instituto; e

membro da Comissão examinadora dos candidatos à magistratura. Como delegado do Instituto dos Advogados, participastes, na qualidade de representante do Brasil, de congressos internacionais, como os de Santiago, Lisboa, Paris e da Subseção de Direito Comparado da Seção de Ciências Jurídicas da Unesco.

Anote-se, ainda, que V. Exa. preside, desde 1969, o Instituto de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; e desempenhastes o cargo de Presidente reeleito do Instituto Paulista de Contabilidade, atual Sindicato dos Contabilistas, diplomado que sois, também, pela Escola de Comércio “Alvares Penteado”; de diretor da Revista dos Tribunais, de 1933 a 1951; e diretor da Revista de Direito Mercantil, em 1971.

Com tal conhecimento e representatividade, destacastes como uma das mais legítimas expressões da magnífica classe dos advogados de nossa terra.

Ingressastes no magistério superior em 1957, obtendo o título de livre docente de Direito Comercial de nossa Faculdade, tendo apresentado a magnífica monografia sobre “Autonomia do Direito Comercial”

Conseguistes com destacado brilho a cátedra da mesma disciplina em 1965, após concurso memorável, apresentando a tese sobre “Operações da Anônima com as Ações do Seu Capital”, defendendo-a com ardor e sabedoria, encantando o auditório pela agilidade da inteligência e profundidade de conhecimentos.

Sucedestes com todos os méritos o saudoso professor **HONÓRIO MONTEIRO**.

Definistes as características do professor no discurso de agradecimento, dizendo da obrigação de fazer voto de humildade e da condição de ser autêntico, reconhecendo o sacerdócio do magistério e afirmando que o seu exercício constitui “uma atividade religiosa pela crença na eternidade do Direito”

Homenageastes, muito tempo depois, no corrente ano a vossa “indômita Academia”, dedicando-lhe o livro “Anotações às Companhias” — Vol. I — a respeito da Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações, obra de fôlego, de mais de 500 páginas, nas quais deixastes impressas a clareza de vosso espírito, a ordenação precisa e a argúcia do hermeneuta esclarecido, ao comentar os artigos 1.º a 27 da referida lei.

Dir-vo-las-ei eu, também, da imensa responsabilidade que pesa sobre os ombros do professor, tornando-o não só o expositor de assuntos científicos, se não, e principalmente, o plasgador de novas gerações que reflitam, no futuro, a cultura e o ideal que sempre acalentaram os mais puros anseios do mestre.

Lembrar-vos-ei eu ainda, com Demóstenes, o insuperável tribuno ateniense, que se deve procurar, como escola para o vindouro, inspirar-se nos exemplos das mais belas ações do passado: o que se conhece hoje encontra suas raízes mais longínquas no pretérito e constituir-se-á em seiva vivificante para o futuro.

Exercestes, também, o cargo de professor de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie; de professor de Direito Industrial na Faculdade de Direito da Universidade de Campinas; regestes as cadeiras de “Sociedades Anônimas em Direito Comparado” e de “Técnica Jurídica do Desenvolvimento” no Curso de Especialização e depois nos Cursos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo.

Cavaleiro andante com a missão de ensinar, incutistes sempre no espírito de nossa juventude a ciência pura e verdadeira e, mais do que isso, fostes um paradigma de honradez, dignidade e coragem em todos os instantes de vossa gloriosa atividade no magistério superior.

No período entre os dois concursos, publicastes o ensaio sobre: “O Silêncio nos Negócios Jurídicos”, em comemoração ao 50.º aniversário da Revista dos Tribunais, no ano de 1962; a monografia: “As Partes Beneficiárias”, em homenagem à memória de TULLIO ASCARELLI; e anteriormente, o estudo sobre: “Prescrição — Pacto — Encurtamento de seu Prazo — Validade”; o ensaio sobre: “Sociedades por Ações — Conselho Fiscal — Seu Inteiro Descrédito — Substituição das Funções pela Revisão de Contas — Legislação Comparada”, apresentado à III Convenção Nacional de Contabilistas e que foi publicado na Revista dos Tribunais e na Revista Forense; o ensaio sobre: “Vendas com a Cláusula Cif”, transcrito em várias revistas, inclusive na Revista da Faculdade de Direito de Montevideú; o ensaio sobre as “Sociedades Anônimas”, apresentado à VIII Conferência Interamericana de Advogados; o ensaio sobre as “Sociedades Financeiras”; e posteriormente muitos outros trabalhos, resenhas bibliográficas, teses em Congressos, artigos de doutrina e comentários de decisões do Tribunal de Justiça.

É grande e valioso, portanto, o vosso currículo.

Acrescentem-se, ainda, outras inúmeras funções desempenhadas por V. Exa. no campo universitário, como a de Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie; de Reitor da mesma Universidade; de Membro do Conselho Universitário da Universidade de S. Paulo; de Membro da Comissão de Implantação da Pós-Graduação nas Faculdades da USP; e de Membro do Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras.

Exercestes, pois, as funções mais elevadas no magistério universitário, desempenhando-as com altivez e serenidade, nunca se omitindo ou fugindo às lutas árduas e inesperadas, muitas vezes provocadas por situações independentes de vossa escolha.

O trabalho de V. Exa., Prof. Emérito PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA, é notável e será modelo para todos quantos desejarem buscar ciência neste sagrado centro de cultura e brasilidade.

Orgulham-se os alunos do mestre que soube traduzir em linguagem clara, escorreita e erudita todos os segredos do Direito Comercial, campo das ciências jurídicas que se amplia celeremente, com aspectos novos à medida que as atividades sociais em geral e comerciais em particular se transformam rápida e profundamente.

Conseguistes um acervo de conhecimentos com talento e pertinência, distribuindo-os perdulariamente a todos os vossos discípulos.

Por isso a vossa voz jamais permanecerá silenciosa nestas arcadas, mas será fonte permanente a recordar o exemplo e o ensinamento que marcaram a nobreza de vosso caráter e o valor do mestre estimado e por todos admirado.

Se o fruto depende principalmente da qualidade da semente, a árvore que aqui plantastes dará abrigo e o meio necessário para que os egressos desta Faculdade possam lutar nos cenários judiciários, políticos e universitários do país com vantagem e determinação.

Paulista de Piracicaba, a simpática e laboriosa cidade do nosso hinterland, herdastes de vossos antepassados a previsão e a vontade firme de vencer todas as dificuldades, não mais abrindo roteiros e semeando vilas, porém, espargindo cultura e valorizando o homem, inclusive lutando, em 1932, com armas nas mãos em defesa da lei e da liberdade.

Peregrino de longa jornada, atingistes a fase culminante de vossa carreira.

Não posso, entretanto, Professor Emérito PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA, dizer agora a V Exa. sede bem-vindo, porque nesta Casa sempre estivestes e dela nunca saistes, mas posso afirmar-vos que se ufana a Academia do Largo de São Francisco de seu filho ilustre e vos exalta como lídimo representante da plêiade de mestres que a honram e dignificam.

Discurso de Agradecimento do novo Emérito

É uma honra muito grande receber o título significativo de Professor Emérito desta Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Constitui um galardão, em que o beneficiado é quem menos restringe o acerto do ato, porque, sabendo no fundo que não o mereceria, prefere mostrar-se agradecido; e é no reconhecimento que então se revelando de fato penhorado; deixa de criticar a mercê, mas a agradece

No ritual do recebimento do título figura a oportunidade para se dizerem coisas de relevância. Constitui o ato uma prova da mais acentuada intelectualidade. Os personagens devem enunciar mensagens e os pobres dos amigos mal pagos por tanto carinho com as suas presenças tão valiosas — eles dispõem-se a ouvir aquilo que aqui lhes é afirmado a título de questões importantes.

I

Como professor do *presumido* direito comercial procuramos iniciar as gerações acadêmicas no manuseio das regras, que balizam juridicamente as atividades humanas negociais.

Devemos dar algumas explicações preliminares àqueles, que nos honram com as suas atenções, visto como não são todos iniciados nos segredos e nas vielas das ciências jurídicas. Mantemos o mesmo propósito de sempre de explicar antes as coisas e depois prosseguir na exposição do assunto, que desejamos numa primeira parte desta nossa fala enfrentar. Queremos opinar sobre a questão momentosa da *Subjeção da Empresa*.

E, antes que os nossos amigos-leigos se arrepiem, dizemos que lhes explicaremos com a maior simplicidade a colocação do

problema e do mesmo modo manifestaremos as nossas idéias, de tal arte que possam também acompanhar o nosso raciocínio e quiçá ter uma satisfação espiritual íntima.

Quando ingressamos para o professorado desta Casa, oferecemos oficialmente à sua douta Congregação, como demonstração presumida de nossos conhecimentos de direito mercantil, a tese sobre "Autonomia do Direito Comercial" Defendemos a inexistência desse ramo do direito. Os nossos examinadores não gostaram positivamente da conclusão. Não existe absolutamente nenhum desdouro em lhes atribuir, tantos anos depois, um comportamento de seu amor respeitável pela tradição.

Durante os séculos XIII e XIV os então mercadores conseguiram ver aceitos na coletividade os seus costumes de negócios. Eles faziam-se com novidades de institutos jurídicos por eles criados e com procedimentos mais rápidos e mais seguros do que aqueles decorrentes então de um direito romano, dito vulgar; as regras deste, trabalhadas pelo pensamento cristão pouco utilitário, adequavam-se mais a uma economia escravagista, sem uma idéia real, ou moderna, de mercado. Com o desenvolvimento econômico em seguida, os usos dos mercadores revelaram-se mais propícios à dinamização da vida. Acabaram no começo do século XIX por constituírem um Código de Comércio na maioria dos países, ao lado de um Código Civil, feito para as relações privadas não mercantis.

Aconteceu que os novos institutos jurídicos e as formas dos negócios comerciais invadiram paralelamente com o progresso prodigioso do mundo civilizado, toda a gente sem mais distinção entre personagem mercador e personagem não-comerciante. A fim de que todos tenham uma idéia clara do assunto, podemos lembrar que o cheque, que sacamos todos os dias contra os nossos respectivos bancos, já não constitui há muito tempo, um ato comercial privativo de quem fosse ou seja negociante. Desejamos apenas argumentar que um direito civil tradicional aceitou praticamente os institutos e as peculiaridades, que os mercadores de antanho criaram entre si, de tal modo que se pode asseverar cientificamente que já não existe mais razão para se falar academicamente que há um direito comercial distinto de um outro civil.

É por isto que no nosso País não se defende mais a elaboração de um novo Código de Comércio e, ou se tentou criar um Código Civil novo juntamente com um Código de Obriga-

ções único (solução suíça de 1911)¹ ou se tenta criar um novo Código Civil unificado (solução italiana de 1942)².

Do fato de se encaminhar a legislação para a unificação do direito privado pensamos extrair em primeiro lugar e sem maior importância a justificativa da denominação que demos no início destas palavras de presumido ao direito comercial; pensamos depois que essa explicação ajuda a entender a luta existente entre os privatistas, opinando uns pela inexistência de um direito comercial e entendendo outros que subsiste um direito das empresas, não se podendo falar em fusão do direito privado.

A luta baseia-se no fenômeno econômico incontroverso, existente em nossos dias, consistente em que a exploração sistemática de riquezas gera a empresa. É tal a sua força de atração ou a sua força centrípeta, que se revela ser um organismo, em torno do qual se desenrolam atos jurídicos constantes em grande quantidade, de modo a que se acabe por lhe reconhecer um ente, que se destaca da pessoa do seu dono.

Didaticamente é bem melhor darmos um exemplo bem simples, quase ingênuo, desse fenômeno, que todos reconhecem sob o ponto de vista econômico, mas que não conseguiu o reconhecimento, diríamos obstinado, dos juristas.

Uma fábrica de sabão necessita, para ser instalada, de dinheiro ou, como dizemos tecnicamente, de capital. O dinheiro pode provir de um cidadão ou de uma sociedade fundada para a exploração dessa atividade. Com o dinheiro os donos do futuro negócio cuidam de adquirir máquinas e demais utensílios. Promovem a sua instalação adequada. Contratam empregados. Compram as matérias-primas. Fazem enfim funcionar a indústria. Vendem seus produtos. Ou recebem logo o seu dinheiro ou sacam duplicatas para o recebimento posterior do preço. Apoiam-se em banco para depósitos, para cobranças e eventuais outras operações de crédito. Tudo isto passa a se repetir todos os dias pelos anos afora.

O transeunte descuidado, que passa pela frente da fábrica, pode ocasionalmente depositar nela o seu olhar descuidado, mais preocupado talvez com os seus palpites na próxima loteria

1. Projeto de Lei n.º 3.264/65 (versão opinada pela Comissão Caio Mario da Silva Pereira) e retirada mais tarde do Congresso Nacional pelo próprio Governo.

2. Projeto de Lei n.º 634/75 (versão opinada pela Comissão Miguel Reale) e paralisado na Câmara dos Deputados por motivos não muito convincentes.

esportiva. O jurista, que o seja de verdade (e isto restringe bastante o seu número), ele vê a fábrica e pensa que lá dentro, todos os dias, existe uma série grande de negócios: compras de tudo quanto é necessário, pagamentos cada vez maiores de impostos e de salários; vendas em decréscimo constante em época de desajustamento econômico; recebimentos igualmente difíceis e uma quantidade enorme de atos, a fim de que a fábrica, se não for para a frente, que pelo menos se mantenha.

Então o jurista — aquele que seja de verdade — rememora que nessa fábrica existe um núcleo produtor de riquezas. Alguém está quotidianamente fabricando sabão. Em linguagem de direito pode dizer-se que ocorre uma atividade econômica organizada, que serve de certos meios para alcançar os seus objetivos.

Os meios empregados, ou seja, os componentes da fábrica propriamente dita, constituem aquilo que em direito se chama de *estabelecimento*. A atividade, que congrega os fatores da produção, é o que se denomina de *empresa*. Quem sabe possamos afirmar, depois da explicação, que *empresa é a atividade constante na produção de riqueza*.

Somos tentados a pedir aos nossos amigos que meditem um pouco nessa fábrica de sabão, daqui a uns trinta anos, por exemplo. Ela, a despeito da inflação crônica (ou por isto mesmo), ela, apesar das agressões das autoridades públicas, enfim, não obstante os fatores negativos, que se podem imaginar existentes num país muito distante, a fábrica desenvolveu-se e se engrandeceu.

Ninguém mais daqui a trinta anos quer saber quem a criou; os contemporâneos leigos enxergam então apenas a fábrica como uma atividade que sobreviveu às suas aflições; os juristas — os verdadeiros — reconhecem tecnicamente que há uma velha empresa.

Indagamos agora e sem mesmo necessidade de transferirmos os nossos pensamentos para um futuro longínquo, quem compra sabão pensa em adquiri-lo da fábrica ou do dono da fábrica?

Não há dúvida de que com o tempo todos compram da fábrica, mesmo porque, morrendo ou mudando o dono, as compras prosseguem indiferentemente à pessoa que tenha sido o fundador. Isto acontece na maioria das vezes. Aliás, quando entramos numa loja ou num cinema, não o fazemos normal-

mente porque o senhor João ou a Companhia Tal seja a titular do estabelecimento. É deste que o Governo cobra na verdade os tributos, que lhe são devidos.

Pensamos que seja agora possível compenetrarmo-nos do fenômeno econômico empresa. Podemos apreender que vivemos das empresas, porque sejamos seus empregados. Podemos entender que vivemos com as empresas, porque sejamos seus fregueses. Podemos perceber enfim que existem mesmo organismos em que o grande público ignora quem se coloque atrás deles.

