

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**



N3-42 -

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

Largo São Francisco, 95
Térreo - CEP 01005
01000 São Paulo, S.P.

NOTAS:

1. As expedições futuras dependem da devolução deste cartão.

Les expéditions ultérieures dépendent du renvoi de cette carte.

Further mailings depend on the return of this card.

2. Solicitamos permuta com publicação congênere.

Nous demandons l'échange avec publication congénère.

Please exchange with similar publication.

* (Modelo do Redator Antonio Augusto Machado de Campos)

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

Recebemos e agradecemos:..... Il nous manque:.....

Nous avons reçu et vous remercions:..... Falta-nos:.....

We have received and thanks:..... We are in want of:.....

NOME _____

ENDEREÇO _____

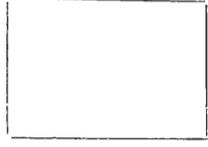
CÓDIGO POSTAL _____

DATA _____

ASSINATURA _____

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

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO



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

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

C.R. Central - F.D.U.S.P.
Recibido: 11-03-85

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

PROFESSOR DR. VICENTE MAROTTA RANGEL

VICE-DIRETOR

PROFESSOR DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORRÊA

CONSELHO INTERDEPARTAMENTAL

Presidente:

DR. VICENTE MAROTTA RANGEL

PROFESSORES MEMBROS

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

PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849 - 1923)
CLÓVIS BEVILACQUA (1859 - 1944)
FRANCISCO MENDES PIMENTEL (1869 - 1957)
JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (1861 - 1930)
FRANCISCO CAVALVANTI 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 - 1965)
ALEXANDRE CORREIA
LINO DE MORAES LEME (1888 - 1969)
ALVINO FERREIRA LIMA (1888 - 1975)
VICENTE RÃO (1892 - 1978)
JORGE AMERICANO (1891 - 1969)
ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR (1892 - 1971)
HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO (1894 - 1969)
NICOLAU NAZO (1895 - 1974)
ERNESTO LEME
MÁRIO MASAGÃO
CÂNDIDO MOTTA FILHO (1897 - 1977)
NOÉ AZEVEDO (1896 - 1972)
JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA
LUÍS EULALIO DE BUENO VIDIGAL
MOACYR AMARAL SANTOS

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

PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

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

PROFESSORES-ADJUNTOS

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

DR. ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, de Direito Processual Civil
DRA. HENNY GOULART, de Direito Penal
DR. WALTER MORAES, de Direito Civil
DR. MIGUEL REALE JÚNIOR, de Direito Penal
DR. RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, de Direito Penal
DR. ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, de Direito Civil
DR. NELSON ABRÃO, de Direito Comercial
DR. 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 DE MESQUITA BARROS JÚNIOR, de Direito do Trabalho
DR. ALOYSIO FERRAZ PEREIRA, de Filosofia do Direito
DR. GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, de Direito Internacional

PROFESSORES LIVRES-DOCENTES

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

Assistente Técnico para Assuntos Acadêmicos

BEL. ODILA REGINA INDOLFO

Assistente Técnico para Assuntos Administrativos

BEL. HENRIQUE SCALFI

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME LXXVIII

EM HOMENAGEM
À JORNALISTA MARIA ANGÉLICA REBELLO
PELOS SEUS 28 ANOS DE REDAÇÃO, NESTA REVISTA.

(Janeiro-Dezembro)

1983

Comissão de Redação:

Professor Dr. Goffredo da Silva Telles Júnior

Professor Dr. Antônio Chaves

Professor Dr. José Cretella Júnior

Redator Secretário:

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

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

A “REVISTA” EM NOVA FASE

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

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

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

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

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

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

1. Os textos devem ser objetivos e divididos em tópicos pertinentes, com os respectivos títulos, subordinados a um sumário inicial;
2. Não poderão exceder 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

A Comissão

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

Em seu septuagésimo oitavo 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 na Livraria indicada abaixo a Cr\$ 2.000,00 os fascículos mais porte de correio. Para o exterior, a US\$ 10,00 (dez) dólares mais porte de correio.

«Revista da Faculdade de Direito»

Endereço correto para permuta:

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

01000 — São Paulo — Brasil

ESTE FASCÍCULO DA
“REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO”
FOI MANDADO PUBLICAR PELA
CONGREGAÇÃO DOS PROFESSORES,
EM HOMENAGEM À JORNALISTA
MARIA ANGÉLICA REBELLO PELOS
SEUS 28 ANOS DE REDAÇÃO, NESTA
REVISTA.

HOMENAGEM

Maria Angélica Rebello. 28 Anos de Revista.

A Redação

Maria Angélica Rebello é uma das pessoas que temos em especial na vida. Quando a ela nos referimos, de imediato, duas virtudes vêm à mente: persistência e perfeccionismo.

Nas Arcadas houve tempos de trabalhos, juntos, em 1976, na Revista da Faculdade. Éramos colegas e companheiros, outrossim, na Faculdade de Comunicação Social «Cáster Líbero». Outras épocas, outros comportamentos sociais — que relembram vidas acadêmicas dedicadas e repletas de animosidade. E ânimo nunca faltou à Maria Angélica, embora com passagens nem um pouco agradáveis, nos seus 28 anos de Revista. O atropelamento que sofrera é exemplo da força de vontade que sempre tivera em atividades particular e profissional.

Lembro-me da Seção instalada no 3º andar e da janela a via chegar ao estacionamento da Faculdade, na Rua Riachuelo. Pequeninha, nervosa no andar, sempre aflita para ver o próximo fascículo completado lá estava ela em minutos para o reinício dos trabalhos.

Apesar de o nervosismo imperar no modo de ser, Maria Angélica nunca desprezou a gentileza. Mulher polida, tanto no tratamento quanto na expressão da palavra.

Foram tantos anos de dedicação e colaboração à Faculdade de Direito — somente a Permuta nacional e internacional fez que nossa Faculdade fosse apreciada e agraciada por todos os institutos jurídicos do mundo — que preferimos contar com a própria jornalista e advogada na narração de sua vida.

Aceitou, gentilmente, intitulado-a *Minha Vida, Meu Trabalho*, cuja exposição está a seguir:

Minha Vida, Meu Trabalho

Eis-me dando a público, por gentileza e mera condescendência da Douta Congregação desta Faculdade e da DD. Comissão da *Revista da Faculdade de Direito*, a história de minha vida e trabalho, meu “diário de bordo”. Explico. “Diário de Bordo” é título que, muito espirituosa, deu uma de minhas auxiliares aos currículos que os homenageados por esta Revista nos remetiam para a redação de notícias, posse de cátedra, jubileu etc., e que adotei prazerosamente.

Na verdade, a vida é uma viagem longa ou curta, acidentada ou calma, cujo relato cronológico assemelha-se a diário de bordo.

Os currículos que recebíamos eram todos mananciais de ricas informações sobre a vida profissional dos mestres, de fatos, atos e obras tão importantes que mereciam ser registrados “ad perpetuum rei memoriam”. Melhor disse ainda Professor Dr. Geraldo de Camargo Vidigal ao remeter-me o seu: “aqui vai meu passaporte para a glória.”

Glória, sem dúvida, que não mereço mas desvanece-me até o fundo da alma é o registro nestas páginas que completam seu nonagésimo aniversário, dos pequenos fatos de minha viagem pela vida; repletos, porém, de amor pelos que me cercaram desde a infância e de encantamento, alegria e entusiasmo por tudo que fiz, bem ou mal, vibrando em cada ato intensamente, seja talvez o único mérito.

Dados Pessoais e Primeiros Estudos

Consta de documentos oficiais que nasci em Itatiba, Estado de São Paulo.

Filha legítima de Pedro Cardoso Rebello e de D. Anna Kisth Rebello; foram meus avós o capitão Miguel Cardoso Rebello e D. Rita do Amaral Rebello; Victório Kisth e D. Maria Thereza Danielle Kisth.

Fiz os primeiros estudos com D. Rita do Amaral Rebello, tia do lado paterno, que além de alfabetizar-me antes dos 6 anos, ensinou-me música e piano naquela idade. Mais ou menos aos 7 anos apresentava-me em público, pela primeira vez, já em outra cidade, Bragança Paulista, no Colégio Sagrado Coração de Jesus, dirigido por freiras da ordem religiosa espanhola “Filhas de Jesus”

Desde essa idade, meus irmãos, D. Maria José Rebello Nahas e Dr. Geraldo Rebello, e eu recebíamos rigorosa formação moral, religiosa e cívica quase medieval, tanto por parte de nossos pais como das tias; as idéias absorvidas então de dignidade pessoal, de honra, de amor à verdade, à Pátria influenciaram-me pela vida afora, a despeito de temperamento obstinado, independente e indócil, ao mesmo tempo alegre, ardoroso, impetuoso.

Durante o ginásio que completei no mesmo Colégio Sagrado Coração de Jesus, estudava música e piano e lia muito, preferindo biografias de personalidades ilustres, estadistas, literatos nacionais e internacionais, a própria literatura clássica, poesias, história Pátria e Mundial, até a revolução bolchevista responsável pelo massacre da família imperial russa, que me impressionou muito na ocasião.

Não sei se a leitura constante ou influência de minha tia despertaram em mim amor tão grande ao Brasil que me prometia fazê-lo amar pelos futuros alunos; revoltava-me saber que o mundo quase o desconhecia. Nasciam então sonhos utópicos: fazer o Brasil conhecido

no mundo inteiro! Como? Uma simples professorinha caipira?! Quero dizer, do interior. Mas sonhava! Sonhava arrebatadamente!!!

Como já disse, continuava o estudo de piano com minha tia, tendo recebido, também, aulas de interpretação com D. Maria da Fontoura Costa, ex-aluna de Chiafarelli, durante 6 meses ou um ano, não me lembro bem, e algumas com outra tia paterna que no século chamava-se Benedita do Amaral Cardoso Rebello, ex-aluna de Vitória Serva da Escola Chiafarelli e de Franceschini. Tornou-se religiosa Dominicana com o nome de Irmã Maria Gertrudes do Sagrado Coração e fundou o conservatório de Limeira, tendo recebido, recentemente, homenagem da cidade inteira.

Devia ter mais ou menos 12 ou 13 anos quando conheci no Hotel Carvalho de Bragança, apresentada por querida amiga Diná Maria Martins, filha dos proprietários, o sr. Rossini Camargo Guarnieri que lá se hospedava. Ouvindo-me executar uma peça de Grieg, entusiasmou-se e não se conformava com minha permanência no interior, achando que devia vir a São Paulo para aperfeiçoar-me. Meus pais não permitiriam por ser muito criança. Ofereceu-me então uma coleção de peças compostas por seu irmão Mozart Camargo Guarnieri, notável compositor contemporâneo, tendo sido estudadas e executadas quase todas, algumas de grande dificuldade técnica e interpretativa.

Por essa época, enquanto fazia o ginásio, apresentei-me inúmeras vezes em público, tanto em Bragança como em São Paulo, executando peças de Brahms, Liszt, Chopin, Beethoven, Mozart e outros, em salões particulares e no Liceu Coração de Jesus em São Paulo e em salões de Bragança Paulista. Concentro-me sempre em tudo que faço. Na primeira audição dada em São Paulo, em salão particular de alta classe, executava Carnaval de Grieg tão absorpta na música e era tão grande o silêncio que ao estrugir de palmas assustei-me. De outras vezes, cheguei a chorar de emoção ao executar peças de Tschaikovsky, *Barcarolle*, op. 6 e *Romance*.

Mais tarde, já graduada professora normalista, passei a estudar com Maestro Demétrio Kipman ⁽¹⁾, sob cuja regência executei, como solista, dois concertos com a Orquestra Amadores da Arte Musical de Bragança Paulista: O concerto em sol menor de Mendelssohn - Bartholdi e o Concerto nº 1 — op. 23 de Peter I Tschaikovsky, com 97 páginas.

Este último foi preparado em um ano e o mestre exigia, nos últimos meses, que estudasse nota por nota, acorde por acorde, levantando de cada vez dedos, pulsos ou braços, vagarosamente, para perfeição de "toucher", 6 a 8 vezes por dia; e uma ou duas vezes no

(1) Maestro Demétrio Kipman, de origem nobre da Rússia, naturalizado brasileiro, fundou em Bragança Paulista a Sociedade Amadores da Arte Musical e lecionou línguas e piano naquela cidade e em São Paulo. Tanto fez pela música e pela juventude que as duas cidades o homenagearam dando seu nome a ruas. Atualmente há em Bragança Conservatório com seu nome.

tempo certo. Jamais poupei-me esforços para realizar algo e pacientemente cumpria a recomendação. Massacre verdadeiro.

Quem conhece a dificuldade técnica desse concerto e das demais peças que citei, há de concordar que o estudo de piano como me exigiram os vários mestres, não perdoando qualquer deslize ou descaso de acidentes musicais, legatos, stacatos, ralentandos, fermatas, fraseados etc. foi de extraordinária valia para o trabalho que realizei mais tarde, no aprimoramento gráfico da *Revista da Faculdade de Direito*, uniformizando tipos de títulos, intertítulos, notas de rodapé, de bibliografias e outros, e na revisão de textos. A observação de acidentes musicais e a observação cuidadosa de acidentes topográficos são paralelas, embora a primeira, interpretativa de música, contenha emoção.

A memória auditiva e mental desenvolvida na decoração das peças, sobretudo dos dois últimos concertos, auxiliou-me no estudo universitário tanto do direito e cursos de extensão universitária, como no estudo de jornalismo. Trabalhando intensamente quase não sobrava tempo para o estudo; em grande parte devia contentar-me em ouvir as preleções e guardá-las na memória.

Ensino

Concluído o Curso Normal, apesar de ter sido aluna difícil quanto ao comportamento, mas com boas notas de Pedagogia, Psicologia, Sociologia e Didática, lecionei no mesmo colégio.

Naquele ano para minha alegria, mudou a Superiora. Apresentei-me e confessei: fui péssima aluna mas pretendo ser ótima professora. Qual não foi a surpresa ao contratar-me. Transformei-me; dediquei-me de corpo e alma às minhas alunas. Alfabetizei duas ou três turmas, cada uma em menos de dois meses. No fim do ano, as meninas liam corretamente, sem tropeços, como adultas, e escreviam corretamente suas pequenas orações. Tinham base firme de aritmética e conheciam rudimentos de História e Geografia.

Já no curso primário cumpri o plano de fazer meus alunos amar o Brasil. Foi com lições de História, nos finais de aula. Tão pequenas e tão sensíveis ao bem! Lia, para que conhecessem, vidas de brasileiros e fatos da História Pátria de livro que talvez não mais exista: *Sombras que Vivem*. Era escrito com tal vigor de idéias, descrevia com tal colorido fatos e homens a ponto de comover. Minhas pequeninas sequer piscavam para ouvir bem as histórias, e confessaram-me algumas: até chorei! Assim começaram a amar os heróis brasileiros e a dar valor a terra em que nasceram.

Logo, porém, minha família veio para São Paulo e fui lecionar no Colégio Nossa Senhora de Sion de Higienópolis. Deram-me as alunas do quarto ano primário.

Vejo-as ainda, encantadoras nos uniformes impecáveis; torsal verde pendente da cintura, indicando a classe, chapéu de aba larga em feltro azul marinho, mãos enluvadas. Finas, bem educadas, inteligentes, eram preparadas para a elite social. Mas, realmente, agruparam-se 40 ou mais meninas irrequietas, falantes, peraltas para me endoidecer. Algumas contavam 13 ou 14 anos, confundindo-se com a jovem mestra, que felizmente ficava em tablado alto de dois ou três degraus. Precisei usar de certa violência, uma só vez, para fazer-me respeitar e consegui.

A sala era grande e clara e dava para o parque com plantas e árvores que me encantavam. Bem perto da sala, junto à janela às costas da mestra, um viveiro onde morava uma arara. Colorida e barulhenta imitava as alunas gritando o tempo inteiro “Masel, Masel” (“Masel” é corruptela de Mademoiselle) “Masel, Masel”! Quando não eram as meninas a arara!

Um dia, logo no primeiro mês, perdi a paciência. Levava um pacote de provas, mais de quarenta, para correção e debate oral; delicadamente pedia silêncio, mas a conversa continuava animada; eu a esperar e pedir silêncio, até que na terceira ou quarta vez, num impulso indignado, com toda força, estourei sobre a mesa o pacote inteiro de provas que voaram até a última carteira. — Corrijam vocês mesmas, disse irritadíssima, e saí da sala para a Diretoria. Felizmente tive apoio da Superiora que me deu carta branca. A contar de então não houve mais problemas com disciplina.

Percebi que as novas alunas não estavam suficientemente preparadas e adotei método próprio; no primeiro semestre intensifiquei o estudo de português e aritmética, relegando para o 2º semestre as demais matérias, excluindo História Pátria, que a título de lazer, contava nos fins das aulas, movimentando-a com desenhos rudimentares na pedra. Não precisavam estudar; aproveitava-me de novo da História para despertar nas alunas o amor à Pátria. Aproveitava-me de todas as circunstâncias para incutir-lhes amor à verdade, à liberdade consciente, à justiça, à lealdade.

O método deu esplêndido resultado, pois voltara ao princípio, aos rudimentos de Português e Aritmética para desenvolver o programa racionalmente, em alicerce firme, seguro. A maior parte das alunas passou para o ginásio sem curso preparatório e a assistente do curso primário, “soeur” Ana Eugênia, convidou-me a dar aulas de português e aritmética em todas as classes; seria sobrecarga perigosa e arriscada, não pude aceitar.

Com outras três turmas segui o mesmo método, com mesmo esplêndido resultado.

Mais tarde, já bacharel em Direito, tive mais uma experiência didática e pedagógica.