Isto tem uma importância enorme para o jurista autêntico. Este é forçado a admitir que, havendo um conjunto de bens ativados na produção de outros ou de serviços úteis (loja de sapatos ou cinema de prestação de serviços de exibição de películas), esse conjunto de bens em produção de riquezas cria em sua volta um centro de relacionamento constante de pessoas e de interesses, em que a atividade calcada em bens é o que mais conta nesse contato permanente digamos de gente.

Chegamos a um ponto em que nos é possível perceber que a pessoa do dono do negócio interessa menos do que a quantidade de bens aplicados na atividade, digamos agora, empresarial.

Foi pois este deslizamento da maior projeção do estabelecimento em si em contato com as outras pessoas que fez surgir a proeminência da empresa sobre quem seja o seu proprietário. E esta sua deposição ou distanciamento fez-se sentir mais pronunciadamente quando se analisa a circunstância de que a empresa é administrada por empregados; a clientela trata com os gerentes e o fenômeno propriedade do estabelecimento fica praticamente escondido. Atua na realidade a empresa pelas pessoas que lhe prestam profissionalmente os seus serviços.

Todos os amigos, que se sacrificam em nos ouvir, compreendem conclusivamente que as grandes sociedades por ações, tendo um número grande de sócios, chamados acionistas, são dirigidas por executivos. Nos Estados Unidos a gente pode expressar que as imensas empresas não são de ninguém, a não ser que se considerem, num seu primeiro contato, os administradores, empregados de fato, e que, repetindo e salientando, são os executivos.

De tudo isto e em linguagem singela se pode extrair um princípio, que hoje tem a mais acentuada importância no ramo das ciências jurídicas, onde o governo não deve intervir, isto é, no direito privado; esse princípio consiste no problema do

reconhecimento da personalidade jurídica à empresa, ou, por palavras técnicas, a subjetivação da empresa.

Quando alguém cria uma fundação, ele destina-lhe bens suficientes e lhe dá uma organização. Todas as pessoas compreendem que a fundação seja um ente capaz de direitos e de assumir obrigações. É um sujeito de direito. Quando muitas pessoas formam uma sociedade por ações, criam também um ente igualmente capaz de direitos e de obrigações; o patrimônio social responde exclusivamente pelos encargos assumidos pela sua diretoria, formada não raro de pessoas que nem são seus acionistas.

Verifica-se então que um conjunto de bens com destinação especial pode exemplificativamente formar um núcleo de atividades com responsabilidades próprias, totalmente separadas das suas pessoas formadoras.

Apesar disto existe generalizadamente uma resistência legislativa ao reconhecimento da personalidade jurídica da empresa. Mantém-se o conservadorismo de que é ente capaz de direitos e obrigações, de que em suma é pessoa com essa capacidade, o ser humano normal ou as associações ou sociedades constituídas segundo a formulação tradicional da lei.

Na hora, em que alguém recebe a láurea docente do mais alto grau, ele tem o dever de opinar sobre algum problema transcendental da sua especialidade. É por isto que, enfrentando a subjetivação da empresa, entendemos que ela tarda no seu batismo em texto de lei.³ Deixamos de ler propositamente os rodapés, que fazem imaginar ilusoriamente que se enfrentou o assunto com alguma erudição. Nem por isto sone-

3. A empresa é essencialmente uma *atividade* (econômica; não é um ser intelectual (pessoa), nem um objeto de direito e nem uma relação jurídica. Não sendo uma das categorias de direito tradicionais, progrediu à sombra da personalidade das pessoas jurídicas, como meio de conseguir um seu destaque patrimonial das pessoas suas sócias. O escopo de lucro não lhe é com efeito essencial (GAETANO PACHELLO, "A evolução do conceito de empresa no dir. italiano", n.º 8, na *Rev. Dir. Mercantil*, n.º 29(1978)53) e sim a "economicidade". E economicidade entende-se como a organização da produção dirigida a um fim; capital e trabalho conjugados no mesmo sentido, elementos que JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ("Formas Jurídicas da empresa pública n.º 5, na *Rev. Forense*, 253 (1976)81) chamou de seu substrato. Finge-se majoritariamente a ostentação da "propriedade" da empresa pela sociedade, que a fundou. "Não se trata de uma heresia generalizada, mas antes de uma hipocrisia destinada a disfarçar as carências do direito" (CLAUDE DE CHAMPAUD "L'entreprise personne de responsabilité limitée", n.º 18 no fim na *Rev. Trimestr. Dir. Commercial*, 1979/595). A subjetivação da empresa adequa o Direito à Economia e às inconveniências do risco, para incentivar de resto os empreendedores... com a limitação da responsabilidade civil de cada um.

gamos a assertiva de que o nosso pensamento se concretiza a respeito no seguinte: *a nossa legislação privada*, conformando-se com a realidade dos fatos, deve admitir que a atividade organizada para a produção de riqueza seja também um *sujeito de direito*.

Na legislação comparada há o precedente da “Anstalt” do pequenino principado do Liechtenstein, situado entre a Suíça e a Alemanha. Ele, na verdade, admitiu a limitação da responsabilidade do empresário individual por questão de conveniência tributária. Procurou erigir-se em paraíso internacional da sonegação de impostos, admitindo que no seu território se instalem sedes de empresas, libertas de recolhimento de tributos e com o acréscimo da limitação da responsabilidade, mesmo quando seja uma pessoa física a sua única interessada. Não podemos outrosim omitir aquilo que se passa em alguns estados dos Estados Unidos; a legislação do Arkansas, Delaware, Illinois, Iowa, Kentucky, Maryland, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, Nebraska, Novo México, Nova Iorque, Oregon, Pennsylvania, Carolina do Sul, Wisconsin e Wyoming prevê a constituição da “one man company”, ou seja, a sociedade de uma pessoa só⁴.

Todos percebem que a possibilidade de se constituir, digamos impropriamente, uma sociedade de uma única pessoa é o mesmo problema de uma pessoa qualquer formar separadamente um negócio; é no fundo uma questão de emprego de palavras diferentes, que aportam, que conduzem à admissibilidade da institucionalização de um negócio, que se mexe, que se agita, que atua enfim por si só *no campo da responsabilidade patrimonial*. Se nós podemos isoladamente constituir uma sociedade de responsabilidade limitada, isto quer dizer afinal que poderemos separar do nosso patrimônio uns tantos bens e aplicá-los num negócio qualquer, vivendo essa atividade separada de nós mesmos. Será um patrimônio separado no seu sentido puro.

Os juristas de tradição romanista hesitam em consagrá-lo e os legisladores não recebem destarte o impulso indispensável para o porem em letra de forma da lei.

A matéria é muito importante. É importante porque na prática se encontra de fato consagrada. Ninguém hoje em dia arrisca irresponsavelmente a sua fortuna particular nos azares

4. “Apud” FELICE SANTONASTASO, “Limitazione della responsabilità e impresa individuale a responsabilità limitata (Riflessioni sull’Anstalt del Liechtenstein)” na *Riv. Dir. Comm.* 1969, 1, nota 65 à pág. 337.

de uma atividade de produção constante ou de bens ou de serviços. Existem aos montes as sociedades fictícias por ações ou ditas de responsabilidade limitada em que o dono respectivo detém 99,999% do capital. ANGELO GRISOLI produziu a sua monografia magnífica *Le Società con un Solo Socio* ⁵.

Se a universidade é forja do progresso científico, até mesmo nas ciências sociais, ela deve fazer sentir-se. Deixamos na solenidade desta noite o registro de que se acabe com a simulação de se admitir a limitação da responsabilidade patrimonial nos negócios, quando tiver apenas a forma de uma sociedade. SYLVIO MARCONDES, na melhor monografia existente entre nós sobre a matéria, mostrou que se pode tomar uma das soluções teóricas seguintes: ou a personalização da empresa individual (solução subjetiva), ou a criação independente do patrimônio de afetação ou separado (solução objetiva) ⁶. SYLVIO MARCONDES insinuou conclusivamente ⁷ que a técnica jurídica dissocie a titularidade substancial de direito da titularidade formal de direito. Em linguagem profana esse colega eminente propugnou por que a empresa detenha os atributos da personalidade, mas que a sua representação, para efeitos processuais, seja dada ao empresário, isto é, o patrimônio, por este separado e criado, tem os benefícios e os ônus dos negócios e esse interessado tem o direito-dever de agir por sua conta.

Este nosso escrito desprezioso encontrava-se já redigido para a sua leitura. Modificamo-lo para introduzir um parêntesis bastante triste e muito desagradável: SYLVIO MUTSO-HITO MARCONDES MACHADO — mestre nesta Casa — deixou de existir há poucos dias, isto a 4 do corrente. Perdemos subitamente o colega maior, ficamos sem o convívio do companheiro da turma longínqua formada em 1929 e sobretudo nos encontramos privados do grande amigo. SYLVIO MARCONDES foi SYLVIO *Mutso-hito* MARCONDES MACHADO. Seu pai, entusiasta da pugnacidade dos japoneses na guerra contra os russos, em 1905, batizou o seu filho então nascido com um segundo cognome, a eternizar o ardor paterno por uma longínqua luta, que projetou definitivamente o Japão no quadro das grandes potências.

Entre nós e ele havia também, embora de somenos, a coincidência de portarmos nomes diferentes, devidos a entusiasmos

5. De que fizemos apreciação na *Rev. Dir. Mercantil*, n.º 7 (1972), págs. 161 e segs.

6. *Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual* n.º 103, pág. 278 e n.º 106, pgs. 283/4, respectivamente.

7. *Obra citada*, n.º 120, pgs. 330 e segs.

paternos. Ele, repetindo, foi Mutsohito, testemunhando o entusiasmo de seu pai pelos japoneses em 1905. Nós, ao nascermos, em cumprimento a promessa paterna de sermos o primogênito varão, tivemos masculinizado o nome da santa, que a folhinha registrava, quando viemos ao mundo.

Espiritualmente, tal como no início da aria da ópera “uma lágrima furtiva nos nossos olhos brotou” Os juristas têm também alma, também choram. Ficam tristes tais como os outros mortais. O nosso parêntesis foi para confessarmos todo o nosso pesar pela perda de SYLVIO MUTSOHITO MARCONDES MACHADO.

II

Mudamos abruptamente a mensagem desambiciosa das nossas palavras. Passamos a cogitar do abandono do ensino superior.

Devemos rememorar que nos últimos quinze anos se deram no nosso País, dois acontecimentos do maior relevo: o movimento revolucionário de 1964 e o nosso desenvolvimento econômico bem acentuado. O primeiro estabeleceu um regime de força sob a bandeira da moralização da vida pública e o segundo criou, entre outras coisas, a explosão da quantidade dos jovens candidatos às universidades.

Somos daqueles que entendem até hoje que a rutura da constitucionalidade autêntica existente em 1964 se consagrou como uma nossa necessidade política. Repetimos, por outras palavras, que a atuação militar de então teve de início o apoio das camadas responsáveis da nossa gente.

Somos daqueles que entendem mais do que nunca, em relação à formação imanente da nossa mocidade intelectual, que o regime, tendo tantos meios excepcionais em suas mãos, enveredou pelo caminho da desqualificação da instrução superior. A ignorância pré-existente agigantou-se. Diríamos, com o devido respeito, que o Ministério da Educação, da Cultura e dos Esportes permanece esportivo ou, se permitirem, continua acéfalo. Ouvimos dizer-se irresponsavelmente que se conseguiu uma fórmula de supressão dos excedentes.

Todos sabem que todos os anos se estabelece no sul do País, uma autêntica maratona dos estudantes de cambulhada, à procura de uma vaga de preferência numa universidade ou pelo menos numa faculdade isolada: As autoridades arranjaram orgulhosamente lugares para todos. Para tanto

elas facilitaram a proliferação de escolas e transformaram os exames vestibulares em simples concurso classificatório; o candidato que alcance a nota 0,1 (um décimo), isto é, que escape da nota 0, é obrigatoriamente admitido na lista geral da classificação de ingresso à faculdade. Aconteceu que a enxurrada de jovens despreparados na verdade penetrou no patamar do ensino superior. Todos sabem também que o ensino secundário não chega a ser inferior, porque é uma vergonha. Não mantemos intuítos demagógicos; o amor pela cátedra acrisolou a objetividade na análise fria das coisas da educação pública. Como examinadores, juntamente com o grande FLAMÍNIO FAVERO — autêntico varão de Plutarco — tivemos na Faculdade de Direito de Universidade particular, onde ensinamos durante muitos anos, tivemos um candidato ao seu ingresso, em que na prova oral, ainda não suprimida, lhe perguntamos, depois de indagações fáceis frustradas, o que significava a primeira palavra do texto em inglês, que era simplesmente a lera “i” em maiúsculo. Ele disse-nos, com o seu melhor ar vitorioso que era o algarismo um em romano!

Essa confusão, para escrever o menos do rapaz audacioso, feita do pronome -eu- com a demonstração de cultura da existência da numeração romana revela o despenhadeiro do chamado ensino secundário. Não se objete que existem sempre jovens hermeticamente ignorantes. Sabemo-lo. Mas a aplicação estatística da medida do despreparo da nossa juventude revela o seu grau muito elevado, para não se escrever assustador.

As autoridades arranjaram orgulhosamente lugares nas escolas superiores para todos. Elas proclamam que desapareceram os estudantes que não os conseguiram. Não se ouvem mais os clamores daqueles que fizeram o seu curso secundário (ou que dizem que o fizeram) e não tiveram possibilidade de prosseguirem.

Esses clamores assemelham-se à grita daqueles que bradam, pensando que o barulho tenha poder taumaturgo de convencimento.

O pior consiste em que as autoridades arranjaram orgulhosa e ineptamente a instituição de um período inicial, nos cursos universitários, de revisão preliminar de certas matérias do ciclo secundário. Reensina-se por exemplo, português, ou trigonometria, conforme a faculdade. A carga horária de qualquer escola manteve-se. Dessa carga horária subtraíram-se horas

aplicadas no reestudo de disciplinas já estudadas teoricamente no curso secundário, onde os novos universitários deveriam ter aprendido o suficiente para compreenderem as explicações posteriores dos mestres já em grau superior. O tempo de estudo universitário propriamente dito diminuiu e passou a ser ministrado filosoficamente ou de fato a gente que se reconheceu despreparada. Entrou-se num regime universitário duplamente prejudicial: oficializou-se a admissão de moços despreparados e se achatou mais o tempo para a transferência a eles dos conhecimentos científicos.

Orgulhamo-nos de pertencermos à Universidade de São Paulo também porque ela vem timbrando em recusar essa forma de achatamento do ensino superior; mas ele mantém soberanamente o País num subdesenvolvimento africano ou sul-asiático. É uma pena e talvez as pessoas de bem compreendam que na hora da outorga de um título de professor emérito o seu beneficiário consigne o seu protesto contra este estado de coisas.

Uma personalidade nas altas esferas da instrução pública telegrafou-nos há meses, pensamos que em virtude de uma publicação livre que fizemos por um jornal daqui; a propósito da divulgação da notícia de nossa vitória completa em pleito, que ajuizamos contra uma pitoresca entidade mantenedora de universidade particular, tecemos muito ligeiramente considerações sobre o prejuízo do País com o adiamento da formação honesta de um escol científico e tecnológico. O ensino superior particular constitui no mais das vezes um comércio ignóbil e o ensino superior oficial representa não raro um asilo para componentes de famílias consideradas importantes; vimos sobretudo isto no norte do País. A personalidade aludida pediu-nos sugestões que pudessem ser aproveitadas.

Ousamos, num clima naturalmente respeitoso, dizer à guisa de resposta que as nossas autoridades devem quanto antes promover: 1 — encerramento das atividades de qualquer escola superior particular ou oficial municipal, que não possua condições honestas de continuação; isto seria apurado não por funcionários do ministério e sim por professores concursados de universidades federais ou estaduais. 2 — imposição às chamadas entidades mantenedoras de escolas ou universidades de fornecimento gratuito de prédios e instalações das unidades por elas sustentadas e sua proibição de intervir no orçamento escolar; os salários dos professores fixam-se pelos padrões da localidade da escola e as taxas serão cobradas na medida do seu pagamento e das despesas contingentes; os melhoramentos

serão introduzidos obrigatoriamente pela entidade mantenedora. 3 — estabelecimento do professorado concursado honestamente por provas e por títulos, como praticado isoladamente pela Universidade de São Paulo. 4 — fixação em qualquer exame da natureza de sua eficiência com um índice mínimo de aproveitamento; quem não o alcançar será, conforme o caso, eliminado ou reprovado. 5 — restabelecimento do caráter eliminatório dos exames de ingresso para os conselhos regionais de profissões superiores; o diploma de conclusão do curso será apenas um documento que permite ao formado prestar o concurso indispensável para o exercício da profissão pretendida. E 6 — Supressão do Conselho Federal da Educação, ou pelo menos, refundi-lo “de fond en comble”, de tal arte que os grupos de pressão e outras estratificações porventura existentes, sejam eliminadas.

Ou nós aprendemos a ser corretos ou quem sabe, parodiando Eça de Queiroz, no frontespício da sua adorável “A Relíquia”, consignemos contristados que continuaremos a ser um montão de lama a rolar pelo espaço com basófia de nação.

III

Mudamos abruptamente de novo a mensagem desambiciosa das nossas palavras. Passamos a cogitar da redemocratização do País, matéria bastante delicada. É delicada, porque os círculos responsáveis preferem tergiversá-la. Resolve-se evitarem aborrecimentos imaginários e imaginados. Desconversa-se quando muito, quando não se prefere elogiar aquilo que aí está e que tão cedo, não pretende mudar-se.

Quem recebe a láurea de professor-emérito da melhor Faculdade de Direito podia abrigar-se no aconchego de tão grande honra e pensar silenciosamente que a outros caberia no campo apolítico pugnar contra o sistema governamental atual do País.

Não nos enganemos acerca da nossa realidade. Todo o regime de força alimenta e faz prosperar a desonestidade administrativa. Todo o regime de força vive auto-elogiando-se, destacando os perigos, que afirma afastar.

Não mantemos obviamente qualquer prevenção contra quem quer que seja; o convívio durante tantos anos com os livros argamassou ou edificou a convicção de que somente a liberdade de discussão permite a aceitação de regras de comportamento coletivo ou que permite identificar o fana-

tismo desequilibrado. As primeiras conseguem o milagre do carisma da aceitação e o segundo nos arma vitoriosamente no afastamento das suas idéias.

Desejamos ser explícitos, porque as pessoas bem postas na vida, por temor por exemplo hipotético ao comunismo, só enxergam nos excessos policiais, também a título de exemplo hipotético, a manutenção de uma ordem estável e a derrota dos mal-intencionados. Quem está bem economicamente é conservador por egoísmo e fantasia indistintamente subversões nos protestos daqueles com bons ou com maus desígnios. Reconhecemos por tolerância científica e por amizade que a parcela das pessoas contrárias às reclamações não constituem a maioria. E afirmemos sobretudo que uma liberdade de discussão carrega felizmente consigo o bem da satisfação do anseio de ninguém ser amarrado, enjaulado pelos outros homens.

Dissemos e desejamos repetir: num clima civilizante o desenvolvimento geral opera-se efetivamente pela tolerância das discussões e então, por convicção, em hora de tertúlia intelectual de tão grata significação, não podemos omitir uma alusão à prestidigitação, para não aludirmos à escamoteação, do estado político atual. Nesta Casa, com "c" maiúsculo, aprendemos e ensinamos o Direito. Empregando linguagem profana, dizemos que aqui se ensina aos cidadãos serem corretos por bem e, se não o forem, serem punidos pela desobediência. A coletividade, o povo, todos nós enfim, podemos e devemos entender que o rodízio imposto de certos cidadãos (até mesmo dentre eles de corretos e patriotas) na direção geral das coisas públicas não é democracia. Convenhamos com CHURCHILL que ela é uma das piores coisas que o homem inventou, mas que até agora ele não conseguiu criar coisa melhor. Convenhamos que num regime, em que a direção central refaz sempre a seu jeito as regras de escolha dos depositários do poder público, não existe a democracia. Democracia é forma de governo, em que o povo escolhe diretamente os seus dirigentes, sem subterfúgios ou casuísmos.

Democracia para quê? perguntam os comprometidos, indagam os enriquecidos e averigam os fracos.

Respondemos: a democracia é necessária para que os desregramentos nas coisas públicas não proliferem e permaneçam impunes; é para que, por hipótese, a construção de uma estrada de ferro do aço, que assim se chame, não consuma as montanhas de cruzeiros alcançados por empréstimos externos, para a sua efetivação e novos cruzeiros aos milhões lhe sejam

aplicados e nem se saiba quantos mais estariam faltando. Respondemos: a democracia é necessária para que não continue o aumento dos impostos para serem pagos somente pelas zonas mais desenvolvidas do País e o produto da arrecadação beneficiar apenas os círculos dirigentes das zonas menos desenvolvidas. Respondemos: a democracia é necessária para que os cidadãos mais equilibrados da coletividade não mantenham a aversão pelas coisas públicas. Respondemos: a democracia é necessária para que os jovens não tenham que se submeter ao opróbrio das forcas caudinas, bajulando poderosos postigos, para se dedicarem às coisas governamentais. Reconheçamos que para a implantação da nunca assaz aplaudida Usina de Itaipu, reconheçamos que para a extração tão auspiciosa do ferro da Serra dos Carajás, reconheçamos que para a exploração ótima do alumínio do Tucuruí, reconheçamos enfim que para isso e para o mais de bom que exista a competência e o proveito por aqueles que provenham de um regime de coisas claras seriam bem maiores. É a fatalidade da superioridade do jogo livre de interesses sobre os resultados das coisas realizadas em clima de círculos fechados.

Perdoem-nos os que nos ouvem em razão dessa incursão ao setor político. A Faculdade de Direito goza de renome, porque também alguns dos seus filhos sentem que, neste ambiente respeitável dos reposteiros de veludo carmin, o clima do trato das coisas é de desempenho. Ninguém se arma de uma lança e investe contra moinhos de vento, mas alguém deve dizer as coisas pela versão que as tem consagrado através dos séculos.

IV

Mudamos abruptamente por fim a mensagem despretenhiosa das nossas palavras. Falamos como jurista, opinando pela subjetivação da empresa, ou seja, entendemos que tarda a consagração de um núcleo de atividades econômicas ter a qualidade de um ente independente, capaz de direitos e de obrigações. Falamos como professor, entendendo que o ensino superior demanda urgentemente o estabelecimento da sua autenticação. Falamos, como político, julgando que o País necessita de retornar logo a uma democracia sem adjetivos. Desejamos encerrar as nossas palavras, cuidando, já como cidadão, de combatermos os extremismos.

Os comunistas, ou melhor os fascistas vermelhos, reivindicam intensamente liberdades democráticas. Fazem-se sentir nas redações de jornais como adversários do estado atual político

das coisas. Pixam os muros claros das residências com expressões duvidosas de uma licenciosidade incerta.

Do mesmo modo como a perpetuação de um grupo no poder governamental necessita de ser combatida, também a minoria insignificante dos adeptos, que se dizem do marxismo, precisam de ser enfrentados. Há — parece — um certo temor das pessoas se dizerem antifascistas. Somos daqueles que entendem que é indispensável proclamar todos os dias que os males de um fascismo verde ou rubro se medem pela perspectiva da instalação de um regime de opressão integral. Uma camarilha assenhora-se do poder pela força; disfarçam o seu exercício em nome dos trabalhadores escravizados e todos são deles meros cativos, simples servos.

Não devemos esquecer que os extremistas só conseguem comunicar-se com os indiferentes quando e onde o regime político, que apregoam, não se instalou. Preferem ficar fora deles. Não se mudam para os países onde o extremismo se instalou. São periquitos a fazerem barulho. É justo que chalreiem ou pipiem, mas devem saber que os seus gritos servem apenas de aviso para o seu distanciamento.

Na hora em que recebemos o título de professor emérito da melhor e mais renomada Faculdade de Direito do País, entendemos que os longos anos de estudos, convivendo com a mocidade acadêmica, nos impunham que assumíssemos posições, sem temor aos desagradados. Numa escola de ciências jurídicas não se pode tolerar a implantação de regime de força. Os comunistas não costumam ser cidadãos produtivos. Pensam que conseguirão ser chefes dos grupos dirigentes. Alimentam via de regra essa ambição, desbaratando talento, que bem se aplicaria numa implantação de democracia, caracterizada pela formação popular dos corpos governamentais. Os comunistas devem convencer-se de que a democracia não é meio de destruição da Família e da Pátria.

V

Chegamos ao termo das nossas considerações. O formalismo desta solenidade impôs-nos a conveniência do trato de assuntos intelectuais. Fizemo-lo canhestramente. Procuramos agora desculparmo-nos. No conto de ANATOLE FRANCE, “Le Jongleur de Notre Dâme”, o prestidigitador que, outrora nas feiras da Idade Média, escamoteava e se contorcia nas suas exibições circenses, foi visto certo dia de cambalhotas em frente à ima-

gem de Nossa Senhora, na cela do convento a que se recolhera; respondeu aos companheiros religiosos que era o modo pela qual sabia cultivar a sua santa. Temos-nos já valido desta comparação em vezes diferentes. Agora surgiu outra e solene. Para agradecermos a honraria só sabíamos contorcionar com considerações do nosso galho.

Há duas alegrias enormes que não podemos ocultar. Uma é o significado da saudação proferida pelo professor JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR. É o caro Costinha para os íntimos. A beleza e a representatividade das homenagens valem por aqueles que saúdam. O nosso querido mestre de medicina legal soube na sua vida trilhar somente a linha reta. Diz-se em geometria que é a distância mais curta entre dois pontos. Na vida humana é o percurso mais longo e difícil de se trilhar. Costinha, excetuados os defeitos dos exageros do seu coração absorvente, chega ao termo do seu professorado com a cerviz indobrada, olhos cintilantes para a frente, com a consciência plena do dever cumprido. É uma honra tê-lo como colega, é uma recompensa tê-lo como amigo e é uma felicidade imensa ter sido por ele saudado. Depositamos aos seus pés o ramalhete das flores eternas do nosso agradecimento cordial. Aos caros colegas da douta Congregação deixamos também a consagração do nosso mais intenso reconhecimento; a nossa obra maior já iniciada, ventilando as sociedades anônimas e que esperamos alcance vários volumes, surgiu dedicada “à minha indômita Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo” Pensamos constituir o melhor testemunho do nosso afeto por esta “velha sempre nova Academia”

Há que falar da segunda alegria, que jamais ocultaríamos. Pedimos aos que nos ouvem com tanta resignação que nos compreendam. Repetimos que os juristas têm também alma. É o sentimento íntimo das coisas. Tendo alma, temos um pouco de compreensão. Tendo compreensão, temos um pouco de reconhecimento.

Então nós perguntamos a nós mesmos: se esta solenidade tem tão alta significação, a quem devemos nos dirigir para encontrar como causa remota a sua maior colaboradora?

Fomos boêmios e não devemos levantar o véu da austeridade que necessita envolver um professor desta Casa. Chegamos a pertencer, apesar de arrimo jovem de família, às metralhadoras pesadas do Batalhão 14 de Julho no Movimento Constitucionalista de 1932, tendo recebido batismo de fogo. Mas a nossa vida endireitou mesmo quando Yolanda atravessou o

nosso caminho. Com os nossos quatro filhos homens, as nossas noras e com os nossos netos, ela dirige o lar com o seu sorriso e com o seu carinho. Só existe um meio de prosseguir: é submeter-se ao império delicioso do seu incomensurável bem-querer.

Os juristas têm também alma. Numa demonstração de fraqueza diríamos aos caros amigos que o incômodo que lhes causamos se filia à dedicação da minha esposa, porque ela tem artes que me trouxeram a esta solenidade.

A todos empenho a segurança do meu reconhecimento profundo.

Nova Titular de Direito Processual Penal nas Arcadas: Ada Pellegrini Grinover

Tendo conquistado com brilhantismo a titularidade da Cadeira de Direito Processual Penal, em concurso realizado em setembro de 1980, foi recebida solenemente pela Congregação a Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER.

No dia 5 de novembro de 1980, às 8,30 horas, no Salão Nobre, estando reunida a Congregação, a nova Titular foi introduzida no Doutoral pelo Professor Emérito JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, seu antecessor, e pelos Professores SILVIO RODRIGUES e JOSÉ AFONSO DA SILVA.

Saudou a Professora ADA o Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que traçou a biografia da nova Titular, decantando suas qualidades: sua profunda inteligência, seus esforços, tenacidade e criatividade, que culminaram com a conquista do mais alto galardão do magistério superior, tudo por seus próprios méritos.

Num comovente discurso, a Professora ADA agradeceu a homenagem e reafirmou seus propósitos de lutar sempre e mais, pela glória da Academia, como fez até agora, e pelo brilho da Ciência Processual Penal, e o fez consciente da imperiosa necessidade da formação de uma nova escola de processualistas, formada com as grandes figuras de nosso Direito Processual Penal, para edificá-lo à altura das conquistas do Processo Civil.

A Segunda Titular das Arcadas

A Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER nasceu na Itália, de uma família de eminentes magistrados. Seu pai, Domenico Pellegrini Giampietro, intelectual e jurista, lecionava Direito Constitucional italiano e comparado, além de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da Universidade de Nápoles, e regia Direito Público Comparado na Faculdade de Ciências Políticas da Universidade de Roma.

Com a situação política italiana do pós-guerra, a família emigrou, em 1951, para o Brasil, e foi nessa data que a Doutora ADA chegou à nossa terra.

Ela veio, já com a sólida base cultural adquirida na Europa, terminar o curso clássico no Colégio Dante Alighieri.

Em 1953 prestou vestibular para a Faculdade de Direito, onde classificou-se em 3.º lugar. Foi um dos melhores alunos de sua turma, obtendo, em 1956, o prêmio Basileu Garcia, como melhor estudante de Direito Penal.

Formada em 1957, a nova Titular desenvolveu intensa atividade profissional. Sendo nomeada Procuradora do Estado,

foi assessora jurídica do vice-Governador do Estado, e chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria de Justiça.

A Doutora ADA fez o curso de especialização em Direito Processual Civil em 1966, obtendo média 10, e em 1970 recebeu o grau de Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, também com a nota máxima, apresentando a tese: *Ação Declaratória Incidental*.

Em 1969 assumiu a função de professora assistente de Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Em nossa Faculdade iniciou sua carreira de docente em 1971, colaborando nos cursos de Direito Constitucional e Processo, como Professora Assistente Doutora.

Em 1973, em brilhante concurso, alcançou a Livre Docência, com o trabalho: *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação e sua Relevância no Processo Civil*. Nesse mesmo ano, em concurso no âmbito do Departamento de Direito do Estado, conquistou o título de Professor Adjunto, e no Departamento de Direito Processual repetiu o feito, sempre com a nota máxima.