Após testes especiais, fui convidada a lecionar Português no Curso Tales de Preparação para Oficiais da Aeronáutica. Não me lembro bem se era para Oficiais ou aspirantes a Oficiais. Lembro-me, no entanto, que um colega procurou dissuadir-me pois lecionara naquele curso e não suportara o peso. Eram os jovens, dizia ele, tão indisciplinados e mal criados que não se conseguia dar uma aula.

Fiz questão no início de relatar certos traços de minha personalidade e eventual leitor não duvidará que enfrentei a “turba”, como dizia o colega.

Usando saltos de 10 cms., levantava o cabelo prendendo-o à nuca, para dar-me aspecto mais grave. Tenho gênio e fisionomia alegres o que engana, involuntariamente, a quem não me conhece.

No princípio, intimamente apavorada, assestei carranca.

O primeiro e único a brincar foi um japonezinho. Convidei-o a retirar-se da sala insistindo para que não voltasse. Não saiu. Desculpou-se. Perdoei.

Tive então, a contar desse dia, a experiência mais cara, a lembrança mais querida como professora. Tornei-me amiga dos alunos. Reunía-mo-nos antes da aula para conversar; aprendi propositadamente marcas de carro, acompanhei a política, e já conhecia um pouco a respeito de aviões e naves espaciais e “foot-ball”, assuntos prediletos dos jovens. Nessa conversa diária conquistei-lhes a confiança, a amizade e nas aulas o respeito.

Encontrei-os, jovens que já haviam concluído o científico e clássico daquele tempo, sem preparo algum em Português; excluindo dois ou três, os demais precisariam voltar ao princípio. Foi o que fiz. Preparava diariamente as aulas sintetizando em quadros sinóticos a matéria a ser dada, desde a fonética. Depois redação de pequenas orações, de curtos períodos para finalmente chegar a composições. Dava, também, aulas práticas e orais de emprego correto de verbos, pronomes e concordância. Resultados bons gradativamente e finalmente muitos foram aprovados.

Entra em vigor pela 8ª vez o plano da primeira juventude: fazer dos alunos pessoas leais, dignas, honestas que amassem estremecidamente a Pátria.

Que almas tão lindas e puras as dos jovens, que massa tão fácil de moldar, que potencialidade vigorosa de entusiasmo, de ação, inteligência, de sensibilidade, de amor!

Das lembranças que me ficaram, relato duas apenas para ilustrar o que afirmo.



Maria Angélica Rebello, em 1954, ao iniciar os serviços da Revista.

Fiz várias explicações sobre a necessidade de serem honestos e respeitarem a si mesmos, sobretudo futuros aviadores que poderiam chegar a ser Presidente, como Castello Branco na época; nomeando as riquezas do Brasil que para ser uma das maiores, ou a maior Nação do mundo, somente necessitasse de homens honestos e competentes, estabelecemos um acordo, democraticamente: ninguém mentiria, em classe ou fora dela, e para exercitar quando fizéssemos provas ninguém usaria cola, que na verdade é usurpar nota de outro.

Aconteceu que foram fazer prova simulada longe da Escola, sem a presença da mestra. No dia seguinte um dos alunos chegou-se-lhe para dizer: escute, professora, quero que a senhora saiba: “ontem, no simulado, um colega pediu-me um cigarro. Ofereci-lhe o maço mas o Diretor pensou que fosse cola e retirou-nos as provas. Não faz mal que ele pense assim, quero que a senhora saiba a verdade; eu não estava colando”.

Outras vezes, em dia de prova na classe, dizia-lhes: são moços, têm responsabilidade pelo que fazem, não precisam de vigilante. Lembrem-se do acordo. Ausentava-me mas retornava a qualquer momento sem ser presentida. Que delícia! Absoluto silêncio, cada qual concentrado em sua prova. A nota era minha e a alegria também!

Havia entre os alunos um rapaz inteligente, mais adiantado do que os outros, que se desviara, por más companhias, afundando-se em vícios. Alguns dos alunos reclamavam sua presença entre eles, e indignados diziam-me — como permite a senhora esse rapaz conosco? Respondia-lhes: quando alguém está se afogando, ajudam a morrer? não saberá que conheço seus problemas, vamos procurar salvá-lo. Passei a exaltá-lo em classe, sua redação, os desenhos, a inteligência, encarregando-o, inclusive, de redigir lições e dá-las aos colegas. O rapaz entusiasmou-se, passou a frequentar mais as aulas e finalmente ingressou na Escola de Cadetes. Recebi, então, o prêmio maior de minha vida: os alunos prepararam-me carinhosamente um caderno com recortes, os mais variados, de aviões, de naves espaciais e até de Laika e disseram agradecendo-me: o nome dele e os nossos estão neste caderno. Vamos ajudá-lo, há de ser oficial!

Há algo neste mundo que mais nos encha de alegria, de glória, que salvar o futuro de um rapaz? Não há.

Oh! Se nossos governantes tivessem tido um pouco de visão, há 30 ou 20 anos atrás, prevendo o previsível, a explosão demográfica; se ao invés de BNH, houvessem criado o BNE (Banco Nacional da Educação), desvinculado de política, com dirigentes honestos, altruístas e competentes, teriam resguardado o maior valor nacional, as extraordinárias disponibilidades juvenis, e não assistiríamos estarrecidos, ao descalabro social de hoje: meninos e jovens analfabetos, famintos, maltrapilhos, vadios, assaltantes, ladrões e assassinos!

Vida Universitária

Curso de Ciências Jurídicas e Sociais - USP

Para melhor desempenhar as atribuições que me eram afetas, na Redação e Permuta Internacional da *Revista da Faculdade de Direito*, resolvi estudar Direito.

Fiz antes o curso preparatório com professor Castelões, estudando Português e Latim e um pouco de Francês com professor Tolosa no mesmo curso.

Ingressando no Curso Jurídico em 1957 o concluí em 1961 e coleitei grau em 1962.

Além do currículo normal do curso de Direito que, infelizmente, não pude desenvolver como era meu desejo, pelo trabalho intenso da Revista, mas tendo boa memória auditiva em virtude do estudo da música já referido, fiz vários cursos de extensão universitária e o antigo Curso de Especialização nas cadeiras de Filosofia do Direito, Processo Civil e Direito Penal.

Sem dúvida esse preparo ajudou-me a levar a termo a redação que me cabia, na Revista, tanto na seção de Crônica ao biografar professores homenageados, ao comentar suas atividades jurídicas, ao condensar discursos eminentemente jurídicos para "leads", ou notícias culturais, como ao redigir comentários, notas, até para a revisão e Editorial; muitas vezes tive que pesquisar e reestudar certas matérias, caso, por exemplo, da "lead" para a Carta aos Brasileiros.

Examinava, também, colaborações que não eram somente de nossos professores, mas de fora. Se apresentassem má redação ou comprometessem de qualquer forma a Faculdade ou a Revista, apresentava-as à Comissão de Redação que em geral concordava com a suspensão do trabalho. Isto aconteceu várias vezes.

Ajudou-me, inclusive, no critério para escolha de Revistas de Direito Internacionais para permuta, que a contar de certa época precisaram ser muito selecionadas em virtude de falta de espaço na Biblioteca e limite de tiragem da nossa.

As lições preciosas que recebi nesta casa auxiliaram-me, também, na vida particular, ao administrar condomínios, resolver problemas familiares ou de amigos e os meus, no âmbito administrativo e imobiliário.

Vivi intensamente o período acadêmico tendo sido um dos elementos fundadores do Coral Acadêmico, isto é, pertenci à primeira turma de coralistas, participando de muitas audições, inclusive em outros Estados e em Brasília quando era presidente o Senhor Janio Quadros e ministro da Educação, parece-me, nosso Professor Canuto Mendes de Almeida. Participei de muitos movimentos estudantis e até das "pinduras".

Pertenci à Diretoria do Departamento Feminino do Centro Acadêmico XI de Agosto, primeiro como Tesoureira, a seguir como Secretária e finalmente como Diretora, cargo que apenas assumi renunciei, por razões políticas.

Ainda como estudante de Direito, dei duas entrevistas sobre a Revista da Faculdade de Direito, uma para um dos jornais acadêmicos da época, o *Libertador*, de 15-10-1957 com o título *Mensagem de Cultura Jurídica*, em que o repórter se refere à redatora assim: “com um entusiasmo desmedido mostrou-nos a secretária de redação os arquivos, a correspondência. ”.

Outra foi de página inteira à Folha da Manhã, verdadeiro relatório sobre o movimento da Secretaria da Revista. Essa página foi conservada até há pouco mas perdeu-se em mudanças, por isso não me recordo perfeitamente se foi à Folha ou à Gazeta, mas entre 1957 e 1959.

Dei também, como bacharelanda, entrevista sobre o Parlamentarismo que se projetava para o Brasil em 1961, para a Gazeta ou Folha, também não me lembro, perdeu-se o recorte.

Mais tarde, no ano do Sesquicentenário de fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, dei nova entrevista para a *Informações da Universidade de São Paulo*, nº 21, de maio de 1977, com a seguinte chamada “A Revista da Faculdade de Direito Mostra um Século de História Jurídica do País” e fez-se um resumo da história à p. 3, com o seguinte título: *Desde 1893 Revista Representa Direito*.

Quando estudante da Faculdade de Comunicações Sociais Cásper Líbero participei de um júri simulado pela TV Gazeta sobre aborto.

Cursos de Extensão Universitária

Como estudante de Direito, freqüentei vários cursos de extensão universitária, entre os quais:

Curso sobre Problemas Fundamentais do Brasil patrocinado pela RUSP.

Curso de férias do Centro Acadêmico XI de Agosto. Diploma de Aproveitamento por ter freqüentado assiduamente o curso sobre “Classificação das Ações e das Sentenças”, ministrado na Faculdade de Direito da USP pelo jurista Professor Pontes de Miranda em 1959.

Certificado de conclusão do Curso de Extensão Universitária da RUSP sobre Potencial e Poder Nacional, patrocinado pela RUSP com a cooperação da Escola Superior de Guerra de 04-9-55 a 06-11-59 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Certificado de freqüência às aulas conferido pelo Centro Acadêmico XI de Agosto do Curso de Direito Tributário na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, patrocinado pelo Departamento Cultural em 1957.

Certificado de conclusão do curso de Literatura Contemporânea, realizado nos meses de agosto-setembro de 1960.

Diploma de aproveitamento referente ao curso sobre Aspectos da Parte Especial do Código Penal proferido no 2º semestre de 1959 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1959.

Da mesma Sociedade Brasileira de Criminologia e Ciência Penitenciária, diploma por conclusão do curso sobre Crimes Contra os Costumes, proferido na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no 1º semestre de 1958.

Certificado de frequência ao curso de Direito Tributário patrocinado pelo Centro Acadêmico XI de Agosto e ministrado por uma plêiade de nomes ilustres entre os quais Aliomar Baleeiros, Alcides Jorge Costa, Theotônio Monteiro de Barros Filho e Ruy Barbosa Nogueira em 1958.

Curso de Comunicação Social na Fundação Cásper Líbero

De 1974 a 1976 fiz o Curso de Comunicação Social - Jornalismo, na Fundação Cásper Líbero.

Mal iniciara o curso, sofri acidente muito grave que me causou leve trauma craneano afetando-me o sistema nervoso. Licenciei-me então da Faculdade de Direito para tratamento, por longo tempo; mas continuei meu trabalho apesar da licença, para concluir o volume de 1973 da Revista, comemorativo de seu octogésimo aniversário de fundação, durante seguramente seis meses, deixando apenas a segunda revisão para a substituta, Bibliotecária, D. Maria Tereza Fusco, que aliás encerregou-se do volume de 1974. (*)

Continuei os estudos de Jornalismo com certa dificuldade nos exames: entrava em pane mental e esperava acalmar-me para coordenar idéias.

Os trabalhos feitos fora de exames, com calma, receberam notas altas. Colei grau em 1977, então já em exercício na Faculdade de Direito.

Durante esse curso participei da 7ª semana de Estudos de Jornalismo — Especialização no Jornalismo — Situação Atual e Tendências, realizada na Escola de Comunicações e Artes — Departamento de Jornalismo e Editoração — da Universidade de São Paulo, em junho de 1976, portanto no último ano.

Este curso foi feito por imposição da RUSP para reestruturação de cargo; no entanto me coaduno ao jornalismo pela dinâmica, vibração, perquirição e comunicabilidade. Embora tivesse suficiente prática, 20 anos, e houvesse auferido lições freqüentes de jornalismo

(*) Entre 1979 e 1981, licenciei-me novamente para tratamento de saúde mas continuei os trabalhos da Revista em horários convenientes e em minha residência. Fui substituída, de fato, pela Bacharel Sônia Regina Ramos de Oliveira.

com os diretores da Revista, Professor Miguel Reale e Ataliba Nogueira, o aprendizado foi bom para jornalismo popular, certa técnica de redação, titulação etc.

Na Redação da Revista da Faculdade de Direito

A vida dá muitas voltas. Deixara Sion e trocara o piano pelo amor. Em 1954 via-me trabalhando como funcionária pública na Biblioteca desta Faculdade e auxiliava a bibliotecária chefe D. Celina Cristiano de Souza na redação da Revista, por pouco tempo, pois D. Celina mudou-se para os Estados Unidos.

Era na época membro da Comissão de Redação e diretor responsável, Professor Dr. Miguel Reale, cuja experiência jornalística vinha-lhe dos bancos acadêmicos. Dinâmico, atuante, inteligência fluindo espontânea como água de fonte e bondade também (fui testemunha disto por 25 anos); era respeitado e acatadas suas opiniões por toda a Congregação e Diretoria. Pelo menos quanto à Revista garanto: não houve iniciativa sua que não se concretizasse até determinada época.

Resolveu então separar a Revista da Biblioteca e instalar a Redação em sala própria, concentrando todas as atividades afetas, redação, controle de acervo, distribuição, difusão, permuta internacional, etc., etc., etc.

Como estava comigo a matéria em preparo deixada pela Bibliotecária fui a encarregada de reorganizar todos os serviços, inclusive a permuta internacional.

Estava ali a oportunidade de concretizar o sonho da primeira mocidade, fazer o Brasil conhecido no mundo, e como! Difundindo a cultura jurídica das Arcadas, as quais já amava e admirava em 1954, pelo mundo inteiro. Exultei!

Sem “dó nem piedade” de mim mesma, não considerava ou limitava horários trabalhando na Faculdade até altas horas ou em casa até de madrugada; não considerava salário que até 1975 era ínfimo; nem tarefas fazendo de tudo: era servente, faxineira (varri sala e tirei pó) contínuo, datilógrafo, correspondente, coordenador de matéria, revisor e redator, entendia-me com os colaboradores e imprensa. Era um Deus nos acuda!

Mas tinha objetivo que não era material, era muito, muito maior. Era realizar um sonho de amor a minha terra estremecida, era fazê-la respeitada pelo mundo do Direito, em todas as partes do globo.

Por isso trabalhei com paixão, obstinação, sem esmorecer durante 28 anos a despeito dos mil percalços superados com sacrifícios inimagináveis, incríveis, decorrentes de falta de verbas, de auxiliares, de material, e muitos outros; em várias mudanças de diretoria, mudanças e mudanças da seção da Revista que desorganizavam o que se preparava

com tanto cuidado, arquivos, fichários, acervo, obrigando-nos a recomençar o que já estava pronto.

Para iniciar comuniquei-me com os consulados que me forneceram relações das Faculdades mais importantes de seus países e publicações; consultei a seguir a “*Source de Documentation Juridique*” que me foi dada por empréstimo pelo Professor Dr. Vicente Marotta Rangel, hoje digno diretor desta casa, então Livre Docente de Direito Internacional.

De posse dos dados, distribui circulares em português acompanhadas de versão em francês ou inglês conforme a língua do país, remetendo a Revista e propondo acordo de permuta aos centros jurídicos e revistas mais importantes, cuidadosamente selecionados.

A primeira parte do plano estava lançada. Quase todas as entidades aceitaram a proposta estabelecendo o acordo. Era necessário sistematizar o trabalho, aprimorar a parte gráfica da Revista cuidar da qualidade científica dos trabalhos. Felizmente a Comissão de Redação, na época, cuidava da colaboração. Em geral ratificava decisões do Diretor responsável, Professor Dr. Miguel Reale, que de sua parte dava à Secretária de Redação todo apoio necessário para o desenvolvimento dos trabalhos. Impressionava-me, então, a extraordinária acuidade mental de meu diretor. Nada lhe escapava: Professor Reale via e observava tudo de tudo. Que eu não tergiversasse!

No contato cada vez maior com entidades nacionais e estrangeiras, recebendo publicações jurídicas ou de Direito do mundo inteiro, do contato com Diretores e Imprensa elaborou-se então um plano de trabalhos que abrangia atividades *de redação, de intercâmbio, de serviços afins* e de *serviço bibliográfico*.

Esse plano era minucioso em todas as suas partes, especificando as atividades de cada setor e foi desenvolvido inteiramente até 1969, quando se elaborou o 1º Boletim Bibliográfico, última parte do plano.

Trabalho de fôlego que somente foi possível porque a Secretaria da Revista contava no período de 1968-1969-1970 com dois funcionários habilitados para as tarefas além da encarregada: Advogado Alfredo Barone que auxiliava na classificação dos artigos de especificadas matérias e línguas, elaborando fichas correspondentes e D. Alcina Ferreira Jorge, exímia datilógrafa. Além de seu próprio trabalho de classificação de certas matérias e línguas, a Secretária supervisava e conferia os serviços dos auxiliares.

Esse primeiro Boletim Bibliográfico de Publicações Recebidas em Permuta registrou aproximadamente 5.500 artigos de revistas, as mais importantes, recebidas apenas naquele trimestre, porque o Boletim deveria ser trimestral. Os artigos eram classificados por assunto, com indicação da Revista em que era publicado, ano, número de volume, fascículo e página.

Compiladas as fichas de cada assunto eram datilografadas em estêncil para mimeografagem, agrupadas as folhas e distribuídas aos

diversos Departamentos conforme a especialidade. O Departamento de Direito Civil (professores) recebia a parte do Direito Civil, com a relação de todos os artigos publicados internacionalmente naquele período. Os professores de Direito Penal recebiam a parte de Direito Penal, assim por diante, e ficavam a par das últimas novidades na sua especialidade, vindas de todas as partes do mundo.

Foram elaboradas as fichas para o segundo Boletim com milhares de outros artigos que infelizmente ficaram arquivadas e perdidas, por falta dos auxiliares que logo a seguir foram enviados para outras Seções sem ser substituídos. Ficou a Secretária de Redação praticamente sozinha e não pode dar o mesmo ritmo aos trabalhos, cuja massa era tão grande que a afligia. Fazia então o essencial relegando os demais. Mas o objetivo principal tinha alcançado: difundir o Direito das Arcadas, quero dizer, do Brasil, pelo mundo afora pois até a Rússia solicitou a Revista que fez questão de mandar.

Foi lamentável. O Boletim era de grande interesse para a pesquisa e estudo nos diversos departamentos, tanto assim que recebemos várias cartas elogiosas e de incentivo, inclusive registro em Ata de sessão da Congregação, proposta pelo Professor Dr. Vicente Marotta Rangel, então catedrático de Direito Internacional.

Uma das cartas, a do Professor Antônio Chaves, catedrático de Direito Civil, que ainda não era elemento da Comissão de Redação, publica-se a seguir pois ilustra claramente o que se expõe.

São Paulo, 3 de julho de 1969

Senhor Diretor:

Desejo externar a Vossa Excelência a minha satisfação por ter recebido a relação da parte relativa ao Direito Civil de alguns milhares de artigos publicados nas revistas estrangeiras com as quais a da nossa Faculdade mantêm o regime de intercâmbio.

No momento em que o comodismo parece dominar tantos, merece que se reconheça o valor daqueles que, como D. Maria Angélica Rebello, não titubeiam chamar a si uma empreitada que deve ter-lhe consumido dezenas de horas de trabalho e de paciência.

A nossa Biblioteca está de parabéns por tão útil iniciativa, que permitirá aos interessados, através da leitura de algumas páginas, inteirar-se a respeito do que de mais atualizado e importante vem sendo publicado em tão grande número de revistas.

Oxalá não esmoreça o entusiasmo pela iniciativa, que considero das mais importantes, e que com o correr do tempo poderá mesmo encontrar novas formas de aperfeiçoamento.

Rogando transmita à DD. Secretária de Redação as expressões do meu agrado, subscrevo-me, mui cordialmente,

ANTÔNIO CHAVES

Ao Excelentíssimo Senhor

Professor José Pinto Antunes

DD. Diretor da Faculdade de Direito da U.S.P.

E. M.

Naquele tempo alcançáramos o apogeu dos trabalhos com resultado fabuloso, como o Boletim documentava em seus milhares de artigos sobre todos os ramos do Direito, como, por exemplo, Direito Esportivo, Cinematográfico e de Radiotelevisão, Automobilístico, de Direito Sanitário, Direito Canônico, Direito Aeronáutico, Direito do Autor, Política Internacional, etc., etc., etc..

Era uma verdadeira fortuna o que recebíamos em Revistas estrangeiras, porque fora o valor subjetivo da matéria publicada, todas ou quase todas eram primorosas sob vários pontos de vista, tanto técnico-editorial, como na qualidade de papel, capas, etc., e conforme o país alto valor em dólares.

Como eram registradas no livro de tombo, em certa ocasião anotei o preço de cada uma em dólares, francos franceses, francos suíços, marcos, liras e demais moedas e fiquei abismada. Infelizmente não pude somar, não houve tempo.

Mas além de recebermos essa carga imensurável de publicações riquíssimas, recebíamos também obras importantes para resenha. Acontecia, porém, que os professores levavam-nas para a resenha mas não tinham tempo para fazê-la. Resultado: não devolviam as obras esperando tempo e os autores esperavam a Revista que não a publicava. Era um caso sério!

Publicam-se a seguir excertos dos relatórios de 1972 e 1973 que de forma especial documentam as várias atividades desenvolvidas e resultados.

Do Relatório de 1972

Constatou-se neste ano, de forma significativa, a projeção e receptividade internacional da "Revista da Faculdade de Direito", pelas numerosas solicitações de permuta, doação ou compra, além de seu registro bibliográfico em importantes revistas internacionais, tais como:

"*Index to Foreign Legal Periodicals*" — (Institut of Advanced Studies, London England).

"*Revista de Derecho Español y Americano*" — (Instituto de Cultura Hispánica, Madrid - España).

Na "*Buchbesprechungen*" — da (Hamburg Gesellschaft fur Volkerrecht und Auswartige Politik) ab verlag und Recht in Obersee, (Hamburg - Germany), teve o seguinte registro:

"Em vista do mercado de revistas fortemente flutuante na América Latina, parece justificado aludir-se ao contínuo aparecimento de uma das poucas revistas jurídicas realmente tradicionais do sul continente americano, mesmo que a esfera de ação procurada por ela não se identifique com a do VRU" (Tradução de Pedro Potiguara de Araújo Leitão).

Foi solicitada, inclusive, pela International Books Representatives Co. Ltd., com sede em Bogotá (Colômbia), figurando em seus salões de exposição, para futura distribuição por venda, e forma de pagamento a ser estabelecida.

Por anterior acordo, foi remetida à Triade, (Asociación de Información Bibliografica) para divulgação televisionada, dentro de seu programa de divulgação cultural e futura vendagem.

Honrosa foi também a solicitação da "United Nations" (New York) para a resenha dos trabalhos da Uncitral que nos serão enviados proximamente, e a publicação, na "Revista da Faculdade de Direito", da "Memoria del Secretario General sobre la Labor de la organización — Capitulo III — Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional", o que se fará na Secção de Notícias Culturais do próximo número a ser publicado.

Outras obras de grande valor foram-nos enviadas para resenha, reconhecendo-se, pois, a aceitação internacional da Revista. Entre elas:

"*La Società con un solo socio*" de Angelo Grisoli, publicado pela CEDAM-Padova, Itália;

"*The Stand-By Arrangements of the International Monetary Fund*" por Joseph Gold, publicado pela "International Monetary Fund", Washington D.C.;

"*La Causa y la Comprension en el Derecho*" de Carlos Cossio, publicado pela Juarez Editor S.A., Buenos Aires;

"*Degeneration of Trade Marks*" por Lars Holmqvist publicado pela Jurist — Ochsamhallsvetareforbundets Forlags A.B. — Malmo - Sweden;

"*Derecho Internacional Privado*" de José Yanguas Messia, Parte Geral, 3ª edição, Reus, S.A. Madrid;

"*Das Neus Politische Strafrecht der DDR*", por Walter Rosenthal, Franckfurt am Main - Berlin, 1968;

"*Judicial Review in Mexico, a Study of the Amparo Suit*", por Richard D. Baker, publicado pelo "Institute of Latin American Studies - University of Texas Press", Austin and London;

"*El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidade en Venezuela y Estados Unidos*", por Humberto Y la Roche publicado pela Universidad de Zulia — Facultad de Derecho.

As resenhas dessas obras ficarão a cargo de especialistas, a serem designados pelos chefes dos departamentos, e serão publicadas no volume 68-1973.

PERMUTA INTERNACIONAL

Pelos anteriores acordos de permuta esta Secretaria recebeu, em 1972, 1.835 exemplares de revistas periódicas, de procedência internacional, portanto nas mais diversas línguas, versando matéria de Direito em geral e especializado, ou seja, direito do autor, aeronáutico, cinematográfico, automobilístico, sanitário, esportivo, etc.. Esse material constitui verdadeira fortuna em moedas estrangeiras, e invulgar riqueza bibliográfica, que remetida à Biblioteca geral constituiu os "Índices de Periódicos Correntes", em sua maior parte, publicado pelo centro de documentação desta Faculdade.

Todos os números de revistas recebidas foram registrados no livro de tomo e agradecidos, um a um, por meio de postais impressos em várias línguas.

Após criteriosa pesquisa bibliográfica feita em 1971 e neste ano, foram selecionados cento e cinco novos Institutos e Revistas internacionais aos quais se propuseram permuta de publicações, remetendo-se-lhes, em outubro p.p., os últimos números da "Revista da Faculdade de Direito". Já se receberam algumas respostas, inclusive da "*National Lending Library for Science and Technology*" — (Yorkshire - England), que nos enviará, em permuta, três valiosas revistas inglesas:

a "*Modern Law Review*"

"*Cambridge Law Journal*" e

"*British Journal for the Philosophy of Science*"

A "Organisation Mondiale de La Propriété Intellectuelle" (Genève - Suisse) já nos remeteu

"Copyright", Monthly Review,
 "Le Droit l'Auteur", Revue mensuelle, e nos remeterá, periodicamente,
 "La Propriété Industrielle".

Também já aceitou nossa proposta a Biblioteca Universitária Alexandrina (Roma - Itália).

CORRESPONDÊNCIA E EXPEDIÇÕES

Correspondência:

a) Receberam-se 180 ofícios e cartas, em várias línguas, de procedência internacional, confirmando ou propondo-nos permuta ou solicitando números atrasados da "Revista da Faculdade de Direito"

b) Redigiram-se 265 ofícios e ofícios-circulares, em português, francês e inglês, para propostas de permutas, comunicações e esclarecimentos.

c) Receberam-se 893 postais de procedência internacional, agradecendo os volumes 66 - 1971 e outros especificados, remetidos em expedições gerais ou extraordinárias. Após a conferência de endereços e registro nas fichas de expedição, foram classificados por ordem numérica e geográfica e arquivados.

d) Foram sobrescritados e preenchidos, em várias línguas, 1.285 postais, agradecendo revistas recebidas ou solicitando números extraviados.

Expedições:

a) Expediram-se 1.220 exemplares do volume 66-1971, em doação e permuta, de acordo com o fichário de permuta, tendo sido feita a embalagem ordenada e numerada de todos os exemplares, selagem, carimbagem e relações para o correio, após sobrescrição datilografada de todos os envelopes*.

b) Expediram-se, por solicitação de cartas, ou em proposta de permuta, 875 exemplares de números antigos e atuais, disponíveis. Todos os números expedidos foram registrados em fichas de acervo e deduzidos do total. As embalagens, até três quilos, foram numeradas, carimbadas, seladas e relacionadas para o correio.

c) Foram expedidas 234 ofícios e ofícios-circulares, em português e eventualmente em francês e inglês, numerados, selados, carimbados e relacionados para o correio.

d) Expediram-se, por solicitação de professores, 135 exemplares de revistas disponíveis que foram deduzidos do acervo.

e) Expediram-se, por venda, 162 exemplares de números disponíveis, dentre os quais uma coleção completa, no total de Cr\$ 1.830,00 (Um mil, oitocentos e trinta cruzeiros).

f) Foram expedidos 650 postais, numerados, carimbados, selados e relacionados para o correio.

SERVIÇOS AFINS

Fichários:

De Permuta — com 1.395 fichas, contendo: destinatário, em diversas línguas, registro numerado do material expedido, controle de recebimento, atualizado diariamente mediante conferência com o postal de recebimento. Foi integralmente refeito.

* Atualmente usam-se clichês para sobrescrição dos envelopes, isto desde 1979 ou 1980.

De publicação recebida — com 3.925 fichas, constando o título da publicação recebida, endereço, periodicidade; atualizado diariamente, a contar de agosto, mediante registro do número recebido e inserção de fichas de títulos novos.

De entidades editoras (Série) — 1.360 fichas, constando nome e endereço da Instituição mantenedora da permuta ou doação; atualizado mediante registro de títulos novos de revistas recebidas ou de novas instituições. Não foi atualizado por falta de pessoal auxiliar.

De acervo — com 129 fichas, constando número de cada volume do acervo de cada edição. Atualizado mediante o registro do destinatário, número de expedição e dedução do total do acervo.

De clichês — com 560 fichas, constando histórico, série, número de ordem, número de página e volume da revista em que foi publicado. (Não atualizado, nem conservado por falta de auxiliares, em 1972).

Arquivos:

De cartas e ofícios recebidos — 79 pastas “*securit cabidex*”, por ordem geográfica; 1.550 cartas arquivadas. Em 1972 foram arquivadas 180 cartas.

De relações de material expedido — para o correio, em 19 pastas “*securit cabidex*” por ordem de número. Em 1972 foram arquivadas 78 relações.

De postais de recebimento — por ordem geográfica e numérica 11.393 postais de procedência internacional, constituindo uma curiosidade filatélica. Em 1972 foram arquivados 2.435 postais referentes a 1971 e 1972.

De clichês — por série de A a F, conforme dimensão; numerados e arquivados em 18 gavetas, contêm 550 clichês guardados em envelopes especiais, contendo histórico, série, número e página do volume em que foi publicado. Há ainda 400 clichês, aproximadamente, para serem preparados ou identificados. Não atualizado por falta de auxiliares.

De guias da Tesouraria — comprovantes de vendas da Revista da Faculdade de Direito.

De outros documentos, em 11 pastas “*securit cabidex*”.

De trabalhos originais, por ordem de volumes e autores.

De provas tipográficas, por ordem de volumes e autores.

SERVIÇO BIBLIOGRÁFICO

Embora os catálogos de autor, título e de assunto da “Revista da Faculdade de Direito” estivessem completos até 1968, não se os atualizaram por estar em preparo o Índice Geral, elaborado pela Biblioteca Central.

Aguarda compilação datilografada o segundo Boletim Bibliográfico de Artigos de revistas recebidas em permuta, classificados por matéria, com 4.800 fichas; tem sido solicitado pelos senhores professores, apesar da publicação dos Índices de Periódicos Correntes, pelo Centro de Documentação desta Faculdade.

Do Relatório de 1973

Verifica-se de ano a ano, através de correspondência recebida, a receptividade cada vez maior da “Revista”, nos centros internacionais de cultura jurídica, provada, também, pelo seu registro bibliográfico em publicações de cobertura internacional, tais como:

“*Urlich's International Periodicals Directory*” — publicado pela R.D. Bowker Co. - New York.

"*Index to Foreign Legal Periodicals*" publicado pelo Instituto of Advanced Legal Studies, London, England;

"*Sumario Actual de Revistas da Biblioteca Hispânica*" publicado pelo Instituto de Cultura Hispânica, Madrid, España;

"*Revista Juridica Panameña*" da Universidade do Panama.

Dentre as obras recebidas para resenha, destacaram-se as seguintes:

"*Derecho Internacional Privado*" de José Yanguas Messia, parte general, 3ª edicion, Reus, S.A. Madrid, España, 413 páginas.

"*Foundation of Jurisprudence*", Jerome Hall; The Bobbs Merrill Company Inc., Indiana, USA, 1973, 184 p.

"*Voting and Decisions in the International Monetary Fund*", Joseph Gold, International Monetary Fund, Washington, 1972, 368 p.

"*Bases para un Nuevo Derecho Penal*", Dorado Montero, nueva edicion con prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba — Depalma, S.R.L., Buenos Aires, 1973, 171 p.

A resenha dessas obras ficará a cargo de especialistas e será publicado nos próximos números da "RFD"

PERMUTA INTERNACIONAL

Pelos anteriores acordos de permuta que foram estabelecidos mediante criteriosa pesquisa bibliográfica e pela divulgação da "RFD" no Brasil e no exterior, receberam-se, em 1973, 1.560 exemplares de revistas periódicas, nacionais e estrangeiras, versando os mais variados temas de Direito geral e especializado, ou seja, Direito Aeronáutico, Direito Automobilístico, Direito Cinematográfico, Direito Sanitário, Direito Esportivo etc. etc..

Todos os números recebidos foram registrados no livro de tombo e remetidos à Biblioteca Geral, após carimbagem, constituindo o Índice Geral publicado pelo Centro de Documentação Jurídica desta Faculdade, em sua maior parte. Impraticável é relacionar todos os títulos por tratar-se de centenas, mas como índice de avaliação, relacionam-se a seguir apenas as novas revistas recebidas em 1973 e registradas em novembro:

- "*Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eotvos Nominatae*" — Sectio Juridica, 1972, Budapest.
- "*Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*" — Facultad de Derecho y C. Sociales - Universidad de Buenos Aires - Argentina, 1972.
- "*Travaux de la Société des Sciences et des Lettres de Wroclaw*" — Seria A. n° 86 - L'Acte Administratif dans le Réseau Étatique de L'Économie Nationale - Wroclaw, 1972.
- "*Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*" — La Coruña, 1972, España.
- "*Revue Roumaine des Sciences Sociales*", Sciences Juridiques, Bucarest, Roumanie, 1973.
- "*Revista di Filosofia Neo Scolastica*", Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Itália, 1973.
- "*Philippine Law Journal*", College of Law, University of the Philipines, Quezon Philipines, 1972.
- "*Annales de Droit*", Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, 1973, Louvain, Belgique.
- "*Journal of World Trade Law*", 1973, Twickenhaw, Middlesex, England.