Nos cursos de graduação, a Professora ADA lecionou, pois, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal e, no Pós-Graduação, Liberdades Públicas.

Ao lado de todas essas atividades docentes e profissionais, a Doutora ADA escreveu uma série de livros e artigos, fornecendo uma importante contribuição à Ciência Processual.

Bibliografia.

1. Ação Declaratória Incidental.
2. As Garantias Constitucionais do Direito de Ação
3. Direito Processual Civil.
4. Teoria Geral do Processo (em colaboração com os Professores ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CUNHA e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO.
5. Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil.
6. O Processo em sua Unidade.
7. As Condições de Ação Penal.
8. Eficácia e Autoridade da Sentença Penal.
9. Liberdades Públicas (em colaboração com os Professores MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO e ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ.
10. Liberdades Públicas e Processo Penal.
11. Interceptações Telefônicas.

A Posse

No dia 5 de novembro de 1980, reuniu-se a Congregação dos Professores, no Salão Nobre da Faculdade de Direito, para



recepcionar a nova Professora Titular de Direito Processual Penal, Doutora ADA PELLEGRINI GRINOVER.

Estavam presentes à cerimônia a Diretora em exercício, Doutora NAIR LEMOS GONÇALVES, a primeira Titular da Academia; a Secretária, Doutora DRINADIR COELHO, grandes figuras da sociedade jurídica nacional, alunos, amigos e familiares da nova Titular.

O Professor Emérito JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, juntamente com os professores SILVIO RODRIGUES e JOSÉ AFONSO DA SILVA, introduziram a nova Titular no Doutoral.

O Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO fez uma bela saudação, abordando os fatos principais da brilhante carreira docente da Professora ADA, exaltando suas qualidades pessoais e culturais, sua preclara inteligência, grande tenacidade e espírito de luta.

Refere-se à profícua produção de importantes obras no campo do Direito Processual, dizendo "soubestes, timbro em sublinhar, nessas obras, combinar uma pesquisa original com as lições dos grandes mestres. Aproveitastes não só os estágios e pesquisas que fizestes no Instituto de Direito Público da Universidade de Pádua e no Instituto de Direito Processual Penal da Universidade de Pavia, junto a mestres como ALDO ATTARDI e MARIO PISANI, como soubestes apreender como poucos as lições fundamentais de eméritos processualistas como LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, ALFREDO BUZAID, CELSO NEVES e vosso antecessor CANUTO MENDES DE ALMEIDA"

No discurso de agradecimento a Nova Titular explica o que significa para ela a conquista do mais alto grau na carreira universitária: "Ser professor titular desta Casa significa a inserção concreta nessa Douta Congregação, ou seja a participação integral e definitiva, pelo cargo mais elevado da carreira, em uma instituição secular, que tem entre os seus valores fundantes os melhores valores da própria sociedade: o humanismo, o vigor e a coragem das idéias, a luta pelo direito, pela justiça e pela liberdade"

Afirmou ainda que o importante agora é o que dela se espera em atitudes e gestos, em palavras futuras, em comportamento e conduta, e reafirmou seus propósitos de lutar cada vez mais, como sempre fez até a presente data, pela glória da Academia e pelo brilho da Ciência Processual Penal, consciente da necessidade de seu desenvolvimento, com a formação de uma nova escola paulista de processualistas, para edificar o Processo Penal à altura das conquistas do Processo Civil.

Saudação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Mais uma vez, na continuidade de suas tradições, reúne-se a Congregação da Faculdade de Direito para receber um novo Professor Titular. Esta é a vossa vez, Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER, vez que conquistastes com esforço, mérito indisputável e, por que não dizê-lo, lágrimas de sacrifício.

Solene é a cerimônia. Mantém-se, com todo o formalismo, o ritual. Presentes no doutoral os professores, becas negras, cinturas vermelhas. À sua frente, o Diretor, hoje como que simbolicamente a ilustre Diretora em exercício, *primus inter pares* a reger, segura, os atos prescritos. Em face, ocupando o salão nobre, uma brilhante sociedade de juristas e amigos. E, um pouco por toda a parte, os estudantes do Largo de São Francisco, atentos, ágeis, entre emocionados e irônicos diante de tamanha pompa.

Tanta solenidade causa sempre espécie. Numa época em que o informalismo foi erigido em regra, a muitos choca a permanência de tal estilo. Pior, numa época em que o desalinho passa senão por elegância pelo menos por sinal de intelectualidade, o atavio parece ranço.

Entretanto, o caráter solene desta cerimônia tem sua razão de ser. Reflete uma tradição que há de ser preservada. Sublinha o fato de que a posse na Congregação do Largo de São Francisco significa mais, e bem mais, do que o acesso a um cargo público. Não é apenas galgar o mais alto nível funcional na Universidade brasileira, é pertencer a uma instituição que tem história.

Vão além de cento e cinquenta os anos de existência da Academia. Isto não seria muito para os padrões europeus, habituados a instituições multisseculares. É um longo tempo no Brasil onde tudo é novo, recente. Já bastaria isto para assinalar a especificidade desta Casa, em face de outras escolas que a cercam. Mas não é o mero decurso do tempo que fala. Eloquência maior tem a obra da Faculdade.

Duas são as faces desta. Uma é estritamente jurídica. Resulta da produção dos jurisconsultos que nela ensinaram e estudaram, dos homens do Direito que nela aprenderam a cultivar a ciência das leis e a cultuar a filosofia da Justiça.

A outra, é cívica. Reflete o amor e o devotamento à Pátria que as próprias paredes das Arcadas incutem em mestres e discípulos. Nisto, quiçá, de novo pareça desatualizada a Faculdade. No tempo dos *jeans* e das camisetas, somente nesta velha

Casa ousaria alguém ainda falar de Pátria. Os modernizados reservam o seu entusiasmo para outros conceitos, que dividem e antagonizam. Preferem classe a pátria, proletariado a povo.

Repita-se, recorde-se, porém, a lição de RUI: “A Pátria não é ninguém: são todos; e cada qual tem no seio dela o mesmo direito à idéia, à palavra, à associação. A Pátria não é um sistema, nem uma seita, nem um monopólio, nem uma forma de governo: é o céu, o solo, o povo, a tradição, a consciência, o lar, o berço dos filhos e o túmulo dos antepassados, a comunhão da lei, da língua e da liberdade. Os que a servem, são os que não invejam, os que não infamam, os que não conspiram, os que não sublevam, os que não desalentam, os que não emudecem, os que não se acobardam, mas resistem, mas ensinam, mas esforçam, mas pacificam, mas discutem, mas praticam a justiça, a admiração, o entusiasmo”

Esta é a verdadeira tradição política da Faculdade do Largo de São Francisco. Não o facciosismo partidário, não a paixão irresponsável, não o fanatismo irracional, não o apelo à liberdade na desordem nem o anelo da ordem sob a escravidão. Mas o civismo e o patriotismo, sempre e em cada momento.

Foi isto que aprendemos, Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER, já em 1953 quando viemos a cursar as lições desta Faculdade. Vinha eu de perto, paulista que sou, não há quatrocentos anos que me falta o brasão aristocrático, mas há noventa que a tanto data a imigração de meus avós. Chegáveis de longe, deixando a bela e nobre terra de vossos ancestrais.

Muitas penas, muitos sacrifícios, muitas provações vos custaram esta emigração. Nascida que fostes na Itália, de uma família de magistrados eminentes, nada vos anunciava, nada vos propunha o abandono da terra natal. Ao contrário, tudo vos prenunciava um futuro tranqüilo, a que vossa rara inteligência saberia dar fulgor.

A guerra, contudo, toldou esse horizonte. A guerra? Ou melhor dizendo, o patriotismo de vosso pai. DOMENICO PELLEGRINI GIAMPIETRO era daqueles para os quais da Pátria nada se pede e a ela tudo se dá. Lutara pela Itália na primeira Guerra Mundial, com denodo e valor, sendo por isso três vezes condecorado e duas vezes promovido por merecimento. Intelectual e jurista de escol, ensinara Direito Constitucional italiano e comparado, bem como Teoria Geral do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de Nápoles, regera Direito Público Comparado na Faculdade de Ciências Políticas da Universidade

de Roma, publicara inúmeras obras. Podia ter-se encolhido num canto abrigado enquanto se desencadeava a tormenta que foi a segunda Guerra Mundial. Não era esse o seu feitio, porém: movido pelo sentido do dever cívico, aceitou em 1943 o Ministério da Fazenda, quando a Itália passava por grave crise. Nesse instante histórico, o poder já aparecia despido de atrativos, era o trabalho ingrato com a promessa, certa e inexorável, da incompreensão futura.

E esta incompreensão, tão fácil de prever, ocorreu com o fim da guerra. A paixão dos adversários, mormente dos que, após o triunfo, precisavam redimir-se das omissões e acomodações em que tinham até então vivido, contra ele se voltou. Corajosamente compareceu então, de modo espontâneo, perante os acusadores. Foi processado e condenado pelo crime político de colaboração. Entretanto, apreciando recurso, em outubro de 1946, a Corte Suprema anulou a sentença, reconhecendo que toda a sua obra como Ministro “foi no sentido de obstacular o programa alemão”, que encarava a Itália como país conquistado e seu patrimônio como presa bélica, a fim de preservar, na medida do possível, as reservas financeiras e os recursos econômicos italianos.

Os reflexos dessa situação, todavia, o impeliram a vir para a América. Primeiro para o Brasil, em 1949, e aqui fundou o Banco do Trabalho Italo-Brasileiro. Depois, para o Uruguai, onde veio a falecer. Em 1951, pôde chamar para junto de si a família. Com ela viestes, cara Professora.

Permiti-me que retrace para o auditório a vossa biografia.

Já possuíeis, então, a base cultural que, na Europa, os estudos secundários sabem infundir. Aqui viestes a cursar o Colégio Dante Alighieri. Neste, cumpristes o currículo das 2.^{as} e 3.^{as} séries do Clássico, sempre recompensada nos vossos esforços com o primeiro lugar e bolsa de estudos. Em 1953, prestastes vestibular para esta Faculdade, tendo alcançado o terceiro lugar. Destacando-vos, durante todo o curso jurídico, mostrastes ser um dos melhores alunos da turma, alcançando em 1956 o prêmio “Basileu Garcia” como melhor estudante de Direito Penal. Igualmente revelastes, desde cedo, forte inclinação para os estudos processuais, motivada e orientada, sem dúvida, pelo insigne Prof. LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL que era, como é, para todos os seus discípulos o exemplo de juriconsulto e de mestre culto e devotado. Deste exemplo, sublinhe-se num parêntese, veio certamente a vocação para o ensino, tão difundida entre seus alunos, como hoje prova o doutoral.

Formada em 1957, cara Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER, passastes a desenvolver uma intensa atividade profissional. Isto, porém, não vos impediu de, casando, assumir os encargos do lar bem como o de cuidar e educar um filho, atualmente estudante de engenharia.

De fato, passastes a advogar com brilho e tenacidade como ainda o fazeis, agora como procuradora do Estado. E, já investida nesta qualidade, fostes assessora jurídica do vice-governador do Estado e chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria da Justiça, dentre outros postos de relevo.

O êxito na advocacia, contudo, não vos sufocou o pendor para estudos aprofundados. Obtivestes a especialização em Direito Processual Civil, com média dez, em 1966, alcançastes o grau de Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, em 1970, com a tese *Ação Declaratória Incidental*, que vos valeu outra média dez, sempre nesta Faculdade.

Um pouco antes já havíeis iniciado a carreira didática. Com efeito, em 1969, assumistes as funções de assistente da disciplina Direito Constitucional, na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Começáveis a mostrar a inclinação típica de vosso talento que já vos marcou o lugar e a originalidade no seio da eminente Escola Paulista de processualistas. A preocupação de embasar as lições e as tecnicidades do Processo Civil e Penal no leito profundo do Direito Constitucional.

E foi colaborando com os cursos de Direito Constitucional e de Processo que iniciastes em 1971 a vossa carreira nesta casa, como Professora Assistente Doutora. Conquistastes desde logo o respeito dos colegas, a admiração dos alunos, o talento demonstrado no ensino e na pesquisa. Em 1973, em brilhante concurso, alcançastes a livre-docência, com o trabalho *As garantias constitucionais do Direito de Ação e sua relevância no processo civil*. Em agosto de 1976, em concurso no âmbito do Departamento de Direito do Estado, chegastes a Professora Adjunta, com mais uma média dez. Em dezembro do mesmo ano, repetistes a façanha, agora no Departamento de Direito Processual, sempre com a média máxima.

Embora profundamente dedicada ao ensino, dando aulas de Processo Civil, Processo Penal e ministrando no Pós Graduação a disciplina *Liberdades Públicas*, encontrastes tempo para produzir vários livros e incontáveis artigos. Assim, publicastes, entre outros, os livros *Direito Processual Civil*, *Teoria Geral do Processo* (este em colaboração com os Professores ANTÔNIO

CARLOS DE ARAÚJO CINTRA e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO), *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil, O processo em sua unidade, Eficácia e Autoridade da sentença penal e Liberdades Públicas* (este com a minha participação e a da Professora Assistente ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ).

Soubestes, timbro em sublinhar, nessas obras combinar uma pesquisa original com as lições dos grandes mestres. Aproveitastes não só os estágios e pesquisas que fizestes no Instituto de Direito Público da Universidade de Pádua e no Instituto de Direito Processual Penal da Universidade de Pavia, junto a mestres como ALDO ATTARDI e MARIO PISANI, como soubestes apreender como poucos as lições fundamentais de eméritos processualistas como LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, ALFREDO BUZARD, CELSO NEVES e vosso antecessor CANUTO MENDES DE ALMEIDA.

Éreis, por isso, candidata lógica a ocupar a vaga que iria deixar, por força da aposentadoria compulsória, o nosso querido professor, mestre JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA. Quem conhecia o vosso talento e não ignorava a extensão de vossos conhecimentos, tinha a convicção tranqüila de que venceríeis o concurso. O livro que escrevestes para a disputa, *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*, confirmava essa impressão.

Esta mesma convicção, Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER, dominou os que se vos antepunham. É triste contingência, decorrente da imperfeição humana, que o mérito atraia hostilidade. O sentimento recôndito de inferioridade provoca insopitáveis manifestações de inveja e mesquinha, incontáveis tramas destinadas a destruir a obra alheia. Lamentavelmente isto ocorreu e mesmo nesta Casa. Não é o momento de recordar os amargos momentos que vivestes. E vencestes.

Sim, e vencestes. E que vitória a vossa. Obtivestes da Banca o primeiro lugar, por unanimidade, no concurso, o que corroborou a douta Congregação. Lograstes ver sepultadas as acusações iníquas contra vós formuladas, por uma comissão examinadora que tinha a integrá-la mestres como, não citando os da Casa, o Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE do Supremo Tribunal Federal, e o digno Prof. ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS.

Vossa vitória foi completa porque demonstrou aos desesperançados que o mérito pode prevalecer contra as manobras e as intrigas. E essa vitória teria sido impossível se não fósseis dotada de um caráter inquebrantável, de uma tenacidade ímpar,

de uma coragem fora do comum. Esperavam, quem sabe, os vossos detratores que a campanha movida vos abalasse a força, vos toldasse a mente. Frágil como sois fisicamente, e feminina, supunham que desistiríeis do pleito, ou que vos pertubásseis a ponto de não resistir à cerrada interrogação da Banca ou de não poder, na aula, demonstrar a profundidade do saber e a clareza de pensamento. Nada disto ocorreu. Quem assistiu às provas, guarda a inolvidável lembrança de vosso domínio sobre a matéria e de vosso domínio sobre vós mesma.