- “*International Affairs*”, Oxford University Press, London, England, 1973.
- “*Foreign Affair*”, An American Quarterly Review, New York, 1973.
- “*Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschafts recht*”, 1973, Stuttgart, Germany.
- “*The Sydney Law Review*”, Faculty of Law, University of Sydney, 1973, Sydney, Australia.
- “*Études Internationales*”, Centre Quebecois de Droit International, (digo), de Relations Internationales, 1973, Quebec, Canadá.
- “*Ius Canonicum*”, Instituto Martin de Azpilcueta, Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1973.
- “*Studia et Documenta Historiae et Juris*”, Pontificium Institutum Utriusque Juris, 1972, Roma - Itália.
- “*Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie*”, 1973, Deutsche Forschungsgemeinschaft, bibliotheksreferat, Bonn.
- “*Revista de Derecho*”, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, 1973, San Salvador, Salvador.
- “*Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques*”, Faculté de Droit - Département des Sciences Economiques - Institut d'Administrartion. - Université de Lyon - France,
- “*Northwest Review*”, University of Oregon, Eugene, Oregon, 1973.
- “*Il Diritto di Autore*”, Società Italiana degli Autori ed Editore, 1973, Roma, Itália.
- “*Il Diritto Sanitario Moderno*”, 1973, Roma - Itália.
- “*Politeia*”, Instituto de Estudos Politicos - Facultad de Derecho - Universidad Central de Venezuela - 1973, Caracas, Venezuela.

Em 1977, quando se festejava o sesquicentenário de fundação dos cursos jurídicos, publicou-se volume comemorativo em dois fascículos e mudou-se a capa da revista. Procurou-se fazê-la como as capas dos programas e convites para os festejos, as quais reproduziam parte das Arcadas.

Como nenhum de nossos clichês servisse, e houvesse um problema qualquer de última hora com a impressão de um dos convites, foi então minha sobrinha, Thais Rebello, hoje diretora de arte da Revista *Senhor* que fotografou um ângulo das Arcadas tanto para o convite como para a capa de nossa Revista, impressa em três cores: vermelha, preta e branca, identificando-a significativamente.

A apresentação desse volume foi feita pelo Professor Dr. Ruy Barbosa Nogueira, então diretor da Faculdade.

A *Revista da Faculdade de Direito* sempre fez questão de homenagear os professores que completavam 25 anos de ensino universitário, ou recebiam título de professor emérito, e também “post-mortem”, os que completavam centenário de nascimento. Em geral publicava-se um resumo biobibliográfico e retrato do homenageado, ou fazia-se a crônica da sessão solene de homenagem. Logo de início,

em 1954, publicou-se a posse de cátedra do Professor Goffredo Telles Júnior e, recentemente, como uma das últimas homenagens, a do jubileu de cátedra. Desde lá, 1954 até 1981, tive a honra de publicar a posse de cátedra de todos os professores da Congregação, excluindo apenas o Professor Dr. Dalmo de Abreu Dallari em 1974 ou 1975.

Os professores vivos homenageados pela Revista remetem ao Redator Secretário seu currículo profissional, mas esquecem-se de esclarecer pelo menos alguns pontos de sua personalidade ou fatos de sua vida. Devendo o Redator traçar-lhes o perfil, como fazê-lo sem informes de personalidade ou de vida?

Ressenti-me disto, sempre, por isso relatei certos fatos de minha vida que aparentemente nada têm a ver com a parte profissional mas revelam facetas de personalidade. Ora, no trabalho profissional de todas as pessoas relacionam-se intrinsecamente formação, personalidade, vida pregressa familiar e educacional, responsáveis pelo sucesso ou insucesso do desempenho.

O homem, ensina a Filosofia do Direito, “é ele mesmo e suas circunstâncias”.

Conclusão e Agradecimento

Encerro afinal esta longa etapa da vida, com a consciência de ter usado toda capacidade física, mental e intelectual a serviço da Pátria e do Direito, fazendo minha parte como o pássaro da fábula fez a sua, ao transportar no bico gotas de água de um rio para apagar incêndio na floresta.

Com infinita gratidão a meus pais pelo amor e sacrifícios que me deram; a meus irmãos, parentes e amigos pelo carinho e apoio de sempre; a cada um dos funcionários que me ajudaram tanto, cada qual dando o melhor de si; a cada colega de trabalho e estudos, co-participantes de vida; a cada um dos professores, desde o primário até as Universidades, aos quais reverto eventual mérito dos trabalhos; ao Bacharel, Jornalista, colega, ex-auxiliar e sucessor, Antonio Augusto Machado de Campos, a quem atribuo parte da iniciativa desta publicação; muito especialmente ao DD. Diretor desta Faculdade, Professor Dr. Vicente Marotta Rangel, à Congregação de Professores e à Comissão de Redação, atuais e passadas, a atenção e assistência com que me distinguiram e a honra de publicar em sua Revista *Minha Vida - Meu Trabalho*. Mas é a Deus, com todo meu ser, que agradeço a realização dos sonhos da mocidade, e o permitir-me chegar até aqui.

Finalmente, “deixo a folha dobrada” enquanto lágrimas reprimidas se desfazem em saudade no meu peito, mas, arde ainda a pira do amor, haverá estrelas no céu da noite que se aproxima.

Maria Angélica Rebello

Bacharel em Direito e Jornalismo, ex-Redator
Secretário da Revista da Faculdade de Direito

“O Direito Romano e sua Atualidade”

Alexandre Augusto de Castro Corrêa

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

Os estudantes das Faculdades de Direito do Brasil formam-se hoje, em geral, sem estudos de Direito Romano, considerados supérfluos para o exercício da profissão. Nada de mais, nesse modo de ver, salvo a circunstância de sob a aparência de realismo ele, na verdade, colocar o jurista num vazio ideológico facilmente preenchido pela propaganda esquerdista, principal adversária, aliás, dos estudos romanísticos.

O vazio ao qual nos referimos e onde são lançados os juristas sem cultura geral resulta do descaso inoculado nos jovens pela consideração das relações profundas existentes entre sociedade e direito. A profissão, sem dúvida, permitindo ganhar na advocacia exerce atrativo imediato e poderoso sobre a mocidade.

Mas, se as bases mesmas da sociedade na qual vivemos forem solapadas, a profissão desaparecerá. Ora, só o estudo científico e não apenas utilitário do Direito permite dar ao jovem a consciência de sua situação num mundo em transformação econômica e social e ameaçado pela subversão comunista.

Examinar os fundamentos morais, políticos e religiosos da sociedade em que vivemos, comparando-a com outras sociedades, geradas por princípios opostos aos nossos, torna-se, portanto, em época de contestação e guerra fria, tão urgente e essencial, quanto ganhar dinheiro ou fazer carreira.

Nosso *modus vivendi* de homens livres, nossa maneira de pensar a vida e os valores que a dignificam são hoje atacadas, de modo mais ou menos sutil, por propaganda incansável, visando intoxicar a América Latina a fim de melhor escravizá-la.

Sociólogos, filósofos, teólogos e cientistas políticos do mundo inteiro ocupam-se hoje dessas questões, razão pela qual não pretendo abordá-las de modo direto, limitando-me à questão da importância do Direito Romano para a boa formação do jurista completo.

As regras do Direito têm origem e função social: o dever de honrar compromissos, resgatando uma promissória, por exemplo, não

é só moral porque se fosse permitida a fraude, o comércio se paralisaria e a sociedade inteira cairia em colapso; deveres como o de cumprir obrigações para com terceiros (e não apenas para consigo mesmo, como o dever de temperança no comer e no beber, por exemplo) não podem, quanto à sua observância, ficar a critério da pessoa obrigada; o interesse alheio não pode ser injustamente frustrado pela má fé. Isto é intuitivo, razão porque a regra de Direito é provida de força material, coercitiva, a sanção estatal, permitindo-lhe impor-se à obediência dos recalcitrantes. As normas jurídicas, por outro lado, não nascem do capricho ou da fantasia do legislador, assim como um romance ou poema brotam da imaginação do artista: leis situadas fora de realidade social, que se destinam a reger, ou são contornadas ou caem em desuso. O Direito dum povo tem fundamento no consenso social, na opinião pública, por assim dizer, a qual, por sua vez, exprime as condições gerais de existência do povo; e neste sentido, sendo tais condições gerais de duração permanente o Direito de todo povo é histórico: família, propriedade, liberdade contratual, Direito sucessório são instituições de importância vital para todos os homens e por conseguinte, de duração também permanente. Esta é a razão essencial da atualidade do Direito Romano que forma, ainda, hoje, a base do Direito privado dos povos ocidentais: os valores consagrados pelos juristas romanos, com precisão exemplar, são ainda os nossos, por corresponderem a exigências sociais sentidas por eles e que, à distância no tempo, são ainda, as nossas. Em outras palavras, a sociedade romana repousava sobre a família, organizada em torno de seu chefe. a subsistência e o desenvolvimento desse grupo eram garantidos pela sua propriedade, inclusive dos meios de produção, as trocas de bens e de serviços eram livremente efetuadas pelos interesses por meio de contratos e o patrimônio obtido pelo "paterfamilis" transmitia-se aos descendentes como condição econômica da continuidade moral do grupo. E o Estado romano sempre considerou intangíveis tais prerrogativas de seus cidadãos demarcando, com precisão, os limites entre Direito público e Direito privado! Que mais se poderia desejar para, em todos os tempos, dar continuidade a um Direito o qual atendia tão bem às necessidades fundamentais de qualquer sociedade livre? Apesar da escravidão, mal universal na Antiguidade e reaparecendo, paradoxalmente, na América, pode-se dizer que a força propulsora do Direito Romano foi o ideal de liberdade. Bastaria isto para torná-la universal e estimável. Mas, não é tudo; prezando a iniciativa privada, respeitando o trabalho, procurando a Justiça como garantia e condição da paz social, os romanos, graças à qualidades peculiares de seu temperamento, criaram, não o Direito mesmo, que sempre existiu, mas a ciência do Direito. Tiveram a originalidade, propiciada quer por traços de caráter quer pelas circunstâncias em que viveram de permitir em seu meio o aparecimento duma classe de homens, os juristas (até então desconhecida em outros ambientes), os quais, pela primeira vez na história da civilização, fizeram do Direito objeto de estudo desinteressado. Tal foi a contribuição única do gênio romano para

a cultura, pois nos outros domínios da filosofia, das letras e das artes eles foram fiéis discípulos dos gregos.

E tão poderosa foi essa criação dos juristas romanos a ponto dela ter moldado, para sempre, a mentalidade dos povos que na Idade Média e nos tempos modernos, até hoje, continuam a obra por eles iniciada.

Nós, homens destes fins do século XX, quando queremos pensar juridicamente, utilizamos conceitos como os de pátrio poder, usufruto, sociedade, testamento, no campo do Direito privado, por exemplo, que foram de uma vez lapidarmente conceituados pelos juristas de Roma.

Sem saber, pois, o advogado hostil ao Direito Romano está em sua prática diária. romantizando assim como o homem da rua, inimigo também e aliás, gratuita, do latim, usa a todo instante esta língua “morta” ao falar português.

E não devemos estranhar tal fato, pois a marcha da civilização, desde o início, consiste na conquista gradual e ascendente da verdade em tudo e a verdade não tem existência limitada no tempo: a geometria de Euclides é tão verdadeira hoje como a foi na Antiguidade; as verdades se somam e acrescentam, enriquecendo o patrimônio cultural da humanidade; só o erro cai, mais cedo ou mais tarde, substituído pela verdade.

Por isso é justo o dito muito citado de Jhering: “pelo Direito Romano mas além do Direito Romano”! Com efeito, novas combinações de conceitos romanos podem dar origem, através deles, a ramos novos da ciência jurídica. Isto aconteceu na Idade Média quando os comentadores, utilizando livremente textos do “Corpus Juris”, lançaram as bases do Direito Comercial moderno, do Direito Internacional Privado, do Direito Penal. E acontece, também, hoje: quando se discutiu em Direito Internacional o estatuto jurídico dos espaços interplanetários e do território da Lua, visitado pela primeira vez pelo homem, recorreu-se, pelo consenso unânime dos juristas, ao velho conceito romano das “res communes omnium”, coisas comuns a todos e que como o ar atmosférico, o alto mar, litoral, por natureza escapam à apropriação particular, não tendo, por isso, valor patrimonial. A noção de “bem comum da humanidade” aplicada ao solo da Lua e ao território da Antártida é a denominação atual das “res communes” do Direito Romano que ganha nesse campo aplicação surpreendente.

Outra questão de atualidade, a dos contratos de risco, sobre os quais muito se vem discutindo em nosso país encontra precedentes valiosos na “trajecticia pecunia” do Direito Romano, originando o empréstimo a risco de nosso Direito Comercial; finalmente para não alongarmos a lista dos exemplos, o usucapião “pro labore” de cinco anos, recentemente introduzido em nosso Direito privado é precedido pelo Direito Romano do Baixo Império, e por motivos análogos aos da atualidade.

Duas conclusões podemos já tirar do que vimos expondo. A primeira é a seguinte: a continuidade na evolução jurídica do Ocidente, de Roma até nossos dias, explica-se, fora de qualquer dúvida, pelo fato das necessidades fundamentais, de ordem econômica, moral, cultural, etc., das sociedades civilizadas e livres serem na substância as mesmas, razão pela qual o Direito moderno não passa da aplicação, em larga escala, das concepções romanas. Em segundo lugar a criação pelos romanos, da ciência do Direito propriamente dito, determinou, também para sempre, nosso modo jurídico de pensar, de maneira que, na abordagem e solução dos problemas usamos inconscientemente até critérios e conceitos romanísticos.

Donde, a atualidade do Direito Romano resulta, para nós, dessa dupla consideração, sociológica e cultural: trata-se do Direito gerado no seio da sociedade desenvolvendo-se livremente, fora de qualquer idéia de economia dirigida (pelo menos do período clássico) e que devido mesmo às condições de liberdade nas quais viveu pôde criar a ciência do Direito, tal como ainda a concebemos. Para comprová-lo basta refletirmos sobre os conceitos expostos a seguir. Uma das grandes conquistas da ciência do Direito Romano foi a separação operada, gradualmente, por seus jurisconsultos, primeiro entre religião (“*fas*”), moral (“*mores*”) e direito (“*jus*”) e, depois, a distinção entre Direito público e Direito privado.

A definição entre as regras de comportamento humano, ignoradas no Oriente, permitiu aos romanos dar autonomia às normas jurídicas (“*jus*”) consideradas válidas em função da autoridade competente da qual emanam e de sua força coercitiva externa exercida pelo Estado. Graças a tal operação o Direito Romano tornou-se bem cultural compatível com qualquer crença religiosa; nascido no seio duma sociedade pagã ele se adaptou com facilidade ao Cristianismo, aliás, na Idade Média, uma das fontes, também, do Direito Canônico.

O mesmo não se pode dizer dos Direitos orientais, todos eles de inspiração religiosa, razão pela qual o Direito muçulmano, por exemplo, não se aplicou aos cristãos na Península Ibérica, durante o domínio árabe. O mesmo se pode, “*mutatis mutandi*”, dizer do Direito hebraico atual, contido no “*Talmud*” e do Estado de Israel, essencialmente confessional. A segunda distinção, de capital importância, é entre Direito público e Direito privado, entre as regras jurídicas tutelando os interesses do Estado e aquelas protegendo o interesse dos particulares (Direito de Família, das Coisas, das Obrigações e das Sucessões). O Estado romano sempre considerou intangíveis os direitos privados, emanação espontânea da vida social e neste sentido “*naturais*”. Nunca interveio nas relações de família, no regime da propriedade, nos contratos, no direito sucessório: o respeito a essas instituições se nota desde as XII Tábuas até ao tempo de Justiniano. Ora, a autonomia do Direito privado exprime e garante a liberdade dos indivíduos perante o poder do Estado. Por isto socialistas e comunistas combatem o Direito Romano, taxando-o de *direito burguês* e

suprimem qualquer barreira ao poder do Estado que se torna totalitário, no mundo soviético: nenhum Direito é ali reconhecido ao indivíduo contra o Estado e tudo quanto este concede, a título precário, aos particulares, pode-lhes ser, a qualquer tempo, retirado. Em outras palavras, não há — em tais condições — lugar para a liberdade humana e nem, por conseguinte, para um Direito do tipo romanístico. Não só no Direito público e Direito administrativo no mundo soviético mas, de modo nenhum, Direito privado no sentido autêntico da expressão. Por isso, o Direito Romano é incompatível com qualquer Estado totalitário e negador das liberdades fundamentais do homem.

Estas considerações parecem suficientes, como dissemos no início, para mostrar como em épocas de contestação e guerra fria, que desgraçadamente já atingiu a América Latina, a reflexão sobre as bases de nossas instituições e de nosso modo de vida seja, mais do que nunca, urgente se quisermos preservar o que nos resta de liberdade frente à investida totalitária.

Ora, tal reflexão leva-nos, fatalmente, ao Direito Romano e à avaliação da importância de seu legado para a edificação do Direito dos povos livres do mundo!

Política Tributária e Nordeste

Geraldo Ataliba

Professor Adjunto do Departamento
de Direito Econômico e Financeiro

a) Preliminares

O sistema tributário brasileiro é tecnicamente um dos mais perfeitos do mundo. Basta compará-lo com o italiano, recentemente reformado (1974), ou com o espanhol (1977) e já se vê a sua superioridade formal. É mais objetivo, mais claro, mais racional. Tem virtudes jurídicas, econômicas e políticas evidentes. É rígido juridicamente, sem o ser do ponto de vista econômico. É fruto de uma evolução, que deita raízes na Constituição de 1891, mas foi conscientemente sendo aprimorado.

Pensamos que o Brasil pode assistir ao cotejo de seu sistema tributário com o de muitos países adiantados, sem correr o risco de envergonhar-se, embora muito ainda falte para que seu funcionamento efetivo corresponda a todas as postulações sistêmicas. Os progressos de que nos temos revelado capazes, porém, são animadores, como indícios de nossa capacidade de auto-aprimoramento.

É um sistema que se pode qualificar de tecnicamente evoluído. Em matéria de discriminação de competências, fixação de princípios e adoção de critérios jurídicos de classificação geral dos tributos e categorização de subespécies tributárias (pela materialidade das hipóteses de incidência), estamos certamente à frente de todos os demais países, de modo geral.

Surpreende, pois, que no nosso arsenal tributário não tenhamos ainda instituído dois eficientes instrumentos de política fiscal, dirigidos à redistribuição de riquezas e estabilização social.