Consagradora, pois, realmente foi a vitória. Consagração de uma carreira brilhante, consagração de uma lídima superioridade, consagração do mérito.

Com esta vitória, chegais, Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER, ao nível mais alto da carreira no magistério superior. Integrais, doravante, e plenamente, a Congregação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Vindes reforçá-la no exato instante em que ela perde, atingido pela cega lei da aposentadoria compulsória, um de seus mais eminentes mestres, o Prof. MIGUEL REALE. Fostes, como fui eu, aluna desse grande jurista e filósofo. Avaliais, portanto, o que significará, para essa Faculdade e para a Universidade de São Paulo, que ele, com descortino e segurança, regeu por duas vezes, essa falta.

E vindes reforçá-la num momento grave. Grave para a vida nacional. Grave para a vida universitária. Grave para a Faculdade de Direito.

Atravessando um período de transição política, sofre o Brasil o embate apaixonado dos partidanismos. Uma nuvem ideológica a muitos cega, ocultando a contemplação do supremo interesse da Pátria. Tudo é feito em nome da democracia, nada parece dever ser negado à democracia. Mas a invocação dos princípios sagrados de liberdade e de igualdade não basta para dar mérito àquilo que não tem intrinsecamente.

Não é com fanatismos, que se constrói uma democracia. Invoque-se a lição de MONTESQUIEU, para o qual a democracia não se implanta apenas com as instituições políticas. Reclama uma base social a ser criada pela educação e seu princípio, a virtude cívica. E virtude cívica quer dizer, o devotamento ao bem comum, que importa no respeito ao próximo e no senso do compromisso.

E não sobrevive a democracia se, uma vez implantada, promove a injustiça. Se a igualdade degenera em nivelamento, a liberdade em licença. “O excesso de liberdade”, disse PLATÃO,

“conduz ao excesso de servidão” O caminho para a escravização totalitária, forma moderna e qualificada de tirania, passa pela anarquia.

A paixão política desvairada perturba a Universidade e agora contamina a Faculdade. Não faltam os que atacam estudantes contra professores, os que buscam tumultuar a vida da Universidade e da Faculdade movidos por desígnios, bem aparentes embora raramente confessados.

Onde deveria prevalecer o exame objetivo dos fatos, a análise fria dos argumentos, acaba por vencer a vociferação dos chavões, dos *slogans*. Ao trabalho e ao estudo se substituem as reuniões, assembléias, congressos em que só se ouvem as palavras de ordem e mais deslavadas formulações ideológicas. Em nome do estudo “crítico”, cada vez menos se exerce o raciocínio crítico, cada vez menos se estuda. É como se o conhecimento fosse inútil e bastasse a democracia, ou a revolução

Denuncia-se a falência das universidades. Nelas, nada se aprende, afirma-se. Mas pouco se aprende porque a paixão ideológica interrompe a toda hora o funcionamento das escolas, condena como alienado o aluno que estuda, denuncia e procura calar o professor que não adere ao “sentido da história” entrevisto pelos fanatizados. As reputações se fazem ou desfazem com o simplório julgamento: “É de direita” “É de esquerda” Como se isto significasse realmente alguma coisa de definido, exceto um posicionamento espacial. Se isto suprisse ou desculpassse a ignorância, se isto desse capacidade ou conhecimento, se isto fosse substituto adequado para a preocupação com a verdade, supremo valor do trabalho científico, portanto universitário.

Ora, a decadência do ensino acarreta a deterioração da profissão liberal, mesmo que outras causas não contribuíssem, como contribuem, para tanto. É isto que não vêem certos líderes de classe, empenhados apenas e tão somente em ações e manifestações políticas.

Ponham-se de parte, porém, as preocupações que amargam. A ocasião é de regozijo.

Tenho mandato imperativo da douta Congregação para dar-vos Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER as boas vindas. Os docentes da Academia se rejubilam por ver-vos alcançar, pelo mérito e pela tenacidade, o cargo de Professor Titular. E ao mesmo tempo confessam que muito esperam de vossa contribuição, para o ensino e o destino da Faculdade.

Exprimo também, agora sem designação expressa, em nome da turma de 1957 da Faculdade, à qual ambos pertencemos, o aplauso e as congratulações de todos os que foram vossos contemporâneos. Em todos os corações, vibra pela amiga que, vinda de tão longe, os conquistou, uma profunda estima e, por que não dizê-lo, um carinho profundo e puro.

Ouso aproveitar a ocasião para acrescentar a manifestação formal do meu contentamento. Há muito aprendi, cara Professora, a estimar-vos e à medida que melhor vos conheço, mais vos estimo. E isto que digo em nome pessoal certamente é subscrito pelos incontáveis amigos que aqui partilham da comemoração de vosso êxito.

Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER, esta é a mais alta investidura universitária mas não é um ponto final. Por isso exprimo o que vosso destino determina: Sempre mais alto, cada vez mais alto!

A Nova Titular Agradece

Descerram-se mais uma vez as portas deste salão nobre e um novo professor titular ultrapassa os seus umbrais. Solememente, perante a Congregação reunida neste recinto nobre e vetusto, sob as vistas severas de Dom Pedro Segundo, o novo professor é recebido no seio dessa augusta assembléia.

Eis o sentido da cerimônia que nos reúne.

Mas, que se espera do novo titular? Talvez a manifestação do que lhe vai na alma — o orgulho, o respeito, a reverência, o júbilo, a gratidão, as mil emoções que o agitam? Talvez uma profissão de fé, uma promessa, um juramento? Ou a confirmação, talvez, de que a conquista foi merecida, não devendo esvaír-se as esperanças nele depositadas?

Tudo isso eu me perguntei, debruçada sobre minh'alma, buscando no mais profundo âmago de mim mesma a resposta a essa indagação: que se espera de mim?

Mas o importante, senhores, não é o que se espera de mim agora, neste exato momento em que a emoção embarga a minha voz e os sentidos ofuscados obscurecem a mente. O que importa é o que se espera de mim em atitudes e gestos, em palavras futuras, em comportamento e conduta.

Para tanto, é preciso saber, antes de mais nada, que representa a conquista do cargo de Professor Titular.

Ser professor titular desta casa significa a inserção concreta nessa Douta Congregação, ou seja a participação integral e definitiva, pelo cargo mais elevado da carreira, em uma instituição secular. Instituição que é uma realidade jurídica permanente, estável em sua atuação e em suas tradições e ao mesmo tempo dinâmica e variável, para adaptar-se às necessidades mutantes. Essa instituição tem entre seus valores fundantes os melhores valores da própria sociedade: o humanismo, o vigor e a coragem das idéias, a luta pelo direito, pela justiça, pela liberdade.

Este é seu idealismo de ontem e de hoje. Por essas idéias morreu-se no passado; para essas idéias continuamos a viver.

Mas uma instituição somente sobrevive quando os que a integram se identificam com os princípios de sua existência e com as suas finalidades últimas. A instituição pressupõe a união de todos em torno do objetivo comum, pela adesão e pela colaboração, formando todos um só corpo, voltado à execução de seu ideário. Por isso, a instituição pode soçobrar frente às paixões dos homens, quando estes se afastam de conduta necessária à preservação do espírito institucional.

Cabe a nós cimentá-la pelas crenças e pelas realizações, para que ela permaneça, vigorosa e altaneira, resistindo aos ataques externos e internos dos que a vilipendiam. O importante é termos sempre presentes os valores fundamentais dessa instituição, conjuntamente congregados e voltados à consecução de seus fins, para que possa ela sobreerguer-se acima das fraquezas de alguns, graças ao esforço de muitos.

E sempre presente a terei eu, que chego a essa Congregação ao cabo de uma áspera contenda que pretendeu alijar-me da disputa, desferindo-me o golpe mais rude que um profissional honrado pode sofrer: o golpe que visa a destruir toda uma carreira, edificada com esforço e dedicação, atacando-o na própria honra. Mas, enquanto me enxovalhavam, enquanto a difamação grassava aqui dentro e lá fora, eu tudo fazia para circunscrever o combate ao âmbito desta casa. Alguns terão confundido o silêncio com medo, a dignidade com apatia, a serenidade com fraqueza. Não importa. Altiva, conquanto ferida, eu buscava minhas forças na própria dimensão da instituição, que também fora ferida, e onde eu sabia que haveria de encontrar, mais cedo ou mais tarde, a luz da verdade e o consolo da justiça. A Faculdade, alta e sobranceira, reagiu e deu a sua resposta. E, dentro de seus princípios, também me consentiu dar a minha resposta. Eis a dimensão

de nossa instituição, por cuja preservação havemos de lutar, para que como instituição sobreviva.

Tudo farei, senhores, para honrá-la sempre, custe o que custar, como fiz até agora.

Assim, quero que meu primeiro gesto, como membro legítimo dessa instituição de justiça, seja de conciliação para os que, de boa fé, me injustiçaram, sentindo-se futilmente derrotados com o coroamento dos longos anos em que dediquei o melhor de meus esforços à carreira universitária, toda ela realizada, à plena luz, nesta Faculdade de Direito: de onde, por minha obra exclusiva e pelo reconhecimento dos verdadeiros estudiosos, conquistei a posição que ocupo no cenário jurídico nacional.

Mas, se é esse o sentido da conquista do cargo de professor titular, qual o significado da cátedra de direito processual penal? Que se espera de mim, como sucessora de Joaquim Canuto Mendes de Almeida?

A renovação científica do direito processual, que se iniciara na Alemanha a partir da metade do século passado, tardou a penetrar no Brasil, onde os antigos processualistas continuavam ligados à velha escola procedimentalista, estudando o processo na dinâmica dos atos do procedimento e não a partir da conceituação de seus institutos. Todavia, a cátedra de processo civil, em São Paulo, sempre exerceu verdadeiro fascínio sobre os juristas, dado o prestígio dos que a ocuparam e o interesse pela matéria. JOÃO MONTEIRO, ainda nos albores do século, já vislumbrava a ação como direito abstrato, erigindo-se em precursor, nesta Casa, da doutrina hoje geralmente aceita, aqui e alhures. A mesma intuição não se notava entre os cultores do processo penal, o qual iniciara sua renovação científica, ainda no século passado e sempre na Alemanha, com as obras de JOHN e VON KRIES. É certo que os "Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro", do grande PIMENTA BUENO, são anteriores a esse período, assim como lhe são anteriores os "Elementos do Processo criminal", do BARÃO DE RAMALHO. Mas GALDINO SIQUEIRA, escrevendo sobre o processo e já neste século, não se afastaria da escola procedimentalista francesa, já superada na Europa, embora banhando-a dos ensinamentos dos praxistas portugueses, como Pereira e Sousa.

Antes disso, a cátedra de processo criminal de São Paulo havia adquirido expressão, pela primeira vez, quando de sua ocupação por JOÃO MENDES JR. Tratando do processo penal e

do processo civil à luz de regras comuns, o Mestre notável da primeira República antecipava-se na edificação de uma teoria geral do processo, ciência que só hoje se afirma entre nós. Surgia ele, ainda, como precursor dos estudos constitucionais do processo, lançando as bases para a compreensão das garantias do “devido processo legal”. E, além disso, edificava sua “teoria ontológica do processo”, colocando a disciplina nos parâmetros da concepção aristotélico-tomista das quatro causas e daí estabelecendo a nítida distinção entre processo e procedimento.

Mas a lição de JOÃO MENDES JR. ficaria sem eco por longos anos. A doutrina processual brasileira de então ressentia-se profundamente de uma grande desatualização metodológica. Nossos estudiosos, habituados à leitura dos clássicos portugueses e dos exegetas franceses e italianos do século passado, não se haviam alinhado ao movimento de renovação que se instalara na Europa, faltando-lhes a visão orgânica do processo penal.

Somente com o ingresso no magistério de JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA o panorama modificar-se-ia, a partir da tese apresentada à Livre Docência — *A Contrariedade na Instrução Criminal* —, uma das obras-primas de nossa literatura processual. A conquista da cátedra, em 1938, assinalou uma nova fase e uma diversa postura, pela tentativa de se extraírem do velho processo criminal português princípios perenes, que estruturassem a jurisdição penal. Restaurador dos princípios informativos do processo tradicional, JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, à semelhança de JOÃO MENDES JÚNIOR, seu tio, preocupou-se com a perspectiva do “devido processo legal” e, com sapiência, sagacidade e força criadora, deixou sua marca indelével em muitos institutos da ciência processual. Basta recordar, entre tantos, o contraditório, o poder inquisitivo do juiz penal e, sobretudo, o enfoque do processo criminal como instrumento, não de perseguição, e sim de liberdade jurídica do réu.

Concomitantemente, os tempos já haviam amadurecido para o ingresso do método científico na ciência processual civil brasileira. GABRIEL DE REZENDE FILHO, nesta Casa; MACHADO GUIMARÃES, no Rio de Janeiro e, em Minas Gerais, AMÍLCAR DE CASTRO e LOPES DA COSTA, haviam iniciado a renovação metodológica que culminaria, em 1940, com a vinda à nossa academia de ENRICO TULLIO LIEBMAN. Nos seis anos que esteve entre nós, admitido nesta Congregação como Professor visitante, foi ele o portador da moderna ciência européia do direito proces-

sual. Fora aluno de CHIOVENDA, o mais prestigioso processualista italiano de todos os tempos, e conhecia profundamente a obra dos germânicos, a história do direito processual e o pensamento italiano da época, notadamente do genial CARNELUTTI. Além de ministrar aulas regulares nesta Casa, o mestre reunia estudiosos em sua residência para debaterem temas de direito processual. Foi assim que os jovens dos anos quarenta — LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, ALFREDO BUZOID, JOSÉ FREDERICO MARQUES, BRUNO AFONSO ANDRÉ, — se preparavam para dar início a uma verdadeira revolução processual, ligados por íntima unidade de pensamento, a ponto de posteriormente seu movimento científico vir a ser denominado, por um autor estrangeiro, “Escola Processual de São Paulo”

A seguir, e ainda nesta Faculdade, JOSÉ FREDERICO MARQUES, que havia estudado em conjunto o direito processual, civil e penal, dentro do conceito unitário da processualística, conquistava a livre docência, dando invulgar impulso, a partir da década de cinqüenta, aos modernos estudos de processo penal, iniciados no Rio de Janeiro, em 1945, com a obra de HÉLIO BASTOS TORNAGHI sobre a relação jurídica processual penal.