Referimo-nos aos impostos sobre ganhos de capital e sobre o patrimônio.

Ambos, pelo teor da Constituição, se compreenderiam na competência residual da União (§ 1º do artigo 18 e §§ 1º e 5º do artigo 21).

Esses eficazes instrumentos podem — se bem manipulados pelo legislador federal — não só propiciar, a médio prazo, redistribuição

de riqueza, como ainda servir de alavanca ao desenvolvimento regional, segundo sejam manipulados.

Parece-nos merecer prioridade o Nordeste, pelo clima social pré-explosivo, decorrente do grande contingente populacional lá sediado.

Não se ignora que a Amazônia precisa ser ocupada e desenvolvida, até por uma questão de segurança nacional, dada a cobiça internacional, confessada na ONU, já em 1946. Mas, de nada vale manter a Amazônia e ver perecer o Nordeste.

Assim sendo, parece-nos ser oportuno e útil criar esses dois impostos, destinando, por um prazo certo — por exemplo: 10 anos —, o produto de sua arrecadação ao incentivo às indústrias que aproveitam produtos primários do Nordeste; às indenizações para desapropriação para fins de reforma agrária naquela área e outras atividades econômicas que absorvam mão-de-obra local.

b) Imposto Sobre Ganhos de Capital

Deve ser hipótese da incidência desse imposto (tributo não vinculado a uma atuação estatal) o que os ingleses chamam UNEARNED INCREMENT (incremento não ganho). Isto é: o aumento de capital não decorrente de atividade produtiva do seu titular, tais como: ganhos de bolsa; lucro imobiliário; valorização imobiliária oriunda de causas genéricas; ganhos cambiais e investimentos financeiros excepcionalmente rentáveis (assim entendidos os que superam a soma da correção monetária com os juros legais).

Note-se que tais ganhos não passam a ser ilícitos. Apenas serão tributados, como meio de fazer a coletividade partilhar os benefícios de resultados que se tornaram possíveis, graças a um contexto social propiciado por essa mesma coletividade.

c) Imposto Sobre o Patrimônio

A hipótese de incidência desse imposto deve ser o fato de uma pessoa (física ou jurídica) deter um certo patrimônio global. A alíquota deve ser moderada, mas suficiente para permitir que a coletividade — por seus extratos mais sofridos — de algum modo participe de um resultado só possível graças a um clima, uma situação, um contexto, de que certamente ela é fator conspícuo.

d) Considerações Gerais

Não se diga que esses impostos são “socializantes” ou agressivos à iniciativa privada. Eles existem em quase todos os países capitalistas do mundo. Vêm sendo aprimorados, aperfeiçoados e apurados com o evolver dos anos.

É nossa tarefa estudar sua aplicação nos diversos países, conhecer seus aspectos positivos e negativos e tentar identificar seus defeitos de funcionamento.

Aí está grata e magna tarefa para economistas, financistas e juristas realizarem, de mãos dadas, tendo em vista o bem do Brasil, que hoje significa o desenvolvimento do Nordeste, o grande desafio posto à nossa geração.

A objeção que se pode levantar contra essa proposta está em que é recomendável que o produto de impostos, que atingem o capital, seja aplicado em benefício direto das áreas onde esse capital se localiza, até como fórmula para desenvolvê-lo e incrementá-lo.

Não se nega a validade do princípio. Apenas se assinala que, no caso, se cuida de fixação de prioridades, tendo em vista interesses maiores da coletividade.

Além do que, só pode beneficiar o capital estabelecido a expansão do emprego em áreas densamente povoadas e a plena ocupação de mão-de-obra, onde já haja expressão demográfica.

Os maiores beneficiados, com a incorporação definitiva dos trinta milhões de nordestinos ao mercado consumidor nacional, serão os produtores dos bens requeridos por esse processo e das mercadorias a serem consumidas por essa população.

O mecanismo a ser criado funcionará como um investimento de grato retorno, para todos os contribuintes desses impostos.

e) **Contribuição de Melhoria**

A instituição desses impostos viria tornar quase perfeito o nosso sistema tributário, eliminando suas deficiências, consistentes nessas duas graves lacunas.

Resta dizer que urge — para que tal asserto não seja gratuito e de mero efeito retórico — fazer eficaz o instituto da contribuição de melhoria, tributo que onera as valorizações imobiliárias decorrentes de obras públicas (já previsto na Constituição).

Há uma comédia de equívocos, em torno desse tributo, o que vem impedindo boa legislação e correta aplicação.

Não só é imperioso corrigi-la (à legislação) — e torná-la idônea à obtenção das finalidades de que é a contribuição de melhoria instrumento — como importa prever meios e modos de coordená-la e harmonizá-la com o imposto federal sobre ganhos de capital. Para tanto é necessário prever a não cumulação de um e de outro.

O imposto grava todos os incrementos patrimoniais (genericamente considerados) não causados pelo titular do patrimônio.

Essa contribuição onera o aumento de valor imobiliário que tenha por causa obra pública (especificamente considerada).

Parece importante fazer deduzir a contribuição de melhoria paga, do débito, a título de imposto sobre ganhos de capital, a fim de evitar flagrante *bis in idem*.

Por outro lado, como, no Brasil, já estamos bastante familiarizados com os mecanismos de correção monetária, penso que não será difícil estabelecê-los no respeitante, quer à contribuição de melhoria, quer aos impostos novos que se sugere criar.

A técnica, entretanto, tem que ser sensivelmente simplificada, para fazer-se acessível a qualquer contribuinte.

* * *

É indiscutível que a dramática economia do Nordeste requer medidas corajosas para sua superação.

A adoção dos impostos aqui mencionados e o aprimoramento da contribuição de melhoria são medidas corajosas que se impõem.

A destinação, por alguns anos, do produto da arrecadação dos referidos impostos ao Nordeste seria ato de inquestionável, embora tardia, justiça.

O Ensino do Direito Intelectual nas Universidades

Newton Silveira

Professor Assistente Doutor junto ao Departamento de Direito Comercial da FADUSP e Membro Fundador da ATRIP International Association For The Advancement of Teaching And Research in Intellectual Property.

A expressão *direito intelectual* é compreensiva da propriedade industrial, direitos de autor e matérias afins. Nesse mesmo sentido é empregada pelos autores italianos a denominação *direito industrial* (expressão também utilizada no Departamento de Direito Comercial da FADUSP, devido à influência dos comercialistas italianos em nossa Faculdade), se bem que enfeixando tais direitos no estabelecimento comercial, tomado como ponto de referência daquelas diversas instituições¹. A expressão mais tradicional, destinada a abranger os direitos de autor e a propriedade industrial, é *propriedade intelectual*, adotada no título da OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual, e mesmo no da ATRIP (International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property), sem que isso, entretanto, possa significar uma adesão incondicional à teoria da propriedade sobre os bens imateriais.

O importante é destacar que no mundo de hoje a separação estanque entre o Direito de Autor (como ramo do Direito Civil) e a Propriedade Industrial (como matéria compreendida pelo Direito Comercial) não mais encontra razão de ser, como assinalei em trabalho anterior sobre o mesmo tema².

Naquele trabalho se demonstrava que, sob o ângulo do direito que detém o autor sobre sua obra, nenhuma diferença existe entre o direito do inventor e o do autor de obra artística, direitos de mesma

1. TULLIO ASCARELLI, em seu Tratado da Concorrência e dos Bens Imateriais, nega que essas instituições possam ser ordenadas convenientemente sob o perfil da composição da "azienda" ou da organização da empresa, colocando o acento da disciplina "sobre o interesse geral do progresso cultural e técnico e sobre o interesse do consumidor".

2. "O Direito Industrial e Sua Caracterização Como Ramo Antônomo do Direito Privado", RDM nº 36, p. 60 e segs., trabalho esse também apresentado em Genebra, por ocasião da fundação da ATRIP.

natureza, tendo por objeto um bem imaterial resultante do exercício da criatividade humana. Além de possuir o inventor os chamados direitos morais (que, em consequência, não são faculdade exclusiva do autor de obra literária ou artística), estudos mais recentes sobre o segredo industrial e a transferência de tecnologia evidenciaram também um direito de inédito do inventor, desfazendo-se, assim, a pretensa diferenciação de naturezas dos direitos de propriedade industrial e de autor.

Sob o enfoque do estabelecimento comercial, a ele se agregam tanto os direitos sobre as criações técnicas, como os relativos às criações artísticas, podendo quaisquer deles ser objeto dos negócios jurídicos realizados pelo empresário, sejam negócios de alienação, ou de licença de exploração (nestes compreendida a adição), independentemente de tratem de invenções, modelos, sinais distintivos ou obras artísticas (é fato notório que as mais importantes indústrias atuais têm como *produto* as obras literárias, as músicas, como as denominadas indústria editorial e indústria fonográfica, tendendo mesmo a que o *produto* mais importante de nossa época seja a própria cultura).

O tratamento legal diferenciado que ainda recebem os direitos de autor, de um lado, e a propriedade industrial, de outro, enseja perplexidades, como a atual crise do enquadramento jurídico do "software", já que a incidência sobre essa nova modalidade de criação intelectual das normas do direito autoral permitiria incontrolada evasão de divisas, situação essa não prevista pelo legislador.

A questão da autonomia da disciplina do direito intelectual (ou direito industrial, ou propriedade intelectual) foi tratada em maior profundidade em meu artigo já referido, que concluía pela necessidade do reconhecimento de sua autonomia didática, devendo compreender o estudo do direito de autor, da propriedade industrial, da concorrência desleal, transferência de tecnologia e defesa do consumidor.

Em sua obra referida, advertia já Ascarelli sobre a vinculação entre o desenvolvimento econômico e a importância cada vez maior dos problemas de direito industrial, "que adquirem tão maior importância quanto mais desenvolvida esteja a industrialização do país e mais ativa seja a luta da concorrência", não se devendo esquecer "a elaboração de princípios diretores, especialmente necessários em uma disciplina que imediatamente se põe em conexão com o desenvolvimento econômico do país".

Nosso empenho em ver reconhecida a autonomia do direito intelectual e a necessidade de seu ensino nas faculdades brasileiras, objeto de exposição em congresso interno da FADUSP, onde foi aprovada sem restrições, divulgada através do mencionado artigo publicado pela RDM e apresentada no foro da ATRIP em Genebra, acabou por encontrar eco em Resolução aprovada no último Congresso dessa associação internacional, realizado em Munique, em setembro de 1983. Vale a pena transcrever por inteiro o texto dessa Resolução, espe-

rando seja adotada pelas universidades brasileiras, especialmente no seio da USP, localizada no Estado mais desenvolvido industrialmente de nosso País:

Resolução

A Associação Internacional para o Avanço do Ensino e Pesquisa em Propriedade Intelectual — ATRIP —, reunida em Munique aos 7 de setembro de 1983;

I

Reconhecendo que a proteção da propriedade intelectual pelo direito de patentes, desenhos e modelos industriais, marcas, concorrência desleal, variedades vegetais, direito de autor, transferência de tecnologia e repressão ao abuso do poder econômico representa um importante papel no desenvolvimento econômico, tecnológico e cultural de todos os países e, em particular, dos países em desenvolvimento;

Convencida que a criação, a administração, a defesa e a transferência eficazes dos direitos de propriedade intelectual pressupõem, principalmente, que o ensino e a pesquisa no campo da propriedade intelectual recebam a atenção apropriada das universidades e outras instituições educacionais;

Verifica que o ensino e a pesquisa no domínio da propriedade intelectual ao nível das universidades, embora varie de um país ao outro, não corresponde em geral ao papel econômico, tecnológico e cultural da propriedade intelectual e que este problema é particularmente sentido nos países em desenvolvimento;

Recebe com apreço os esforços das organizações internacionais e dos institutos e centros nacionais dedicados ao ensino e à pesquisa no campo da propriedade intelectual, que prestam assistência aos professores e pesquisadores nesse campo;

Resolve que os governos, as universidades e outras autoridades competentes de todos os países devem tomar as medidas apropriadas a fim de assegurar que o ensino e a pesquisa em matéria de propriedade intelectual se tornem partes integrantes e efetivas do processo educacional, atendendo assim à necessidade social de formar pessoal qualificado, capaz de compreender e de aplicar os conceitos e as instituições da propriedade intelectual no plano da política governamental e na prática científica, técnica, industrial e comercial, de modo a promover o progresso científico, econômico e cultural.

II

Recomenda sejam tomadas, para tal fim, as seguintes medidas:

— As universidades devem prever no quadro de suas faculdades de direito programas de ensino do direito de propriedade intelectual.

Tal programa deve ser oferecido sob forma de cursos de introdução geral, abertos a todos os estudantes, e cursos suplementares e especializados sobre a propriedade industrial e o direito de autor, incluindo o direito de patentes, desenhos e modelos industriais, marcas, concorrência desleal, variedades vegetais, direitos de autor, transferência de tecnologia e repressão ao abuso ao poder econômico. Esses cursos especializados devem ser oferecidos ao menos como cursos opcionais ao nível de graduação e pós-graduação e devem ser reconhecidos para a obtenção de títulos e graus;

— O ensino deve levar em conta os aspectos internacionais e regionais da propriedade intelectual, bem como suas implicações econômicas, sociais e culturais;

— O ensino do direito da propriedade intelectual não deve ser limitado às universidades, particularmente às faculdades de Direito. Este ensino deve ser oferecido igualmente por outras faculdades, especialmente faculdades de ciências sociais e econômicas e por instituições de ensino técnico que formam engenheiros e pessoal técnico e científico e por outras escolas que cuidem da formação de pessoas ligadas à criação dos diferentes objetos da propriedade intelectual, como academias de arte, de cinema, etc.;

— É necessário pôr à disposição das universidades e outras instituições ligadas ao ensino e à pesquisa em propriedade intelectual o material necessário e suficiente para o ensino, o estudo e a pesquisa;

— Devem-se estabelecer e desenvolver contatos entre as instituições de ensino e pesquisa de um lado e os organismos públicos de administração da propriedade intelectual de outro lado, ou seja, os órgãos de patentes e de direito de autor. Esses contatos devem ser estabelecidos e desenvolvidos igualmente entre as instituições de ensino e pesquisa de um lado e os profissionais de propriedade intelectual e suas organizações profissionais de outro lado, como os inventores, autores, artistas, advogados, agentes de patentes e juizes;

— É necessário tornar possível aos professores e pesquisadores, em particular pela concessão de bolsas, estudar as experiências e problemas específicos de outros países; devem-se criar possibilidades de trocas de pontos de vistas e de experiências nos congressos e reuniões internacionais;

— Os programas nacionais e internacionais de cooperação para o desenvolvimento devem incluir medidas destinadas a facilitar o intercâmbio de professores e pesquisadores entre países desenvolvidos e em desenvolvimento e devem prever medidas para pôr à disposição dos professores e pesquisadores de países em desenvolvimento o material suficiente para o ensino e o estudo.

Liberalismo, Corporativismo, Pluralismo e Neo-Corporativismo

Octavio Bueno Magano

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

1. Introdução

Não tencionamos aqui desenvolver conceitos em torno das ideologias acima enunciadas senão na medida necessária a explicar as relações entre elas e o Direito do Trabalho. As ideologias podem ser definidas como esquemas de pensamento e de ação em que a maioria das pessoas acredita, numa determinada fase da história¹. Tendo presente esse conceito, vamos procurar demonstrar que a índole do Direito do Trabalho varia conforme o esquema ideológico, condicionante de seu desenvolvimento. E o faremos compartilhando da opinião de Palomeque, no sentido de que o Direito do Trabalho não surge de forma espontânea, “de um impulso generoso e desprendido dos núcleos diretores da sociedade”, sendo, ao contrário, fruto de ideologias².

2. Liberalismo

A característica fundamental do liberalismo se traduz na crença da liberdade individual. O liberalismo é uma sociedade de participação limitada³. De acordo com essa ideologia, o homem sai do estado natural alienando apenas parte de sua liberdade e conservando, portanto, direitos fundamentais. Decorre daí a exigência de que o Estado seja abstencionista, limitando a sua ação ao mínimo indispensável à preservação da coesão social.

1. Bagolini, Luigi, *Filosofia del Lavoro*, Milano, Giuffrè, 1977, págs. 29/31. Vide também Palomeque, que assim conceitua a ideologia: “sistema de representaciones, conceptuales, valorativas e incluso intuitivas, de una clase, estrato o grupo.” (Palomeque, M. Carlos, *Derecho del Trabajo e Ideologia*, Madrid, Akal, 1980, pág. 73).

2. Palomeque, ob. cit., pág. 73.

3. Prélôt, Marcel, *Histoire des Idées Politiques*, Paris, Dalloz, 1966, pág. 381.

Para que o Estado não tenha extravazamentos, o seu poder deve ser dividido, nos termos da máxima de Montesquieu: "le pouvoir arrête le pouvoir".

A preservação da liberdade individual exige, por outro lado, a proibição da existência de corpos intermediários entre o Estado e os indivíduos ⁴.

Por último, é preciso considerar a dimensão econômica do liberalismo, consoante a qual cada indivíduo, buscando o seu próprio interesse, proporciona a satisfação do interesse geral.

No quadro acima descrito, não há lugar para o desenvolvimento do Direito do Trabalho, por duas razões principais. Primeiro, porque essa disciplina, para se constituir, exige um mínimo de atividade estatal continuada, seja organizando sistema normativo destinado a proteger o trabalhador, como se deu nos países de tradição romano-germânica, seja estabelecendo estrutura capaz de proteger as organizações por eles constituídas, como ocorreu nos países da "Common Law". Segundo, porque o Direito do Trabalho supõe a atuação de corpos intermediários, a saber, os sindicatos, cuja existência não se compatibiliza com os padrões do liberalismo.