A partir daí, a renovação doutrinária do processo penal desenvolveu-se ininterruptamente, mercê das obras vigorosas de estudiosos como ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, XAVIER DE ALBUQUERQUE, ATHOS MORAES VELLOZO, ADHEMAR RAYMUNDO DA SILVA, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, NILZARDO CARNEIRO LEÃO e tantos outros. Mas, como observa JOSÉ FREDERICO MARQUES, “em São Paulo não se formou, em relação ao processo penal, aquela corrente de sucessivos mestres que de RAMALHO a GABRIEL DE REZENDE FILHO construiu as bases, no processo civil, de uma perfeita “escola processual” — a escola processual de São Paulo”

Esse vício de origem projetou-se no presente, em que se podem indiscutivelmente apontar grandes processualistas penais, mas onde falta uma escola que os grandes processualistas aglutine em torno de certos pressupostos metodológicos fundamentais. Aliás, é esse um mal que parece macular o processo penal, aqui e alhures: já considerado por CARNELUTTI como a “gata borralheira” do direito processual, subordinado ora ao direito penal, ora ao direito processual civil, o processo penal, para MIGUEL FENECH, ainda há alguns anos continuava “huerfano de todo tratamiento científico” E enquanto na Itália o processo civil já há várias décadas havia ascendido à dignidade científica, GIROLAMO BELLAVISTA ainda entendia imprescindíveis ao processo penal “altre fatiche dogmatiche

per potersi elevare alla stessa altezza di molte scienze giuridiche sorelle”

Douta Congregação. É nessas circunstâncias que ascendo à cátedra de processo penal e o faço consciente da necessidade imperiosa da formação de uma escola. Os grandes nomes, nós os temos. Falta, sem dúvida, uma figura humana e um homem de ciência como ENRICO TULLIO LIEBMAN para promover e facilitar a aglutinação. Mas, com a ajuda de Deus, os seus alunos, e os alunos dos seus alunos, poderão tentar suprir a falta do Mestre. Pacificando dissidências, conciliando divergências, esquecendo desentendimentos, trazendo, enfim, para a disciplina aquele mesmo espírito institucional de adesão e colaboração a que antes me referi, será possível edificar um processo penal à altura das conquistas do processo civil. Para tanto, contamos com as lições do passado, com a genial intuição das raízes constitucionais do processo, de JOÃO MENDES JÚNIOR, com o enfoque de um processo penal inserido na teoria jurídica das liberdades públicas, de JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA. Para tanto, contamos com a institucionalização, nesta Casa, de uma teoria geral do processo, parte integrante do “currículum” universitário e ministrada com grande proveito didático desde 1973: uma teoria geral do processo que, sem significar a identidade de seus ramos distintos, autoriza a elaboração científica de princípios gerais, informativos de todas as disciplinas processuais. E o enfoque do processo, unitariamente concebido, assume dimensão unívoca e altitude maior, graças à análise constitucional de seus institutos, examinados no quadro das liberdades públicas.

Assim como JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA foi “acusado” por um de seus examinadores de tentar o conúbio entre o então atualíssimo CARNELUTTI e o clássico JOÃO MENDES JÚNIOR, eu me proponho, Douta Congregação, a trabalhar, com afinco e denodo, na construção de uma verdadeira escola que, sem olvidar as lições do passado, opere com os olhos voltados para o futuro do processo penal. Para isso, meu talento é sem dúvida insuficiente. Mas eu trago no sangue as milenares tradições jurídicas de minha terra natal; trago no sangue a herança genética da vocação para o direito de meu bisavô, de meu avô, de meu pai; trago no sangue a fidelidade e a perseverança de minha mãe. E adquiri aqui, na minha pátria adotiva, o culto pelas tradições nacionais. Por isso, eu não pouparei esforços para difundir, destas Arcadas, o estudo do processo penal à luz de um método rigoroso, que exige uma postura dogmática mas também filosófica, porquanto requer que todo o direito, e conse-

qüentemente também o processo, seja visto naquela tríplice dimensão descortinada pela sublime lição de MIGUEL REALE: fato, norma e valor. E o processo, na concepção axiológica de garantia dos direitos do homem, transcende assim o plano meramente técnico, para transformar-se em instrumento ético de liberdade e de justiça. Que nunca me faltem coragem e determinação para difundir essas idéias; que nunca me faltem empenho e seriedade para edificar uma verdadeira escola: não em torno de mim, que não tenho os predicados mínimos para tanto, mas em torno destas idéias, que são as idéias maiores do processo penal de hoje e de amanhã.

Um último aspecto cabe salientar. Este novo professor titular, que ascende hoje à cátedra de processo penal, é uma mulher. Qual o especial sentido dessa circunstância? Que se espera da mulher que alcança hoje o mais elevado cargo da carreira universitária, juntando-se àquela que, abrindo caminhos, será sempre a primeira entre nós — NAIR LEMOS GONÇALVES? Espera-se, Senhores, que traga ela a esta Douta Congregação, a esta augusta Casa, a participação ativa e responsável da expoente de uma tão considerável parcela de nossa sociedade. Que traga, em ação e em palavras, a sua cosmovisão, para que as mulheres e os homens, trabalhando e lutando lado a lado, juntos e se complementando, possam edificar um mundo melhor.

Por isso eu me dirijo aos jovens estudantes, aos meus colegas de Doutoral e de docência, aos advogados, aos promotores, aos juizes, às autoridades presentes. A compreensão há de vir deles. Mas dirijo-me, especialmente, às alunas e às colegas que se iniciam no magistério. A tenacidade há de ser delas.

Perceberão, às vezes, que precisam esforçar-se mais do que os homens, para atingir os mesmos resultados; sentirão, às vezes, que estão expostas aos olhos de todos, prontos a salientarem o menor defeito e a atribuí-lo à sua qualidade de mulher. Apesar disso, ou por isso mesmo, jamais se sirvam da condição de mulher como pretexto, como justificativa, como refúgio. Provem, com dignidade, com serenidade e com perseverança que, se somos profundamente diversas, não somos nem piores nem melhores do que os homens. Provem que a suavidade não se confunde com submissão, porque se a hora é de luta sabemos lutar. Que a sensibilidade não se confunde com sentimentalismo, porque se a hora é de decisão sabemos ser resolutas. Que a fragilidade não se confunde com fraqueza, porque se a hora é de trabalho sabemos trabalhar. E que

sabemos ser fortes, sem sermos rudes; ser dignas, sem sermos soberbas; ser retas, sem sermos intolerantes. Não há conquista sem luta e sem responsabilidade. E só através de uma luta elevada e digna poderá a mulher integrar-se por inteiro nas multifárias facetas da sociedade em que vive e pela qual é tão responsável quanto o homem.

É tempo de terminar. E só posso fazê-lo agradecendo.

Que o primeiro agradecimento seja para meu grande, meu querido amigo, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, a quem eu já tanto devia e para quem acabo de assumir agora um débito ainda maior. Doce débito, esse, de reconhecimento e gratidão, tecidos de leal amizade e de afeto fraternal.

A profundidade de sua mensagem, a generosidade de suas palavras, a sinceridade de suas expressões, tocando as cordas mais sensíveis do meu ser, enaltecem muito mais quem as proferiu do que quem as recebe.

Agradeço a meus pais pelo legado maior que me deixaram: o legado do caráter, da retidão, da honestidade. Agradeço a meu filho, a quem pequeno ainda roubei tantas horas de convívio, e que me retribuiu com amor ainda maior, com a compreensão constante, com a solidariedade total, com a responsabilidade precoce, com a alegria e a bem-aventurança de seus vinte anos.

Agradeço a meus mestres, que nesta Casa me forjaram, apontando-me o caminho de sacrifícios, de altruísmo, de dedicação que me traria até aqui. Obrigada, entre todos, Professor LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, Mestre por antonomásia, por ter despertado em mim o amor à ciência processual, por ter-me estimulado sempre, por ter-me acostumado, cedo ainda, à pesquisa e ao esforço pessoal, por ter-me familiarizado, desde os bancos acadêmicos, com o rigoroso método científico que sempre plasmou suas aulas, simples e profundas, e suas obras, modernas e criativas.

Agradeço ao pessoal administrativo desta Faculdade, que em grande parte vem acompanhando meus passos desde os tempos de estudante, apoiando-me sempre e sempre com o seu calor humano.

Agradeço aos meus alunos, sem os quais não se justificaria minha presença aqui, alunos que em todas as circunstâncias responderam à honestidade de propósitos com interesse, entusiasmo, seriedade e carinho e que, ainda há poucos dias, ao se encerrarem as provas do concurso, souberam prestar a homenagem mais expressiva que um professor pode receber.

Agradeço a meus inimigos, cuja sanha me fortaleceu, cuja inveja me temperou, cujos ataques despertavam, a cada golpe, um novo e leal amigo. E agradeço sobretudo a esses amigos, aos quais devo a minha persistência e a minha vitória. A esses amigos que, fisicamente ou me acompanhando de longe, mais uma vez dizem “presente” Amigos devotados e desprendidos, que me apoiaram nos momentos difíceis, que me ampararam quando o espírito fraquejava, que me animaram quando a luta era mais árdua. Sem eles — e são tantos — as barreiras teriam sido intransponíveis, as pedras do caminho ásperas demais, os sobressaltos da estrada insuportáveis.

Eram os dias da amargura e da humilhação. Eu elevava a Cristo uma prece, sob forma de poesia. Essa prece terminava assim :

“Aceito o sofrimento.
Aceito essa injustiça. Aceito a provação.
E as ergo para Cristo.
Mas, tende compaixão.
Não permitais, Senhor, que o espírito esmoreça.
Dai-me forças, Senhor, para seguir lutando.
Se não por mim, ó Deus,
ao menos por aqueles que me deram sua mão,
que acreditam em mim e vão me sustentando”

Contribuição para as Memórias Acadêmicas

A Propósito da Festa do Sesquicentenário.

A propósito das sessões comemorativas do sesquicentenário de fundação dos cursos jurídicos no Brasil, realizadas oportunamente nesta Faculdade, o Sr. Diretor, Professor Dr. ANTÔNIO CHAVES, recebeu do Desembargador Dr. HOEPFNER DUTRA a carta que se transcreve a seguir; sugere a retificação de alguns dados publicados no noticiário da revista comemorativa do Sesquicentenário, o que se faz por esta forma.

A seguir publica-se, também, o bellissimo e significativo poema *Santuário da Liberdade*, de sua autoria e o discurso por ele pronunciado na ocasião.

São Paulo, 9 de outubro de 1980

Prezado amigo ANTÔNIO CHAVES

Sabe você quanto trago arraigada no espírito a devoção e ternura pela nossa querida Faculdade.

Decantei-a em versos e, se melhor não fiz, o foi mais em razão do pauperismo do trovador que do acalento d'alma, sempre fecunda na afeição e apreço.

É calcado nessa louvação que lhe escrevo, tendo em mãos — tão tardiamente que os recebi — os últimos números da "Revista da Faculdade de Direito", e especialmente o volume LXXII (1.º e 2.º fascículos), dedicados às comemorações do "Sesquicentenário de Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil". Mais precisamente: aos 150 anos de glória e tradição do nosso templo do Largo São Francisco ou, como bem memorou o ilustre Professor Ruy Barbosa Nogueira, "da velha e sempre nova Academia, onde mora a amizade, onde mora a alegria, onde ao chamar da pátria, se deixa a folha dobrada, enquanto se vai morrer"

No dia 11 de agosto de 1976, a nossa Faculdade procedeu à abertura das comemorações do sesquicentenário. Dia coberto de luz e de graça, com missa votiva na Igreja de São Francisco, logo ao amanhecer, como, também, da cerimônia inaugural do Largo — o "Território Livre de São Francisco" — da iluminação do edifício e, à noite, no salão nobre, orações, cantos, poesia e peças musicais, tudo em louvor ao "altar da glória" de Piratininga.

Nesse dia, o Tribunal de Justiça de São Paulo, diante da magnitude do evento, prestou seu tributo eloquente às festividades, também celebrando sessão solene, com a presença do mundo oficial, na qual tive a honra de ser o orador oficial. Proferi então o discurso que lhe remeto, publicado em memorável tributo ao acontecimento pela "Lex Editora", que reuniu numa plaqueta minha oração a do emérito Professor Miguel Reale, proferida na mesma data, em sessão solene à noite, realizada, na Faculdade. Nessa estampa foram incluídos os poemas: "A Voz das Arcadas", de Oliveira Ribeiro Neto; "Canto de Amor à Faculdade", de Paulo Bomfim; "Reminiscências", de José Malanga e "Velha Faculdade", de minha autoria.

Meu desejo é que publicado fosse na Revista da Faculdade, ainda agora, esses discursos, rogo que lhe faço, a tanto levado menos pelo orgulho que a honraria ensaja, do que pelo desejo de vincar os fatos ocorridos ao registro

necessário, legando-o aos nossos pósteros. Daqui a anos, passado que seja meio século, tudo será história; e gostaria que o Tribunal de Justiça de São Paulo, que ao tempo da solenidade integrava-se com seus 36 membros, todos eles diplomados pela Faculdade do Largo São Francisco, ficasse também histórico como participante das devotadas festividades.

Lembro que o significativo programa das comemorações perlongou por um ano, até 11 de agosto de 1977. Nesse dia, pela manhã, no pátio das arcadas, foi emitido o selo do Sesquicentenário, estampado com o fac-símile da Lei de 11 de agosto de 1827, que instituiu os Cursos Jurídicos no Brasil, e com a efigie de D. Pedro I que a sancionou.

Em todo o transcorrer da manhã, da tarde e da noite os alunos estiveram presentes no "Território Livre de São Francisco", ocupando os oradores reiteradamente a Tribuna Livre em suas pregações cívicas em prol da redemocratização do país.

Foi uma festa empolgante, na qual não faltou a rotineira algaravia dos estudantes. Basta dizer que para lá transportaram, sabe Deus como, o cartaz inenso de um gorila, de dez metros de altura, retirado da frontaria de um dos nossos cinemas, alusivo ao filme "King-Kong", e o colocaram na fachada do prédio da Faculdade. Era uma sátira ao então Secretário de Segurança em razão de seus desmandos, inclusive pela violação do resguardo material que deve ter uma Universidade, desmando em razão do qual recebeu o apodo do primata. Como sempre, a bulha folgazã dos moços do pátio acobertada de civismo.

Se pormenorizo os acontecimentos, lembrando-os, o faço tendo em conta certos senões que atentei no noticiário da Revista (2.º fascículo, págs. 11 a 13), e procurar repará-los, a tanto levado pela fidedignidade do ocorrido para que, de futuro, dúvidas não preexistam com relação à magnífica efeméride.

Testemunhando os fatos, acentuo que a sessão solene da Congregação instalou-se no salão nobre, pelas 21 horas, com a presença do Magnífico Reitor da Universidade de São Paulo, em exercício, Professor Josué Camargo Mendes e do Vice-Governador do Estado, Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, representando o Senhor Governador.

A cerimônia foi presidida pelo Diretor da Faculdade, Professor Ruy Barbosa Nogueira, que transmitiu a presidência dos trabalhos ao Magnífico Reitor.

Depois da orquestração do Hino Nacional, executada pela Banda de Música da Polícia Militar de São Paulo, segundo o programa oficial, foi dada a palavra ao primeiro orador, o estudante Caio Marcelo de Carvalho Gianini, presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto, representante do corpo docente que, entretido no comício que presidia no Largo, ao lado dos colegas, conclamando o povo a lutar pela reimplantação da democracia no Brasil, não atendeu à convocatória.

Paulo Bomfim, membro da Academia Paulista de Letras, declamou, então, sob aplausos, o poema "Creio em Ti, Ó Faculdade" e, logo após, o Desembargador Gentil do Carmo Pinto, Presidente do Tribunal de Justiça, proferiu oração, representando os antigos alunos. Em suas palavras, vasadas de lirismo, comparou a velha escola a uma "Catedral do Direito", numa evocação à atividade acadêmica nos movimentos de libertação nacional.

Em prosseguimento, Pedro Antonio Oliveira Ribeiro Neto, membro da Academia Paulista de Letras, um dos grandes apologistas das glórias acadêmicas, rediviveu suas façanhas históricas em prol da liberdade e da Justiça, recitando a poesia "A Voz das Arcadas".

O Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho associou-se às homenagens prestadas, em nome do Governo do Estado, reconhecendo o justo orgulho de São Paulo pela sua Academia.