Não obstante, força é reconhecer que os primeiros marcos do Direito do Trabalho foram implantados durante o liberalismo. Surgiram, com efeito, no correr do século XIX, as primeiras leis de proteção ao menor, leis de fiscalização do trabalho, leis permissivas da atividade sindical. Contudo, a legislação editada nesse período distingue-se da que lhe é superveniente, posterior ao término da Primeira Grande Guerra, nisto que as últimas são tuitivas, abundantes e sistêmicas, enquanto as primeiras se mostram neutras, escassas e casuais.

A neutralidade apontada baseia-se na concepção de que todos os indivíduos são iguais perante a lei, o que resultava afinal numa grande inferioridade do trabalhador, em virtude de reduzido poder de barganha, decorrente de sua debilidade econômica.

A escassez referida constitui mero corolário de ser abstencionista o Estado liberal, do que resultava que só excepcionalmente intervinha na ordem econômica e social.

A casualidade de que se trata explica-se também pela natureza não intervencionista do Estado liberal, o que o fazia editar leis trabalhistas somente quando premido por circunstâncias especiais. Assim, no Brasil, a primeira lei sobre prestação de serviços, de 13 de setembro de 1830, está ligada à convenção que o Brasil celebrara com a Inglaterra, em 23 de novembro de 1826, e na qual se estipulava que, a partir de três anos após as ratificações do ajuste, o tráfico de escravos

4. Rousseau, J. J., *Du Contrat Social*, Paris, Eglhoff, 1946, pág. 73. Vide também Sienes, Emmanuel, *Q'est-ce que le Tiers état?* Genève, Droz, 1970, pág. 206.

passaria a ser considerado pirataria. A lei nº 108, de 11 de outubro de 1837, teve, a seu turno, em vista a disciplina dos contratos de prestação de serviços com estrangeiros pertencentes às primeiras correntes migratórias destinadas ao país. O decreto nº 2.827, de 15 de março de 1879, relacionava-se com o mesmo objetivo, mas numa fase em que as imigrações haviam tomado maior realce.

3. Corporativismo

A idéia básica do corporativismo é a da organização das forças econômicas em torno do Estado, com o fito de promover o interesse nacional e contando com o poder de impor regras a todos os seus membros ⁵.

Na Itália, onde o corporativismo teve bem-sucedida realização o Estado erigiu-se num fim ético para o qual deveriam convergir as ações dos indivíduos e dos grupos ⁶. De acordo com isso, dispunha o item I da "Carta del Lavoro": "A Nação italiana constitui organismo com fim, vida e meios de ação superiores, não só em força mas também em duração, aos indivíduos e grupos que a compõem. É uma unidade moral, política e econômica, que se realiza integralmente no Estado Facista." As forças econômicas organizam-se sob a forma de corporações ⁷. Nessa conformidade, preceituava o item VI da "Carta del Lavoro": "As corporações constituem a organização unitária das forças da produção representando integralmente o interesse delas." O sindicato, como elemento componente das corporações, tornou-se órgão do Estado ⁸ e representante da categoria profissional, em nome da qual podia celebrar contratos coletivos de trabalho, com eficácia "erga omnes". A categoria profissional erigiu-se em critério de organização dos sindicatos, figurando como verdadeiro e novo sujeito de direito ⁹.

Manifesta é a contraposição do corporativismo ao liberalismo. Primeiro, porque se apresenta como organização dos grupos econômicos e profissionais, enquanto o liberalismo pressupõe que o bem comum se realize automaticamente, pela atuação dos indivíduos, perseguindo os próprios interesses. Segundo, porque implica função coordenadora e diretiva do Estado ¹⁰, ao contrário do liberalismo, que o quer abstencionista. Terceiro, porque atribui aos grupos profissionais o poder de impor regras aos membros respectivos, ao passo que o liberalismo nem sequer admite a existência deles.

5. Manoilesco, Mihail, *Le Siècle du Corporativisme*, Paris, Félix Alcan, 1936, pág. 167.

6. Del Vecchio, Gustavo, *I Principii della Carta del Lavoro*, Padova, Cedam, 1937, pág. 43.

7. Idem, pág. 55.

8. Carta del Lavoro, item VI.

9. Barassi, Lodovico, *Diritto Sindacale e Corporativo*, Milano, Giuffrè, 1938, pág. 47.

10. Idem, pág. 10.

A concepção corporativista transplantou-se para a Carta Constitucional brasileira, de 10 de novembro de 1937, de acordo com as seguintes linhas fundamentais: a) organização corporativa da economia, o que implicou a constituição de órgãos representativos do capital e do trabalho, em função piramidal, sob a supervisão do Estado¹¹; b) delegação de poderes aos mesmos órgãos para se tornarem representantes de categorias profissionais, celebrando em nome delas contratos coletivos de trabalho¹²; c) criação do conceito de categoria, isto é, grupo profissional e econômico organizado conformemente aos desígnios políticos do Estado¹³; d) supressão dos conflitos sociais, notadamente das greves¹⁴; e) instituição da Justiça do Trabalho para os dirimir¹⁵.

Essas linhas básicas da Constituição ramificaram-se abundantemente, por obra da legislação ordinária. Resultou daí aparatosa organização sindical com as seguintes características: a) implantação do princípio da unidade sindical, com previsão de constituição de um único sindicato representativo de categoria profissional e econômica, numa determinada base territorial (geralmente o Município); b) integração do sindicato num sistema de relacionamento hierárquico com Federações e Confederações, constituídas respectivamente por categorias e ramos de atividade econômica; c) sujeição das entidades sindicais ao Ministério do Trabalho, através dos seguintes mecanismos: registro, fiscalização, intervenção, destituição de diretores, expulsão de associados, extinção; d) predeterminação das funções a serem exercidas pelos sindicatos.

A primeira das funções atribuídas ao sindicato foi a de representação da categoria profissional, com poderes de celebrar contratos coletivos de trabalho, que poderiam ser estendidos a todos os membros da respectiva categoria profissional; a segunda das atribuições conferidas ao sindicato foi a econômica, consistente na possibilidade de cobrar coercitivamente contribuição sindical de todos os membros da respectiva categoria profissional. A terceira das funções outorgadas ao sindicato foi a assistencial, cuja importância se realçava através da vinculação a ela da maior parte da receita obtida com a arrecadação da contribuição sindical compulsória.

Além da organização sindical, com as características acima mencionadas, montou-se também, em conformidade com a Constituição de 1937, outra aparatosa organização, destinada a dirimir os conflitos trabalhistas, a que se denominou Justiça do Trabalho.

11. Art. 140.

12. Arts. 137, 138 e 140.

13. Art. 138.

14. Art. 139.

15. Art. 139.

Se os conflitos sociais, que se traduziam em vias de fato, consideravam-se recursos anti-sociais¹⁶, nos termos da referida Constituição, tornava-se de rigor a canalização deles para o terreno das soluções impostas por órgãos estatais.

Para o efeito indicado, instituiu-se a Justiça do Trabalho, com competência para julgar tanto dissídios coletivos como individuais. Inicialmente, deram-lhe feição administrativa. Com o advento da Constituição de 1946, tornou-se órgão do Poder Judiciário.

As suas características atuais que pouco diferem daquelas existentes ao tempo de sua implantação, são resumidamente as seguintes: a) trata-se de organização paritária, o que significa que cada um de seus órgãos possui membros alheios aos interesses classistas e também representantes de empregados e de empregadores; b) a sua atuação se dá em três níveis: o das Juntas de Conciliação e Julgamento, com jurisdição local; o dos Tribunais Regionais do Trabalho, com jurisdição geralmente correspondente ao território estadual; e o Tribunal Superior do Trabalho, com jurisdição em todo o território nacional; c) no âmbito de sua competência, inserem-se tanto os dissídios individuais quanto os dissídios coletivos, incluindo-se entre os últimos os econômicos e os jurídicos.

Como se depreende do exposto, no esquema do Corporativismo, não há quase espaço para a atuação dos mecanismos de autocomposição, como a negociação coletiva, a convenção coletiva, a arbitragem voluntária e a greve, prevalecendo, ao contrário, de forma hegemônica, os mecanismos de tutela.

4. Pluralismo

O pluralismo significa a livre atuação dos indivíduos e dos grupos componentes da sociedade civil, na persecução dos interesses que lhes são próprias. Numa síntese mais apertada, poderíamos dizer que o pluralismo corresponde à existência, no seio da sociedade civil, de centros autônomos de produção jurídica, entendendo-se que as normas deles oriundas possuem a mesma natureza das emanadas pelo Estado, com a diferença de que as do último são dotadas de mais intensa positividade¹⁷. O aspecto de maior relevância do pluralismo é pois a negação da exclusividade normativa do Estado.

Coloca-se assim o pluralismo em contraposição frontal ao monismo jurídico, concepção segundo a qual goza o Estado do monopólio

16. Interpretando a concepção então vigente eis como se referia à greve Theotônio Monteiro de Barros Filho: "Phenomeno da vida collectiva, já não é, entretanto, havida como forma normal de manifestação de aneios legítimos. A tendência é para emprestar-lhe um caracter mórbido. Forma de lucta, num momento em que a grande preocupação de juristas e sociólogos, ao lado do Estado, é a de fixar processos harmônicos e pacíficos de compor um equilibrio estavel entre as formas do Capital e do Trabalho, ella passa a ser tida como nociva e anti-social, passível de repressão"

17. Del Vecchio, Giorgio, *Leçons de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1936, pág. 297

da produção jurídica. O monismo, como se sabe, tornou-se a concepção dominante a partir da Revolução Francesa e está implícito no movimento desencadeado no início do século XIX em prol da codificação¹⁸. Bem o externou Von Lhering ao dizer: “O Estado é a única fonte do Direito. A autonomia exercida de fato por muitas associações ao lado do Estado, não contradiz esta asserção. Essa autonomia encontra a sua base jurídica numa concessão expressa ou na tolerância tácita do Estado. Não existe por si mesma, deriva do Estado”¹⁹.

O formidável crescimento dos grupos profissionais nos países industrializados, ocorrido no curso do século XX, e a sua crescente influência na solução dos problemas políticos parecem desmentir a tese monista. Mostram-se, assim, mais condizentes, com a realidade de nossa época, estas palavras de Del Vecchio: “A dependência de todos os órgãos sociais à organização jurídica do Estado se resolve freqüentemente numa simples “fictio juris”, já que, na realidade, encontram-se organismos sociais que vivem “jure proprio”, não se vinculando ao Estado senão por liames externos, ou através de relações acentuadamente genéricas, que não afetam a sua estrutura e que não destroem conseqüentemente a autonomia de sua organização intrínseca”²⁰.

Sendo a sociedade civil composta de vários centros de poder, cada um deles desenvolve o seu sistema normativo, ressalvada a predominância do sistema estatal. Vale dizer, em outras palavras, que os grupos gozam de autonomia, enquanto o Estado detém a soberania. Tal autonomia se define como poder de auto-regrar os próprios interesses²¹, o qual, no que concerne aos grupos profissionais e econômicos, se exterioriza na celebração de convenções coletivas de trabalho. A convenção coletiva se concebe, assim, não como delegação de poder estatal, mas como autêntica manifestação de poder grupal, o qual não deve sofrer ingerências estatais.

Do ponto de vista político, o que se realça é a existência de um sistema em que as decisões provém da interação e da competição de uma multiplicidade de grupos representando interesses sociais diversos, cabendo ao Estado a função de mero árbitro na solução dos interesses conflitantes. À luz do pluralismo, a sociedade civil se concebe como um conjunto de entes individuais e coletivos, em permanente atividade, na busca dos interesses que lhes são próprios, e o Estado como o ente ao qual incumbe harmonizar os conflitos surgidos da mesma atividade²². Há de se acentuar ainda que a quantidade de grupos participantes das decisões adotadas, no âmbito de cada siste-

18. Fassò, Guido, *Histoire de la Philosophie du Droit*, Paris, L.G.D.J., 1974, pág. 2.

19. Von Lhering, Rudolf, *A Evolução do Direito*, Lisboa, José Bastos, s.d.p., págs. 220/221.

20. Del Vecchio, ob. cit., *Leçons...*, pág. 294.

21. Santi Romano, *Fragmentos de un Diccionario Juridico*, Buenos Aires, Ediciones Juridiques Europa-América, 1964, pág. 37.

ma, é potencialmente ilimitada, o que quer dizer que os grupos são tantos quantos sejam os interesses justificativos de uma organização. É preciso registrar, finalmente, que, do ponto de vista negativo, o pluralismo significa a valorização do grupo profissional e econômico como instrumento vertical da limitação do poder estatal²³.

O pluralismo pode ser tido como nova versão do liberalismo, dele se assemelhando pela liberdade outorgada aos protagonistas sociais, na realização de seus interesses e, ainda, pelo tipo de vinculação do Estado aos programas sociais e econômicos, geralmente, de caráter indutivo. Dele se distingue porque não antagoniza os corpos intermediários, reconhecendo-lhes, ao contrário, a autonomia e, ainda, porque não se alheia dos problemas sociais e econômicos.

O pluralismo, com as apontadas feições, pode ser também denominado de neo-liberalismo e tem sido a ideologia dominante no mundo ocidental, desde o término da Segunda Grande Guerra Mundial. As constituições que o acolhem dão prioridade aos mecanismos de auto-composição para a solução dos problemas sociais. Vale dizer que a negociação coletiva, a convenção coletiva, a greve, a conciliação, a mediação e a arbitragem voluntária se tornam as formas dominantes de exteriorização das relações trabalhistas.

No Brasil, a transposição do corporativismo para o pluralismo democrático nunca chegou a se consumir plenamente. Se, por um lado, a Constituição de 1946 fazia repousar a ordem econômica no princípio da liberdade de iniciativa²⁴, mantinha, por outro lado, a regra de que os sindicatos exercem funções delegadas do poder público²⁵ o que é incompatível com a idéia de autonomia sindical. A continuidade da tendência corporativa se revela quiçá, de modo mais acentuado na manutenção da Justiça do Trabalho, como organismo de tutela estatal destinado a dar solução aos conflitos trabalhistas.

À nível de legislação ordinária, pode-se dizer que ficaram intatas as estruturas corporativas concernentes aos sindicatos e à Justiça do Trabalho. Isso quer dizer, em outras palavras, que as relações trabalhistas, a despeito do advento da Constituição de 1946, continuaram a ser regidas através de mecanismos de tutela estatal e não por mecanismos de autocomposição e autodefesa, como é mais próprio dos sistemas democrático-pluralistas.

Nos Estados Unidos, por exemplo, o Governo intervém na esfera das relações industriais apenas para garantir aos trabalhadores o direito de se organizarem em sindicatos e de, através destes, nego-

22. Loewenstein, Karl, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, The University of Chicago Press, 1965, pág. 344.

23. *Idem*, pág. 344.

24. Art. 145.

25. Art. 159.

ciarem coletivamente ou usarem de meios de pressão para o sucesso de suas reivindicações²⁶. Abstêm-se, porém, de se imiscuir na determinação do conteúdo das relações de emprego, ou de outorgar a órgão administrativo ou judiciário o poder de fazê-lo²⁷.

Ressalvadas as peculiaridades de cada país, parece certo que o referido modelo teve influência preponderante, na conformação dos sistemas de relações industriais dos países da Europa Ocidental, após o término da Segunda Grande Guerra. O caso da Itália é bem ilustrativo. Como assinalam Carinci, Tamajo, Tosi e Treu, “...o sistema italiano de relações industriais, após a Segunda Grande Guerra, desenvolveu-se fora de qualquer esquema legislativo, não só no que concerne aos protagonistas do sistema — sindicatos e organizações empresariais — mas igualmente no que respeita a outros dois institutos fundamentais, o contrato coletivo de trabalho e o conflito”²⁸.

No Brasil, como já assinalamos, não foi isso o que se deu. A despeito de haveremos adotado, em 1946, uma constituição democrática, as nossas relações industriais continuaram a ser regidas por mecanismos de tutela, de ressaibo claramente corporativista.

Para que se inverta essa situação, é mister a total revisão da legislação ordinária, feita de acordo com os critérios abaixo-indicados.

Cumpra, antes de mais nada, abandonar o mito de que a categoria constitui pressuposto lógico da existência do sindicato. Isso só se admite à luz da concepção corporativista. Sob o prisma do pluralismo, os grupos profissionais e econômicos ganham identidade através de um ato de autonomia negocial, que transforma um amorfo sociológico em uma organização²⁹. Vale dizer que a categoria não constitui antecedente necessário do sindicato, que, assim, pode abranger todos os trabalhadores de uma categoria, ou os de uma cidade, ou apenas os trabalhadores de uma empresa. Tudo depende da vontade dos participantes do grupo e da força que tiverem para se organizarem.

Esse é o critério de organização seguido em todos os países em que prevalece o modelo pluralista, como é o caso dos Estados Unidos, da Itália e da Espanha.

O abandono da idéia de categoria, como antecedente necessário do sindicato, implica igualmente o desaparecimento do conceito de território, como espaço geográfico em que aquela se situa. Sob a rubrica do pluralismo, o sindicato pode atuar no espaço geográfico de sua escolha, seja este o correspondente aos limites de uma empresa,

26. Cox, Arquibald, *Law and the National Labor Policy*, Los Angeles, University of California, 1960, pág. 2.

27. *Idem*, pág. 11.

28. Carinci, F.; De Luca Tamajo, R.; Tosi, P.; Treu, T. *Diritto del Lavoro*, Torino, UTET, 1983, pág. 27.

29. Grugni, Gino, *Diritto Sindacale*, Bari, Cacucci, 1980, pág. 72.

de uma cidade, de um município, de um Estado ou aos do território nacional.