Seguiu-se o coral do Centro Acadêmico XI de Agosto que, sob a regência do maestro Jonas Cristensen deliciou os presentes com canções referentes à Academia e, então, fui chamado a partilhar da festa, recitando — (com que orgulho!) — o poema “Santuário da Liberdade”.

Proferiu o ilustre Diretor da Faculdade, ato contínuo, seu discurso, no qual fez referência às realizações levadas a efeito em todo o transcorrer do ano, não só no que tangia às festividades como também em congressos, exposições artísticas, peças teatrais, concertos musicais, cursos de extensão universitária, fulgurando a Faculdade na história, na arte e, sobretudo, no Direito.

Por último, foram ouvidas melodias executadas pela Orquestra Sinfônica da Universidade de São Paulo, regida pelo maestro Camargo Guarnieri, encerrando o Magnífico Reitor, sob aplausos, a fastuosa sessão.

Como você pode ver, meu caro Chaves, a poesia “Velha Faculdade”, de minha autoria, escrita em 1935, quando ainda era estudante, e que foi publicada no 2.º fascículo da Revista (pág. 19), não foi declamada na sessão ali referida, nem mesmo na sessão solene de abertura dos festejos comemorativos do sesquicentário da fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, em 1976. Também não exercia eu a Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, tal como ali foi inserto.

Estas são as razões que levam a escrever-lhe e com o pecado de alongar-me na exposição feita, pedindo vênias à ilustre Comissão de Redação pelos reparos assinalados, reiterando que meu único propósito, assim agindo, é o de esclarecer dúvidas para o futuro, para os que vierem depois de nós. Outro, aliás, não poderia ser meu propósito diante da sempre efervilhante veneração que sempre palpitou em meu coração pela nossa querida Faculdade — Eterno Santuário da Liberdade — sempre ungida por nós em prece num relicário de saudades.

Abraça-o enternecidamente o velho companheiro de lutas e amigo de sempre,

a) MÁRIO HOEPFNER DUTRA

Santuário da Liberdade

Mário Hoepfner Dutra

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Velha Faculdade:

nasceste num chão de sonhos, ternura e amor,
sob o manto da humildade
— ermitério de dobres e esperanças —
legado por São Francisco.
Humildade que é beijo, redenção,
bênção aos moços enraigados na fé,
jungindo presente ao passado,
passado ao futuro,
num surto de eternidade.
Trazes em teu abrigo a estuante realidade
das esperanças segredadas nos musgos das paredes,
a fé conjugada — aulistas e mestres —
no sopro de teu sacrário,
à Luz votiva dos corações unidos.
Morada de monges ascetas da verdade,
com as mãos seladas a orar.
Mãos que empunham a mesma arma
nas guerras crescentes de civismo
e vazam na poesia de lirismo carpida,
a epopéia do pão de cada dia,
o louvor templário do respeito humano!

Velha Faculdade:

nas tardes medrosas, rareadas de luz,
cursam as pedras do teu pátio,
passos silentes das almas que não morreram.

Teus muros erguem-se em torreadas de fé,
barricadas aguerridas na luta, em busca de paz.
Guerra abrasada no desespero dos espoliados,

* *Poema declamado pelo autor por ocasião da solenidade de encerramento dos festejos do sesquicentenário de fundação dos cursos jurídicos no Brasil, realizada no salão nobre desta Faculdade a 11 de agosto de 1977.*

acendrada pelas homílias dos apóstolos espirituais,
com lanças eriçadas na crença,
alçadas para o azul celeste do ideal.

Velha Faculdade:

creio na terra abençoada em que nasceste,
creio no sangue de tuas lutas,
creio na poesia lírica de teus poetas,
creio nas lendas embrechadas em tuas paredes,
creio nos passos das almas que nunca morreram,
creio na plangência augusta do teu campanário,
creio no cântico de tuas prédicas, sagrando redenção,
creio na espiritualidade votiva de tuas arcadas,
creio na humildade de teu manto que te abriga,
creio na tua alma, oh! gloriosa ermida:
pela graça esplendente de tua história,
pela bulha folgazã dos moços no pátio,
pela humildade evangélica de São Francisco,
pela glória de teu aniversário,
pelos cento e cinquenta anos de relicários,
pela hóstia da Justiça com que nos abençoa,
pela tua alma peregrina, ungida em prece,
porque és a cidadela da Glória,
Santuário da Liberdade!

**Discurso pronunciado pelo Desembargador Mário Hoepfner
Dutra por ocasião da abertura dos Festejos do
Sesquicentenário, em 11 de agosto de 1976.**

Não sei de homenagem mais digna, mais alevantada, mais refletida de sacralidade, do que a admiração que se reflete na contemplação de uma obra e no exemplo que ela suscita, desvendando reminiscências.

Bem-aventurados os povos que guardam em seus escrínios esse tesouro portentoso, porque tais memórias têm a virtuosidade das lendas mitológicas que sempre inflamam nos corações, diante do exemplo que os fatos esplandecem e das imagens florescentes que neles se alteiam, a perene e sempre porfiada tarefa humana da construção do dia de amanhã.

As reminiscências são como as nuvens multifárias que se emplumam suntuosamente no azul infinito, desenhando enlevos que devaneiam o olhar e o espírito de sonhos miríficos, e como um pálio de luzes são miraculosas, fazendo brotar nas almas a

crença contínua nas lutas pelas razões supremas de nossa existência, e, antes de tudo, pelo ser livre, pela sociedade livre, pelo respeito humano, que é a razão fundamental de nosso viver. Aos páramos divinos, somos levados nessa admiração transcendental.

No dia de hoje, o Tribunal de Justiça de São Paulo, nesta sessão solene, eleva seu olhar para as alturas e, numa prece, rende o seu tributo venerável à maior reminiscência desta terra bandeirante, cultuando a Faculdade de Direito de São Paulo, a “velha e sempre nova Academia” do Largo de São Francisco, do “Território Livre de São Francisco”

Para gáudio nosso, nesta Casa da Justiça, se levantam as primeiras exortações, iniciando as solenidades de comemoração do sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, que se prolongarão até o ano próximo, quando, no dia 11 de agosto, a nossa tradicional Faculdade de Direito completará 150 anos de existência. Um século e meio de épica relevância em que soube manter o seu glorioso nome sempre envolto em auréola de prestígio e fascínio, mercê do tesouro deslumbrante que seus muros-relicários encerram.

* * *

Nasceu num convento, no velho mosteiro de São Francisco.

Que lugar mais augusto haverá que um claustro e que maior bênção a de ter como padroeiro um santo cuja vida foi feita de humildade, respeito e amor aos seus semelhantes! Sob a égide de um ser que foi modelo de virtudes e que, na mocidade desinquieta e resplendente, ornava-se da gracilidade e da finura do espírito toscano fluído no ardor romântico dos trovadores provençais. Alma coberta de pureza que, um dia, despindo-se da roupagem nobre e das riquezas, asilou-se no ermitério de uma gruta, e, ali, na renúncia dos prazeres, soube aceitar, pelo amor de Cristo, a penúria dos desafortunados e compreender a sublimidade do beijo aos leprosos.

Foi para esse abrigo de monges, com suas arcadas solarengas e sob tão unguida proteção que a mocidade de um São Paulo provinciano foi chamada para cursar a primeira Escola de Direito do Brasil.

Havia na urbe pequenina, àquele tempo, algo que punha arrepios nas almas. Mal decorrera um lustro da Independência e ainda ecoava pelas colinas do Ipiranga o grito da emancipação política, e a Pátria, cursando rumos altanados, clamava

pela ajuda de seus filhos, na porfia de dotar à terra livre leis próprias que atendessem aos impostergáveis ditames de sua soberania.

A nação liberta não podia preexistir no concerto das demais sem que todos, especialmente os moços, partilhassem da jornada e, para tanto, necessário era dotá-los de conhecimentos, de instrução, que somente poderiam haurir numa escola de ciências e letras.

Foi lançada a idéia precursora de sua criação, e ainda não refeitos da euforia decorrente da concretização do sonho de JOSÉ BONIFÁCIO, outro paulista, JOSÉ FELICIANO FERNANDES PINHEIRO, depois Visconde de São Leopoldo, no dia 14 de junho de 1823, ergueu sua voz na primeira Assembléia Constituinte, apresentando à discussão o projeto de criação de uma Universidade na cidade de São Paulo.

Estava lançada a semente de uma árvore sobranceira que iria atingir as culminâncias do firmamento.

O projeto sofreu mutações, emprestando-lhe nova redação MARTIM FRANCISCO DE ANDRADA e, guardando seu fulcro luminoso, de troço em troço, em 8 de agosto de 1826, FRANCISCO DE PAULA SOUZA MELO, deputado paulista, harmonizando interesses, propôs a criação de dois cursos jurídicos, um em São Paulo, outro em Olinda, projeto que, aprovado com tal emenda e outras complementares, transfigurou-se na Lei de 11 de agosto de 1827.

Há um surto de misticismo a rondar essa obra gigantesca, e nela, toda a reminiscência dos vultos que a alentaram e, por que não dizer, toda a saudade que dos dias do passado, decorridos 150 anos, descortina-se aos nossos olhos, cintilados de alegria, e de tanta alegria, marejados de lágrimas. É que, muitas vezes, os olhos não podem ver as coisas benditas por Deus senão através das lágrimas. Lágrimas carpidas nas recordações.

No rendilhado encanto que o destino, esse mágico de surpresas, predestinou àquela Escola, um fato há, prazenteiro, que merece rememorado. Antes que o primeiro Diretor e os lentes da nossa Academia houvessem sido nomeados, foi contratado para exercer o cargo de porteiro e sineiro o cidadão LUIZ CARLOS GODINHO. Um sineiro para anunciar as horas e alertar os moços para as aulas. E disso se ocupava ele, grimpado no coruchéu que se erguia no alto do velho casarão, torreão que coroava o antigo templo.

Havia qualquer coisa de predestinação no repicar daquele bronze.

Não há destino sem predestinação. Aquele sino, que fora a alma religiosa da igreja, tornara-se o arauto de todas as horas e de todos os momentos de civismo de nossa terra. E, desse dia em diante, quem nos diz é REYNALDO PORCHAT, em primoroso discurso proferido na festa de Colação de Grau e Centenário dos Cursos Jurídicos no Brasil: — “o sino grande que tangia solene chamando os fiéis à missa, começou a bimbalar as notas de sua alegria, repicando nas festas ruidosas da mocidade acadêmica. O adro silencioso e grave, por onde passava tímida a ingênua candura das moças paulistanas sofre o fundo negro das respeitáveis mantilhas com que as matronas enchiam o vestibulo, transformou-se em entrada ála cre da rapaziada folgazã, cujos gritos joviais concertavam em contraste com o murmúrio penitente das orações piedosas”

No dia 1.º de março de 1828, numa tarde molinheira, jubiloso, o sineiro anunciou festivamente a inauguração do curso.

Toda a vaidade paulistana, entre flores e música, em alvoroço, ocorreu ao repique alegre e bizarro, como que a vaticinar em sua vibração jogralesca que aquela festa era o início de um futuro auspicioso, em que os entraves que tanto nos aperreavam seriam desencadeados, e que haveria a frutificação das idealidades em prol da opulência de nossa gente.

Precisamente, às quatro horas da tarde, na Sala n.º 2, o Tenente-General JOSÉ AROUCHE DE TOLEDO RONDON, primeiro Diretor da Academia, presidindo os trabalhos, abriu a sessão, relevando as marcantes razões da solenidade. Em seguida, o Dr. JOSÉ MARIA DE AVELAR BROTERO, doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, primeiro lente nomeado e regente da cadeira de Direito Natural, pronunciou a aula inaugural, no que se houve com garbo, em eloqüente e sublimada pregação, tal como memorizam os fastos.

Nesse dia memorável, a mão do destino começou a escrever a história arrebatadora daquele templo e a registrar em seus tombos a sortida épica de seus grandes ideais, porque as causas supremas nele encastelaram o seu ninho e não houve movimento nacional que não tivesse encontrado no abrigo de seus muros a veemência da palavra a brandir na causa e, sobretudo, ação. Poetas, romancistas, ensaistas, filósofos, juristas, comungaram o mesmo ideal de Justiça e Direito, porque aprenderam

com os seus sacerdotes, desde a primeira aula, as regras de equidade que a razão natural estabeleceu entre os homens, e que foi gravada por Deus em seus corações. E, ainda, que todo povo e todo homem que tem concepção de direito e liberdade, ainda que calcado num critério puramente ideal, já é livre e sabe ser justo.

Atentai, senhores, para o tempo que passou e para o instante em que vivemos e havereis de repetir, univocamente, com TITO LÍVIO FERREIRA: “Não sou do passado, sou da vida na dimensão do tempo irreversível”, porque, como bem assinala o historiógrafo, citando Santo Agostinho, “não há passado, nem presente, nem futuro: há o tempo e a Eternidade”

Assim ponderando, podemos afirmar que a nossa Velha Faculdade guarde em si toda a sacralidade histórica de nossa terra.

Nela medraram todos os movimentos crescentes de nossa gente.

Quando os seus primeiros alunos ouviram de AVELAR BROTERO os ensinamentos que durante quarenta anos professou na cátedra, prédicas alicerçadas na filosofia naturalista, aprenderam que a natureza social do homem provém do consagrado próloquio: *ubi homo, ibi jus*, e que a juridicidade constitui um aspecto da ordem imanente, princípios que, juncados nos espíritos, explodiram no movimento abolicionista e na derrubada de um trono, porque ciência tinham de que todos os seres eram livres e que o direito divino dos reis execrava-se na superstição dos povos imaturos, ainda mesclados na ignorância.

Eram as grandes conquistas que frutificavam no cenário nacional. Os ensinamentos transmudavam-se em arietes, e o povo, pouco a pouco, despia-se das librés, alforriava-se, num cultuamento às prédicas liberais. E nesse ciclo momentoso, vibraram, no encanto cívico, RIO BRANCO, AFONSO PENA, RODRIGUES ALVES, JOAQUIM NABUCO, RUI BARBOSA, CASTRO ALVES e outros paladinos da liberdade, cujos nomes ficaram encastoados na heráldica da emancipação.

Aquele evolver de idéias, todavia, não cessou, e já se firmava como tradição. Bem vos assegurei que, no pergaminho da história, passado, presente e futuro se comungam, mesclando-se em Eternidade.

Crises sociais, comoções políticas, a soberania do direito afrouxada e outros fatos múltiplos, criam revezes e perigos,

e o país, que se regia pelas bases liberais de uma Constituição, vê ameaçada a sua segurança e a sua felicidade. O restabelecimento da ordem e da legitimidade, através de edificante campanha democrática, é levado ao povo que, presente nas praças públicas, ouve pela voz de RUI, BILAC, PEDRO LESSA, REYNALDO PORCHAT, FREDERICO STEIDEL o incitamento à implantação do serviço militar, do voto secreto, da justiça eleitoral e de outras reivindicações sociais, em tudo propugnando por uma democracia autêntica, sem barreiras interditas. PEREIRA LIMA, PRUDENTE DE MORAES NETO, TOMÁS LESSA, FRANCISCO MESQUITA, JÚLIO DE MESQUITA FILHO acodem ao chamamento, nascendo a Liga Nacionalista, primeiro grande monumento de refinação democrática de nossa República.