Outro traço da organização atual incompatível com o modelo pluralista é o que se traduz na estreita vinculação entre governo e sindicato e que autoriza o primeiro a intervir na administração do último, destituindo diretores até mesmo dissolvendo o próprio sindicato. Ao contrário disto, o modelo pluralista supõe total desvinculação entre o Estado e o sindicato. Em alguns países, como é o caso da Inglaterra e da Itália, até mesmo o registro do sindicato se reputa incompatível com a liberdade sindical ínsita ao modelo pluralista.

O terceiro traço da organização atual incompatível com o modelo pluralista é o referente à contribuição sindical compulsória. A compulsoriedade da exigência briga com a liberdade sindical inerente ao pluralismo. Por outro lado, deforma a própria organização sindical, porque lhe dá força econômica quase sempre desacompanhada de representatividade. Por último, é preciso assinalar que a contribuição sindical compulsória, implicando captação de meios econômicos por imposição estatal, coloca inevitavelmente o sindicato sob a dependência do Estado, o que é claramente contrário à idéia de liberdade sindical própria do modelo pluralista.

A incompatibilidade da legislação brasileira com o modelo pluralista se patenteia não apenas no que concerne à organização sindical senão também no que respeita à própria existência da Justiça do Trabalho. Como já se assinalou anteriormente, esta foi criada sob a égide do corporativismo, como mero sucedâneo da proibição que este impunha aos conflitos trabalhistas, que pudessem se traduzir em vias de fato, notadamente a greve. A Justiça do Trabalho constitui, pois, mecanismo de tutela engendrado pelo corporativismo e que se mostra incompatível com os mecanismos de autocomposição de conflitos, próprios do modelo pluralista.

5. Neocorporativismo

O neocorporativismo possui basicamente as mesmas características do corporativismo, despojado, porém, da carga ideológica facista, que lhe era própria. Distingue-se, ademais, do último por não ser compulsório e sim voluntário.

O neocorporativismo parte assim da premissa de que a harmonia das classes sociais é essencial ao funcionamento e à estabilidade da sociedade civil. Nutre-se da idéia de que tal harmonia só pode ser assegurada, se os vários grupos componentes da sociedade global, notadamente os profissionais e os econômicos, reconhecerem a existência de direitos e deveres recíprocos. Desdobra-se no conceito de que os mesmos grupos devem gozar de influência nas decisões políticas e ao mesmo tempo assumir responsabilidade quanto à atuação de seus membros, controlando-a, a fim de que não se afaste dos objetivos de rele-

vância social previamente estabelecidos. Sob o rótulo de neocorporativismo, intenta-se, em suma, identificar estrutura política na qual as decisões estatais se baseiam na participação dos grupos profissionais e econômicos mais representativos, ou melhor, estrutura na qual os protagonistas são a um tempo o Estado e os grupos profissionais e econômicos mais representativos.

Em conformidade com as apontadas características, o neocorporativismo pode ser definido como modelo institucionalizado de formação de decisões políticas, no qual as grandes organizações de interesses colaboram entre elas e com a autoridade pública, não só na realização dos mesmos interesses mas também na realização dos objetivos da comunidade ³⁰.

As feições do neocorporativismo melhor se realçam assinalando-se as diferenças com o corporativismo e com o pluralismo.

Do corporativismo diferencia-se basicamente nisso que o último é coercitivo enquanto o primeiro é voluntário. As demais diferenças constituem desdobramentos desta. Assim, pressupõe o neocorporativismo que a estrutura sindical não fique na dependência de diretrizes estatais, nem tampouco vinculada à realização de objetivos estabelecidos unilateralmente pelo Estado, mas, ao contrário, continue livre, de acordo com os moldes pluralistas, matizados apenas pela tendência no sentido de maior centralização ³¹. As negociações entre as partes não ficam na dependência do "placet" governamental; devem ser, porém, desenvolvidas dentro dos limites estabelecidos no pacto social celebrado entre o Estado e as entidades mais representativas de trabalhadores e empregadores. Os conflitos coletivos, que se traduzem em vias de fato, não ficam proibidos nem se estabelecem órgãos para julgá-los, de forma compulsória, o que não exclui, todavia, a expectativa de autodisciplina das partes, no que concerne ao seu desencaideamento.

O neocorporativismo implica cooperação tripolar, na qual os protagonistas são o Estado e as entidades mais representativas de empregados e de empregadores, mas isso sem prejuízo da preservação de instituições democráticas e do reconhecimento da posição conflitiva entre o capital e o trabalho. Por isso mesmo, é comum que seja também denominado de pluralismo organizado.

Do modelo pluralista distingue-se o neocorporativismo, pelo reconhecimento implícito, no último modelo, da necessidade de cooperação entre os parceiros sociais, inclusive o Estado, na consecução dos objetivos relevantes da comunidade. A idéia dominante deixa de ser, portanto, a de uma sociedade conflitiva, em que cada grupo persegue os próprios interesses e na qual o Estado se limita a manter o equilíbrio entre interesses contrapostos.

30. Mafaffi, Marco, *La Società Neo-Corporativa*, Bologna, Mulino, 1981, pág. 22.

31. *Idem*, pág. 33.

O instrumento mais significativo de atuação do neocorporativismo é o pacto social, através do qual os grupos profissionais e econômicos, em colaboração com o Estado, delineiam soluções para os problemas econômico-sociais³². A heterogeneidade e a amplitude das matérias contidas nesses pactos têm dificultado a determinação de sua natureza jurídica. Nada obsta, porém, a indicação desta por aproximação. Numa primeira tentativa de aproximação, pode-se dizer que os pactos não constituem imposições governamentais, melhor caracterizando-se como manifestações de autonomia dos grupos profissionais e econômicos, que deles participam. Isso bem se realça quando os mesmos pactos se celebram sem participação governamental, como tem sucedido na Espanha. Mas, mesmo quando se dá o contrário, como ocorreu no país citado com o Acordo Nacional sobre Emprego, de 1982 e, na Itália, com o Acordo sobre custo do trabalho, de 22 de janeiro de 1983, a apontada característica não se desmente, podendo-se falar apenas numa limitação da questinada autonomia³³, a qual, como se sabe, já corresponde, por si, à idéia de poder limitado. Há de se registrar, em seguida, que os pactos em foco não se identificam com as convenções coletivas de trabalho, conceituadas como instrumentos de determinação do conteúdo de contratos individuais de trabalho. Tal identificação não é possível porque os pactos em causa não têm em vista o conteúdo de tais contratos e sim o das convenções coletivas do trabalho³⁴. Por essa razão, talvez melhor se caracterizem como marcos de estrutura das convenções coletivas³⁵.

O conteúdo dos pactos em causa é, como já se disse, amplo e heterogêneo. Contudo, isso não impede de se indicarem os tópicos de maior importância geralmente neles inseridos, a saber: a) objetivo de combate à inflação e ao desemprego; b) medidas de ordem econômica a serem adotadas pelos pactuantes, para colimarem o referido objetivo; c) fixação de diretrizes a serem obedecidas na celebração de convenções coletivas; d) diminuição da conflitividade entre os parceiros sociais, nos diversos níveis de sua atuação; e) racionalização do processo de negociação coletiva, com o fito de evitar a sua excessiva atomização e a duplicação de linhas de negociação.

32. Treu, Tizino, L'intervento del sindacato nella politica economica, "in" *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni industriali*, Milano, nº 17, anno V, 1983, pág. 81.

33. "Prevale, dunque, il contratto, ancorché si tratti di un contratto collettivo mediato, nei termini e con il valore di cui si dirá, dal potere pubblico; prevale, cioè, un indirizzo che non confida in sokuzioni etèrnome dei conflitti sociali, ma si impernia sul ruolo dell'autonomia collettiva, sostenuta dai publici poteri. Insomma, una soluzione neocontrattuale palesa rinnovato vigore, la cui effettiva portata sarà dimostrata nell'attuazione dell'accordo." Pehone, Gian, Carlo L'Accordo Sul Costa del Lavoro, Problemi e Prospettive, "in" *Il Diritto del Lavoro*, 1983, Fasc. 2, Parte I, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro, 1983, pág. 93.

34. Alonso Garcia, Manoel, La Naturaleza del Acuerdo Marco Interconfederal, "in" *Comentarios al Acuerdo Marco Interconfederal sobre Negociación Colectiva*, Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1980, págs. 32/33.

35. Vidal Caruana, *Negociación Colectiva* 83, Madrid, APD, 1983, pág. 5.

Os pactos sociais, com as características acima apontadas, tendo voga cada vez maior, nos países da Europa Ocidental, se não traduzem adesão dos mesmos países ao modelo neocorporativista, indicam, sem dúvida, clara tendência nesse sentido. A propensão em causa já se trasladou para a América Latina, como se depreende da celebração do Pacto de Solidariedade Nacional, recentemente celebrado no México.

6. Conclusões

Não é fácil indicar a ideologia ou as ideologias destinadas a exercer maior influência na elaboração do Direito do Trabalho. Contudo, algumas podem ser tidas como exauridas, quanto ao poder de gerar proselitismo: é o caso do liberalismo e do corporativismo. Assim, é de se prever que a evolução do Direito do Trabalho, no mundo ocidental, deverá ocorrer em conformidade com estas duas linhas de pensamento: a do pluralismo e a do neocorporativismo.

Qual das apontadas linhas de evolução será mais conveniente para a América Latina?

A América Latina possui longa tradição de intervencionismo estatal não só na disciplina das relações individuais de trabalho como também na solução dos conflitos respectivos e na limitação das manifestações coletivas³⁶. Contudo, há sinais de uma tendência no sentido de mais acentuada autonomia dos protagonistas sociais, o que se pode atribuir aos seguintes fatores: a) envelhecimento dos códigos de trabalho que não se mostram mais aptos a solucionar todos os problemas trabalhistas da sociedade contemporânea; b) aumento do número das grandes empresas, em que é mais marcante a inclinação a negociar coletivamente; c) advento de nova geração de gerentes de relações humanas, mais propensos aos mecanismos de autocomposição³⁷. Força é reconhecer, porém, que o mecanismo intervencionista continua dominante³⁸.

Em termos de ideologia, desejável seria que o primeiro mecanismo suplantasse o último, por ser mais consentâneo com o modelo democrático-pluralista. Contudo, na prática, grandes seriam os riscos de que o mesmo modelo se convertesse numa farsa, na qual os atores, sob a aparência de servirem interesses próprios, estivessem, na verdade, exteriorizando interesses de grupos dominantes. O que se quer dizer, em outras palavras, é que a prática do modelo pluralista exige a atuação de parceiros sociais preparados, com equilíbrio de forças. Faz-se mister, portanto, para que este funcione adequadamente, o fortalecimento das organizações sindicais e a melhor formação educacional de seus líderes.

36. Córdova, Efrén, *Las Relaciones Colectivas de Trabajo en America-Latina*, Ginebra, OIT, 1981, pág. 1.

37. *Idem*, pág. 7.

38. *Ibidem*, pág. 13.

Enquanto as apontadas exigências não se colimarem, o único modelo viável para a América Latina é o dualista, ou seja, uma mistura de autonomia coletiva e de intervencionismo estatal, com a ressalva ideológica de que o comportamento autônomo deve ser o fator dinâmico, a fim de que, ao longo do tempo, possa suplantar ou outro fator. O dinamismo em causa exige, porém, o robustecimento institucional dos mecanismos de autocomposição, nos moldes do decreto nº 88.984, baixado pelo Governo brasileiro, em 10 de novembro de 1983 e cujo escopo é exatamente o de estimular e proteger os mecanismos de negociação coletiva, de mediação e de arbitragem.

Há, portanto, probabilidades grandes de que o modelo dominante de relações industriais, na América Latina, venha ser o de neocorporativismo, adaptado naturalmente às peculiaridades de nossa região.

Violência Contemporânea e Penas

Henny Goulart

Professora Adjunta de Direito Penal
da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo

É comum falar-se, atualmente, em aumento da violência, com referência aos altos índices de criminalidade, e sua maior gravidade, principalmente nos grandes centros.

Na verdade, o progresso alcançado pela humanidade nos últimos séculos, em todos os setores de atividade, trouxe nítidas vantagens para a saúde, instrução, comunicação e demais campos onde se desenvolve o atuar humano; por outro lado, esse mesmo progresso deslocou massas imensas do viver tranqüilo dos campos para as gigantescas cidades modernas, onde a vida se desenvolve de forma tensa, na luta diária no trabalho, na preocupação constante da manutenção da família, na competição acirrada pela escalada social, no desafio enfim para a realização das potencialidades de cada um.

Realmente, se lembramos o viver dos povos primitivos, verificaremos de imediato o contraste marcante em relação aos nossos dias: a terra era a base da vida, desenvolvendo a família, nas pequenas aldeias, a divisão simples dos trabalhos e mantendo juntos os seus membros, em rígida estrutura, cultura e religião próprias. As classes que daí surgiram eram claramente definidas e o nascer determinava, imediatamente, o tipo de vida que cada pessoa teria.

A revolução industrial trouxe o sentido de mudanças inevitáveis: os novos tipos de trabalho que deviam ser aprendidos, os novos locais onde morar, a troca da amplidão dos campos para os recintos fechados e enfumacados das fábricas, a perda da presença constante dos familiares, com a deslocação da produção econômica fechada, como uma unidade, para o trabalho fora, o sentimento de poder ganhar mais por si mesmo desatando as ambições e trazendo formas desconhecidas de conflitos, com a paulatina redução da autoridade patriarcal, tudo fazendo com que as funções básicas da família fossem modificadas ou reduzidas em favor de instituições sociais novas, como as escolas, locais de diversão, etc.

No nosso século, principalmente nas últimas décadas, por imposição das novas necessidades trazidas pelo progresso, pelos abalos e mudanças das estruturas políticas e econômicas que têm percorrido

o mundo, as migrações para as grandes cidades aumentaram e as famílias, que de uma forma geral vêm se tornando menores, já não podem em sua grande maioria oferecer aos seus membros a tranquilidade e a segurança do passado.

O ser humano hoje vive quase sempre tenso pelas dificuldades de realização pessoal. O mais certo, porém, seria dizer que essa tensão surgiu e vem há muito aumentando em razão das profundas transformações nas estruturas institucionais das sociedades, das ideologias conflitantes, sempre existentes mas hoje avivadas nos debates mundiais, nas guerras em várias partes do mundo e nos atentados terroristas, das necessidades do desenvolvimento econômico, social e político e, mais diretamente, em razão do combate diário em cada setor, onde a concorrência está sempre presente, tudo, enfim, colaborando para o aumento das pressões a cada um é submetido.

É por isso que autores, como o americano Alvin Toffler, afirmam que o fenômeno do choque cultural e dos efeitos da revolução tecnológica que estamos vivendo seria o responsável pela maior parte do espanto, da frustração e desorientação das pessoas hoje em dia, pois essas mudanças assinalariam uma nítida ruptura com toda a experiência passada do homem e teriam um impacto terrível nos hábitos, crenças e auto-imagem de milhões de pessoas. Por outro lado, o ritmo acelerado da invenção, exploração e difusão, por sua vez movimentaria ainda mais todo o sistema e esse crescente índice de transformações no mundo que nos cerca conturbaria o nosso equilíbrio interno e alteraria a própria maneira de olhar a realidade. Assim, a aceleração que se nota no exterior, produziria uma aceleração no nosso mundo interior, influenciando profundamente o comportamento humano e provocando fortes e contrastantes reações nas diferentes pessoas.

Neste panorama, e pela influência ou de fatores endógenos ou pessoais, encontrados na constituição biopsíquica dos indivíduos, ou de fatores ambientais, decorrentes das dificuldades encontradas no meio social, com referência à família, à escola, ao trabalho, às migrações e ao relacionamento, é que podemos encontrar as causas do aumento da criminalidade.

Se é verdade que o crime sempre existiu, o que chama a atenção na atualidade é o crescimento da criminalidade, que passou dos índices considerados aceitáveis em qualquer sociedade, para marcas sem precedentes. Por outro lado, esse aumento foi sendo acompanhado pela violência contra as pessoas, multiplicando-se os latrocínios, seqüestros, etc.

Isso não significa que os crimes não violentos, como o furto, tenham desaparecido ou diminuído. As notícias nos dão conta de que, em relação a 1982, dobrou o número dos furtos que teria passado de 40.000 em 1983¹.

1. "Folha de São Paulo", de 1º de fevereiro de 1984.

Deve-se notar também que os jovens adultos delinquentes respondem pela maior parcela desse aumento, na quantidade e gravidade dos crimes. E a participação feminina também está em alta.

Embora a criminalidade violenta possa ser encontrada em qualquer grande cidade do mundo, não se pode deixar de constatar o seu crescimento nas grandes cidades brasileiras, espraçando-se, já, embora em menor número, para as cidades do interior, balneários, etc., com a mesma violência.

Entendemos que muitos fatores são os responsáveis por esse quadro: o crescente desemprego, o alto índice da inflação com o conseqüente mas desmedido aumento de todos os produtos, serviços, prestações e taxas; o pouco e, em muitos casos, nenhum respeito aos direitos mais comzeinhos dos cidadãos; a violência policial que, em tantos e famosos casos, deu mostras da sua arbitrariedade e desconhecimento ou pouco caso da lei; e a difícil, lenta e cara justiça que, pela sua estrutura antiquada e falta de recursos financeiros adequados, não tem sido capaz de corresponder plenamente aos anseios de tantos espoliados e injustiçados — todos esses fatores respondem, evidentemente, pelas tensões, frustrações, desesperos, desejos de vingança, ou procura de justiça pelas próprias mãos, que acabam por se transformar em atos criminosos.

Nesta situação, o cotidiano das pessoas vem mudando: todos tomam mais cuidado, a desconfiança está sempre presente, evita-se tanto quanto possível sair a noite ou passar por lugares isolados, as pessoas se armam, cercam-se as residências de apetrechos de segurança, guardas particulares são contratados, tudo a mostrar o sentimento de insegurança que domina a população ante a rotina diária dos atos criminosos violentos, mostrados e ressaltados pelos meios de comunicação.