Não vingou. Seus princípios e as aspirações feriam de perto os interesses bastardos da oligarquia dominante. E a cidadela foi derrubada, reduzida a cinzas, mas de seu calor, como a Fênix rediviva, emergiu o Partido Democrático, marco relevante plantado no calendário de nossa vida política. Reunidos, PAULO NOGUEIRA FILHO, ANTÔNIO PRADO, LUIZ A. DE QUEIROZ ARANHA, FRANCISCO MORATO, PAULO DE MORAIS BARROS, CARDOSO DE MELO NETO, J. A. MARREY JÚNIOR, ABRAÃO RIBEIRO, WALDEMAR FERREIRA E FREDERICO STEIDEL ditaram a sua programática, cumprida em sublime renovação democrática que, em eloqüente manifesto, ressoou pela nação afóra.

Vingou. A Revolução veio na crista das ondas desse movimento, mas, bem cedo, decepcionou seus idealistas diante do sectarismo de moral prática que se alastrou, perdendo-se o equilíbrio das coisas no anseio de renovação, descambando-se para as transmudações radicais, com respiros à traficância de interesses pessoais que a tantos seduziu nos atropelos pró-fugos, tudo a exigir imediata reparação. O país caminhava sem lei.

1932. São Paulo ergue-se como um só homem na luta pela reconstitucionalização da Pátria. Marcha fascinante, em que nossos irmãos templários transmudaram em quartel o vetusto convento, dali partindo os primeiros soldados da lei.

Nem sei o que mais dizer, diante de tudo quanto foi cantado, dessa epopéia maravilhosa, senão que mestres e alunos, corações unidos, armas em punho, comungando a mesma fé e rezando pelo destino de São Paulo e do Brasil, caminharam para as trincheiras da lei e escreveram com o seu sangue uma das páginas mais sublimes de nossa história.

Hoje, na sombra das Arcadas, com uma coroa de louros, está plantado o monumento ao Soldado Constitucionalista, sagrada lembrança dos que lutaram e morreram pela liberdade. Nele, o buril requintado cinzelou, em caracteres flavos, a elegia resplendente de patriotismo, entoada por TOBIAS BARRETO:

“Quando se sente bater
No peito a heróica pancada,
Deixa-se a folha dobrada
Enquanto se vai morrer ”

Vencidos, mas não subjugados, tinha-se a impressão de que a história parara. Vigia o regime do arbítrio e da opressão, caudilhismo que se extremou com o trancar das portas do parlamento e o arrolhamento da imprensa.

O sonho de ontem transfigurava-se em tormentoso pesadelo. Com fel, São Paulo pagava o tributo do sacrifício por um ideal. E o amordaçamento das vozes era cumprido nas prisões arbitrárias e atrabiliárias, com o viso de esmagar consciências, açaimar paixões, eliminar adversários, apodando-se os verdadeiros patriotas como inimigos da Nação.

As masmorras rangiam seus gonzos e nelas foram esquecidos, entre outros apóstolos do movimento que minha memória manqueja, WALDEMAR FERREIRA, ERNESTO LEME, SOARES DE MELO, CRISTIANO ALTENFELDER, MOACYR AMARAL SANTOS, ANTÔNIO CARLOS DE ABREU SODRÉ, ROBERTO DE ABREU SODRÉ, FRANCISCO MESQUITA, JÚLIO DE MESQUITA FILHO E AURELIANO LEITE, até o dia em que, juntamente com outros companheiros de luta, ganharam o florão do exílio.

Aquele tempo, o mundo estava impregnado do credo totalitarista, que avassalava todas as fronteiras e que se fez ouvir entre nós num vozear imaturo, verdoengo. Para os seus panfletários, o Estado era um fim e não um meio, e a imposição de um governo Todo-Poderoso exigia o aniquilamento do indivíduo. Vivia-se a época do antiliberalismo.

Tudo estava a exigir manifesto e público repúdio. E a clarinada vibrou. Com a prisão do estudante HÉLIO MOTA, então Presidente do Centro Acadêmico “XI de Agosto”, um grito oportuno ecoou através do Manifesto à Nação de 1.º de novembro de 1943, em que se exigia uma definição do país em face da agressão fascista.

Redigiu-o LUÍS ARROBAS MARTINS, seguindo-se à sua assinatura cerca de duzentas outras, convictos todos de que aquela

atitude se impunha perante o nosso povo para que ele continuasse digno de suas tradições viris, lutando ao lado das nações livres, batalhando pela preservação dos valores humanos e para que se integrasse na sua linha histórica, expurgando desta terra os fermentos ideológicos que o fascismo estrangeiro e indígena lhe inoculara.

Como vedes, mais um feito de inolvidável figuração cívica, cuja lembrança foi traçada por BRASIL BANDECCHI, imperecedouramente, nas páginas da “Revista do Instituto Histórico e Geográfico”, de São Paulo, e que no bronze imorredouro de uma placa ficou embrechada no saguão da Velha Academia.

Reconquistada a democracia, volta a Pátria aos dias de paz e progresso, mas, para infelicidade de todos os brasileiros, efêmera fora a conquista. A renúncia sibilina do último Presidente da República sufragado pelas urnas populares atirou-nos ao caos e estaríamos reduzidos a um vasto aglomerado de homens estandardizados, erradicados de almas, a fervilhar numa sociedade escatológica, não fora a marcha vitoriosa de um povo já conscientizado em seus anseios de liberdade.

* * *

Senhores :

ALCÂNTARA MACHADO, prefaciando uma coletânea de poemas escritos por estudantes de direito, observou que a Velha Academia tinha três portas principais, encimadas por três pedaços de mármore branco, e que foi a mocidade de seu tempo que os colocou na fachada do prédio e nele mandou insculpir três nomes.

“Seria natural” — diz ele — “tratando-se de uma escola de direito, que os homens assim consagrados como numes tutelares fossem escolhidos dentre os juristas, mestres ou discípulos do insigne instituto: RUI, TEIXEIRA DE FREITAS, RIBAS, RAMALHO, PIMENTA BUENO . Mas o que víamos não era a sua nobreza de centro de elaboração e irradiação do pensamento jurídico; e sim o prestígio, que a tradição lhe atribuíra, de filial do Parnaso em terra brasileira. Por isso, em vez de três jurisconsultos, evocaram uma trindade de poetas: ÁLVARES DE AZEVEDO, CASTRO ALVES, FAGUNDES VARELA.”

De fato, a humanidade sonha pelos poetas e neles habita um Deus que os inspira e os alenta com as sementes da inspiração celestial.

No dia de hoje, aniversário da nossa Faculdade, os versos afloram em buquês multicores. São os beijos à mãe amada, o louvor crescente das almas transcendentais onde fervilha sempre o coração coberto de ternura e amor. E essa glorificação vicejante faz-se sentir no “Canto de Glória”, de OLIVEIRA RIBEIRO NETO, neste rendilhar de plumas espirituais:

“Minha Faculdade, velho ninho de águias,
 fonte esclarecida do ideal clarão,
 já vinte anos antes da República,
 mandaste teus filhos conduzir o archote,
 lúcidos pregoeiros da renovação.
 E quando o Brasil, trêmulo e humilhado,
 sem lei e sem rumo, ia escravizado,
 engolindo as lágrimas dum longa noite
 sem o breviário da Constituição,
 foi tua coragem, minha velha escola,
 que fez das Arcadas muros de defesa,
 que tornou as taipas em fortins de guerra,
 e pôs no teu peito o fanal da luta
 do ânimo paulista a mostrar a senda
 dum liberdade sem ser usurpada.
 Os teus dois patronos foram teu exemplo,
 pois foi São Francisco que te deu a fibra,
 pois que foi São Paulo que te deu a espada!
 Hoje que estás rica, de pedra vestida,
 toda rendilhada qual noiva garrida
 do São Paulo novo dos arranha-céus,
 hoje que não dormes sob os longos véus
 de névoa e de garoa do São Paulo antigo
 de ruas estreitas e falar pausado,
 eu confio e espero em tua mocidade
 que é a mesma sempre, velha Faculdade,
 pois Rui, e Nabuco, e Rio Branco e mil outros
 que deram à pátria seu nome grandioso
 enchendo de luzes páginas da História,
 vão mostrando aos moços, por felicidade,
 que o teu nome sempre, minha Faculdade,
 é a melhor das rimas para Liberdade
 é a maior das chamadas para o altar da Glória!”

A poesia tem em si algo de divino que alteia a realidade das coisas, envolvendo-as nas inspirações do coração. Bem se disse que a humanidade sonha pelos devaneios dos poetas.

BILAC escreveu que “os poetas são estuários, em que se vêm confundir as torrentes de ideais e de sentimentos que

agitam as idades; são espelhos em que se vêm refletir e concentrar os feixes de raios ardentes em que abrasa o ideal humano”

É bem verdade. O coração da mocidade comprimiu pelos corredores das Arcadas versos que a cobriram de glória. E PAULO BOMFIM, comungando o coro mavioso e esplêndido de seus irmãos templários, ergueu para os céus, em evocativa memória, seu “Canto de amor à Faculdade”, entalhando-o nas pedras do monumento cintilar onde o sol nunca descamba sua luz no ocaso.

Ouçâmo-lo :

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 deles 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 bênção 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,
 E por paixão, rebeldia,
 Sede de amor, de justiça,
 Viva em nós a rosa agreste
 E escreva com seus espinhos
 E grave com nosso sangue,
 Em muros, mares e ventos
 A palavra — Liberdade!

* * *

Bem vêdes que o sino do prisco Mosteiro não se quedou à missão primeira de sacudir as horas, alentando a rapaziada bulhenta para a confraternização das aulas. Em todos os tempos, sentinela alerta, — sino sagrado da redenção! — seu dobre, em precipites vozes argentinas, congregou seus filhos para os grandes momentos cívicos da Pátria. O sonar de seu bronze ecoou pelas cumeeiras do Jaraguá e venceu todas as herdades do torrão natal, a todos conclamando para a luta e para a glória. E nos instantes de paz e de quietude espiritual, em meio à claridade cambiante e morrediça dos crepúsculos, seu tanger sereno se eleva para as alturas, concitando à prece, na beatitude dulcífica das ave-marias.

Hoje, galharda e festivamente, na gloriosa hermidia, seu bimbalar ressoa pelas homílias de seus apóstolos e pelo canto de seus poetas.

Irreversível em suas aspirações, infensa à transmutação do tempo, tantas vezes ímpio!, a Velha Faculdade mantém acesa a pira de seus ideais e guarda no musgo de seus muros o relicário de sua história, a tradição dos que ali viveram, dos que vivem e dos que hão de viver, sem que força alguma possa usurpá-la, porque nela se eleva o altar da Pátria!

Cidadela incólume! Cidadela da Liberdade!

CRÔNICA DAS ARCADAS

Novos Professores Eméritos — A Redação	239
Discurso de Saudação de Celso Neves	241
Antônio Chaves saúda Washington de Barros Monteiro	248
Washington de Barros Monteiro agradece a homenagem recebida	256
Professor Emérito Philomeno Joaquim da Costa — A Redação ..	261
Discurso de João Batista de Oliveira e Costa Júnior	262
Discurso de Agradecimento do Novo Emérito	268
Nova Titular de Direito Processual Penal das Arcadas, Ada Pellegrini Grinover — A Redação	285
Saudação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho	288
A Nova Titular Agradece	295

CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADEMICAS

A Propósito da Festa do Sesquicentenário	305
--	-----

INDEX

IN MEMORIAN

Hommage rendu à Mr. le Professeur Luis Antonio da Gama e Silva — Washington de Barros Monteiro	15
Hommage posthume à Mr. le Professeur Sylvio Marcondes — Mauro Brandão Lopes	21

DOCTRINE

Les points de vue Universaliste et Régionaliste dans le Droit Inter- national — Haroldo Valladão	29
Le Nouveau Droit de la Mer et l'Amerique Latine — Vicente Ma- rotta Rangel	41
L'Etat, la Jurisdiction et les Garanties — Un Chapitre de l'Histoire Constitutionnelle — Nelson Saldanha	53
La Sentence Normative et le Droit du Travail — Amauri Mascaro Nascimento	67
La Révocation de la Sentence dans le Droit Portugais — Moacyr Lobo da Costa	79
L'Ouverture du Testament — Paulo Carneiro Maia	103
Le rôle de la femme dans la Société — Teresa Ancona Lopes de Magalhães	123
La Politique des Salaires — Cássio de Mesquita Barros Júnior	135
Éléments pour l'Etude de l'Evolution Historique de l'Exécution des Sentences dans le Droit Portugais — Luis Carlos de Azevedo	143
Droit et Domination à l'Horizon de l'Existence — Aloysio Ferraz Pereira	159
Les Bénéfices de la Sécurité Sociale accordés à la Concubine — Rubens Limongi França	165

CONFERENCES ET DISCOURS

La Castration. La Stérilisation. Le "Changement" Artificiel de Sexe. Antonio Chaves	187
La Politique Fiscale et la Réforme de l'impôt sur la Production Industrielle — Ruy Barbosa Nogueira	203
Les personnes Exceptionnelles, surtout les Aveugles et le Droit d' Auteur — Antonio Chaves	217
La Discipline Juridico-urbaine de la Propriété Urbaine — José Afonso da Silva	227

CHRONIQUE DE LA FACULTÉ

Les Nouveaux Professeurs Emérites — La Rédaction . . .	239
Discours de Réception par le Professeur Celso Neves . . .	241
Antonio Chaves salue Mr. Washington de Barros Monteiro	248
Discours de remerciements de Mr. Washington de Barros Monteiro	256
Le Professeur Émerite Philomeno Joaquim da Costa — La Rédaction	261
Discours de Mr. João Baptista de Oliveira e Costa Jr.	262
Discours de remerciements du nouveau Professeur Émerite	268
Le Nouveau Titulaire de Droit de Procédure Pénale, Ada Pellegrini Grinover — La Rédaction	285
Discours de Réception du Professeur Manoel Gonçalves Ferreira Filho	288
Le nouveau Professeur remercie	295
Au sujet de la fête du Sesquicentenaire de la Faculté	305



TABLE OF CONTENTS

IN MEMORIAM

Homage paid to Professor Luis Antônio da Gama e Silva — Washington de Barros Monteiro	15
Posthumous homage done to Professor Sylvio Marcondes — Mauro Brandão Lopes	21

DOCTRINE

Local and Universal Views in International Law — Haroldo Valladão	29
The New Maritime Law and Latin America — Vicente Marotta Rangel	41
The State, the Jurisdiction and Guaranteed Protections. A Chapter of Constitutional History — Nelson Saldanha	53
The Normative Sentence and The Labour Law — Amauri Mascaro Nascimento	67
The annulment of Sentences in the Portuguese Law — Moacyr Lobo da Costa	79
The opening of Testament — Paulo Carneiro Maia	103
The woman's activities in Society — Teresa Ancona Lopes de Magalhães	123
The Wage Policy — Cássio de Mesquita Barros Júnior	135
Aids to the Study of the Historical Evolution of the Execution of Sentences in the Portuguese Law — Luis Carlos de Azevedo	143
Right and Domination at the Horizon of Existence — Aloysio Ferraz Pereira	159
Social Security advantages granted to the Concubine — Rubens Limongi França	165

CONFERENCES AND SPEECHES

Gelding, Sterilization, Artificial "Changing" of Sex. — Antonio Chaves	187
The Fiscal Policy and the Reformation of Tax bearing on industrialized Commodities — Ruy Barbosa Nogueira	203
Disabled People, Chiefly The Blind, and Copyright — Antonio Chaves	217
The Juridical Discipline of Urban Property — José Afonso da Silva	227



IMPRESA OFICIAL DO ESTADO S/A

SÃO PAULO - BRASIL

1981

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).