Traumatizadas e sentindo-se impotentes para reagir ou estancar a onda de criminalidade, muitas pessoas voltam a falar em repressão também violenta, com inclusão da pena de morte na legislação penal e redução da idade de 18 para 16 anos para a responsabilidade.

Durante séculos, as antigas legislações aplicaram aos criminosos castigos corporais cruéis, trabalhos forçados nas minas e galés, exílio e a pena de morte.

Tendo por finalidade causar sofrimento ao condenado, fazendo-o expiar pela dor o crime cometido, os códigos mais antigos previam os castigos corporais, tidos como penas de grande importância e aplicados em variadas modalidades. No período da Idade Média, segundo Cuello Calon, a crueldade e extensão das penas corporais aumentam, inventando-se novos métodos para fazer sofrer o condenado. Nos séculos seguintes, na Alemanha, França e Espanha, as mutilações, os

açoites e a marca de ferro quente foram comuns e prodigamente usados. Alguns desses castigos tiveram aplicação até o século passado ².

Defendidas como um dos melhores meios de intimidação e adequado castigo para os culpados de crimes brutais, reveladores de ausência de sentimentos humanitários pois, sendo sua execução rápida e dolorosa, elimina os inconvenientes da pena privativa da liberdade; preconizadas também como meio educativo, principalmente com relação aos menores, e como providência enérgica capaz de refrear certas tendências criminosas, tem sido invocado em seu abono o exemplo da Inglaterra onde, até a primeira metade do século XIX empregava-se o castigo corporal, restrito aos condenados masculinos maiores de 16 anos, em razão do "Criminal Law Consolitation Act", de 1861. Mais tarde ficaram sujeitos a essa pena os autores de roubo e tentativa de morte. Em 1913, a Câmara dos Comuns adotou a fustigação para os proxenetas. A partir daí, a escala de aplicação da pena corporal foi sendo sensivelmente reduzida, até sua abolição.

Nos Estados Unidos, por diversas vezes, na imprensa e nos debates parlamentares, foi pedida a aprovação de castigos corporais, principalmente para o "kidnapping", seqüestro de menores, mas os projetos não tiveram sucesso.

Os sentimentos de humanidade e de respeito à dignidade do ser humano, insitos nas Declarações de Direitos do Homem aceitas pelos países civilizados vieram, todavia, repudiar de vez essas penas expiativas e degradantes como de nenhuma utilidade para reduzir a criminalidade, servindo apenas para revoltar os pacientes, prejudicar-lhes a saúde, quando não para torná-los física e mentalmente inúteis sociais. Na realidade, as penas corporais não mudam os sentimentos das pessoas, não extinguem ou reduzem a criminalidade, constituindo aberração sob qualquer dos seus aspectos, como penalidade principal ou complementar. Até como medida disciplinar nas prisões, sua aplicação está totalmente condenada. Continuam, entretanto, a serem ilegalmente usadas em muitos institutos penais, sendo comum também ainda hoje nas delegacias de polícia, para obtenção de confissões, aplicadas por sádicos agentes, para os quais o que conta é a rapidez e a promoção pessoal quanto à solução dos delitos, não importando muito quem seja o verdadeiro criminoso.

Quanto à pena de morte foram, igualmente, usadas durante séculos. Imposta para a maioria dos crimes era, geralmente, precedida de tormentos e mutilações e sua execução, sempre pública, se realizava através de diversas e bárbaras modalidades, como esarteamento, imersão, fogueira, garrote, crucificação, decaptação e outras. A Idade Média manteve a pena de morte e a crueldade dos meios de tortura, sendo que a Inquisição registra a seu débito milhares de execuções, na fogueira ou por estrangulamento.

2. Cuello Calon, Eugenio, Derecho Penal, Bosch Casa Edit., Barcelona, 1945, págs. 113 e 247.

A partir do século XVIII, a corrente contrária à sua manutenção firma-se cada vez mais, transformando-se em declarada campanha no século passado e, sempre com força vai conseguindo, principalmente após a segunda grande guerra, reduzir não só os casos de aplicação, mas também o número das execuções programadas, pelo exercício do indulto ou da comutação. Os resultados obtidos, primeiramente na Inglaterra, acabaram por reforçar as campanhas em curso em outros países, como ocorreu na Alemanha, Itália, França e Estados Unidos, além da América Latina, conseguindo sua abolição ou redução, até que a pena capital ficou mantida em algumas poucas legislações. Restou, no entanto, a tradição no sentido de sua manutenção nas legislações militares em tempo de guerra.

No Brasil, o Livro V das Ordenações Filipinas impunham, com largueza, a pena de morte precedida, em muitos casos, de tortura. Cominavam também extensamente as penas corporais.

Foi a Constituição de 25 de Março de 1824 que, primeiramente, fixou entre nós princípios que consagravam o respeito aos direitos e liberdades individuais, entre os quais lei igual para todos, proibição de açoites, tortura, marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis, abolindo também o confisco de bens.

O nosso primeiro Código Penal, de 1830, estabelecia penas ainda rigorosas, como as de galés, prisão com trabalhos, banimento, além da pena de morte pela força (art. 38), cominada aos crimes de insurreição, pela reunião de vinte ou mais escravos para haverem a liberdade pela força (art. 113), homicídio agravado (art. 192) e latrocínio (art. 271). Posteriormente, em 1835, a pena de morte foi estendida aos escravos que matassem, envenenassem ou ferissem gravemente ao seu senhor, feitor, ou familiares destes. A partir de 1855, embora continuasse inscrita no texto legal, a pena de morte não mais foi executada, muito contribuindo para isso o erro judiciário que levou ao patíbulo o fazendeiro Manuel Mota Coqueiro, pela suposta morte de um colono e sua família. D. Pedro II, considerando o abalo produzido na opinião pública, passou a comutá-la sistematicamente para a de galés, apegando-se a qualquer circunstância favorável ao réu³.

Com a proclamação da República o decreto 774, de 29 de setembro de 1890 extinguiu a pena de morte. Assim, o Código Penal de 1890 não a incluiu no elenco de penas do seu artigo 43, enquanto o artigo 44 era expresso ao afirmar não haver mais penas infamantes.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, abolindo expressamente as penas de galés e de banimento, dispôs expressamente que abolida ficaria também a pena de morte, ressalvando as disposições da legislação militar em tempo de guerra (art. 72, §§ 21 e 22). E a Constituição de 16 de julho de 1934 manteve a mesma orientação.

3. "Pena de Morte no Brasil", Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 177, abril/junho de 1967, págs. 7/20.

A pena de morte volta a surgir no Brasil com a Carta autoritária de 1937. O seu artigo 122, nº 13, com a emenda da Lei Constitucional nº 1, de 16 de maio de 1938, fixou-a para as hipóteses de tentativa contra a soberania da nação, de insurreição armada contra os poderes do Estado, a prática de atos destinados a provocar a guerra civil, suscitar terror, ou atos contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do presidente da República, além dos casos de homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade.

O novo Código Penal, de 1940, a exemplo do anterior, não estabeleceu a pena de morte, consignando apenas as de prisão e multa.

A Constituição de 18 de setembro de 1946 manteve, praticamente, os termos da Constituição liberal de 1934, ao dispor sobre a matéria em seu artigo 141, § 31. O mesmo se pode dizer sobre a Constituição de 24 de janeiro de 1967, em seu artigo 150, § 11.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1968, embora declarando de forma genérica não haver pena de morte, de prisão perpétua, de banimento ou confisco, excetuou no artigo 153, § 11, os casos de guerra externa, psicológica adversa ou revolucionária ou subversiva, “nos termos que a lei determinar”. Isto porque, em decorrência do Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro de 1969, estava em vigor o decreto-lei 898, de 29 do mesmo mês e ano, definindo os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social impondo, em numerosos casos, a pena de morte. Na prática, todavia, não houve nenhuma execução legal.

Mas era preciso extirpar essa pena mesmo da legislação excepcional. Isto foi feito pela Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, dando nova redação ao § 11 do artigo 153 da Emenda nº 1, citada. A nova redação estipulou “não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação penal aplicável em caso de guerra externa”. Dessa forma, sobreveio nova lei de segurança nacional, nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978, trazendo em seu catálogo de crimes somente a pena de prisão. E a lei de segurança em vigor, 7.170, de 14-12-83, manteve a mesma orientação.

Nessas condições, a pena de morte permanece inscrita apenas na legislação militar, para os crimes praticados por militares ou civis em tempo de guerra. Assim foi estabelecida no chamado Código Penal da Armada, decreto nº 18, de 7 de março de 1891, estendido ao Exército pela lei 612, de 29 de setembro de 1899. Da mesma forma, no Código Penal Militar promulgado pelo decreto 6.227, de 24 de janeiro de 1944 e, no atual, decreto-lei 1.001, de 21 de outubro de 1969. Aqui, também vamos encontrar no Livro II, que cuida dos crimes militares em tempo de guerra, a cominação da pena capital, no grau máximo, a numerosas figuras como traição, favorecimento ao inimigo, coação a comandante, informação ou auxílio ao inimigo, covardia, espionagem, motim, revolta ou conspiração, rendição ou capitulação, etc. aplican-

do-se, da mesma forma, ao agente de homicídio qualificado em presença do inimigo, genocídio em zona militarmente ocupada, roubo, extorsão e saque em zona de operações militares ou em território militarmente ocupado, rapto e violência carnal em local de efetivas operações militares. O fuzilamento é a forma prescrita.

Em todos esses casos, a pena de morte apresenta a justificativa da excepcionalidade da situação.

Foi sempre alegado, em favor da pena de morte, que: acautela com maior segurança o interesse da sociedade; é a única que realmente elimina o problema, pois a prisão não livra a comunidade do delinqüente, que a ela volta, apresentando o mesmo ou maior perigo; representa excelente meio de expurgar a sociedade dos seres inadaptáveis e dos autores de crimes hediondos; e sendo grande o seu poder intimidativo, acentuado pela publicidade de sua pública execução, atua como elemento dissuasivo, reduzindo a criminalidade.

Entendemos que o maior interesse de qualquer sociedade deve ser o desenvolvimento e progresso pacífico de seus cidadãos, de cuja força de trabalho, inteligência e dedicação precisa para manter-se e ser respeitada entre as nações. O aumento de criminalidade ocorre quando as possibilidades normais de vida social não existem, ou são diminutas, ou seja, quando as oportunidades de desenvolvimento da personalidade de cada um são truncadas ou sensivelmente reduzidas, frustrando-se o anseio natural do ser humano de realizar-se, pela vida em família, pela educação, pelo trabalho, pelo contínuo progredir pessoal na procura das metas desejadas. Para que haja normalidade social é preciso que o Estado coloque, no primeiro lugar das suas preocupações e diretrizes, o ser humano e suas necessidades.

Quanto ao segundo argumento, é verdade que a pena de prisão não revolveu, e talvez nunca revolverá, o problema da criminalidade. Está há muito provado que não é meio capaz de reeducar ou promover a readaptação social da maioria dos criminosos, não pela prisão em si mesma, mas pela falta de institutos, pessoal e tratamento adequados. Como executada hoje, a pena de prisão representa apenas o afastamento do condenado do âmbito social, durante o período da condenação, período que traz relativa tranqüilidade aos demais cidadãos. Relativa porque todos sabem que o condenado pode fugir ou, cumprida sua condenação, ou beneficiado pelo indulto, comutação, prisão albergue ou livramento condicional, vai voltar. E geralmente volta pior: ou revoltado, porque não teve uma defesa eficaz, ou cumpriu a condenação em condições subumanas; ou mais profissional no crime, porque teve oportunidade de aprender muito com os colegas mais perigosos e adestrados.

Como bem afirma Heleno C. Fragoso, o Código Penal funciona praticamente para os pobres e deserdados da sorte ⁴. Quem pode paga

4. Direito Penal e Direitos Humanos, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1977.

bons advogados, conta com elogiosos testemunhos e usa de todos os recursos legais. O pobre, que constitui a maior parte da nossa população, contará apenas com uma pobre defesa dativa que, na maioria dos casos, não vai além da primeira instância. E a condenação é geralmente inevitável. Por outro lado, as críticas ao nosso chamado "sistema penitenciário" acumulam-se há anos, sem que qualquer providência concreta tenha sido tomada pelas autoridades para estabelecer, realmente, um sistema, com filosofia moderna da pena utilitária, onde a cela individual, o trabalho obrigatório, a reeducação e o tratamento médico especializado, se tornem as bases para a procura da readaptação social dos delinquentes perigosos, estabelecendo-se no Código Penal maior número e diversidade de substitutivos penais para os não perigosos, que possam efetivamente ser praticados pelas mudanças administrativas e contratação de pessoal indispensáveis. Com isso, além da construção dos institutos próprios, certamente se reduziria substancialmente a população carcerária da maioria dos presídios os quais, como grandes cidades à parte, apenas mantêm amontoados os seus prisioneiros, sem trabalho ou qualquer tipo de tratamento, excluída toda a dignidade de um verdadeiro viver, com os resultados desastrosos que todos conhecemos, como motins, fugas, brigas e assassinatos entre os presos, e nenhuma forma de recuperação.

Continuamos a não acreditar em seres indaptáveis. Os progressos da ciência em todas as áreas são inegáveis e continuam apresentando novas soluções. O que precisamos é do estabelecimento e manutenção dos institutos próprios e dos tratamentos adequados. E isso requer vultosas verbas, assim como investimentos enormes são necessários para a completa reestruturação de qualquer sistema penitenciário. E o Estado hoje, afogado na recessão e nas dívidas interna e externa, evidentemente prefere não pensar nisso.

O poder intimidativo que muitos entendem como o melhor argumento da pena de morte, também não existe. Séculos de sua aplicação não fizeram desaparecer os crimes hediondos. Nem mesmo quando as execuções eram públicas. Como afirmou Beccaria, o rigor do castigo faz menor efeito sobre o espírito dos homens do que a duração da pena, pois a nossa sensibilidade é mais fácil e com mais constância atingida por uma impressão ligeira, porém freqüente, do que por um abalo violento, mas passageiro. Na verdade, os suplicios, pela sua continuidade, tornam-se apenas um espetáculo para a multidão que assiste. Foi o que ocorreu durante a Revolução francesa quando o povo reunido na praça pública se divertia, conversava e humilhava os condenados à guilhotina, na sua passagem para o patíbulo.

Atualmente, mesmo nos países que ainda adotam a pena de morte, ou a restabeleceram, como alguns Estados americanos, usam-se métodos modernos, buscando-se uma execução rápida, com o menor sofrimento possível para o condenado, dentro dos presídios, com assistência de poucas pessoas especialmente convidadas. E neste quadro, o poder intimidativo para a multidão não tem lugar.

Mesmo assim, as críticas a essas execuções continuam, não só em razão da pena, mas principalmente em razão de alguns casos em que os condenados permaneceram durante longos anos no chamado “corredor da morte”, sob medidas de estrita segurança, mas trabalhando ou estudando em suas celas, ou escrevendo livros que se tornaram sucesso, cumprindo, praticamente, uma severa pena de prisão, com bom comportamento para, afinal, serem levados à câmara de gás ou à cadeira elétrica, quando este ato final já não representava nenhum exemplo ou qualquer utilidade social.

Por fim, a possibilidade do erro judiciário, com a condenação do inocente, apesar das pretensas provas em contrário — como já ocorreu em outros países, em casos que ficaram famosos, persistindo até hoje dúvidas no espírito popular —, torna a aplicação da pena de morte extremamente grave, porque absoluta.

Assim, não há argumento a favor da pena de morte que não conte hoje com boa argumentação contrária. Nenhuma das penas citadas, todas retributivas e expiatórias e em desacordo com a moderna doutrina penal, conseguiu extinguir a criminalidade em todos os séculos de vida comunitária. E nem conseguirá, porque os bons e maus sentimentos sempre estarão presentes e a humanidade continuará a percorrer o seu caminho presa às desavenças e descontroles sociais, normais porque as pessoas são diferentes e a convivência absolutamente pacífica será sempre difícil, requerendo autocontrole, educação, sentimento de respeito aos direitos dos outros, elementos ofuscados tantas vezes pela inveja, ódio, como pela paixão.

O que se quer evitar é o aumento da criminalidade, em especial dos crimes com violência às pessoas, cuja continuidade e não identificação dos autores, quando a não prisão dos identificados, acaba por fixar no cenário social o sentimento perigoso da insegurança e, mais ainda, o descrédito quanto à eficiência das autoridades competentes, levando muitos a fazer justiça pelas próprias mãos, como tem ocorrido em tantos casos de linchamentos — pena de morte sem julgamento ou possibilidade de qualquer apelo — por não se acreditar mais que chamada, a polícia chegue em tempo, prenda os criminosos ou que a justiça faça a sua parte.

Por outro lado, a violência policial arbitrária, no intuito de dar satisfação à população ou torná-la mais confiante em sua ação, é também perigosa porque desrespeita a lei, dá margem à injustiças, quando não a verdadeiros crimes. É evidente que a polícia deve e precisa cumprir o seu dever, que não pode ser confundido com negligência, com receito de ferir direitos humanos, ou arbitrariedade, quando esses direitos serão lesados. A linha divisória entre esses extremos será, em muitos casos, tênue, difícil de ser distinguida. Por isso, é necessário, imperioso mesmo, uma polícia realmente preparada, com reavaliações constantes, que possa ter plena consciência da importância do seu trabalho. E este precisa ser muito mais preventivo, do que repres-

sivo, o que demanda a instrumentalização adequada em quantidade e qualidade, de efetivos humanos e recursos materiais.

O nosso século vem assistindo ao incremento da delinqüência jovem, especialmente na faixa etária dos 18 aos 30 anos. Os III e IV congressos das Nações Unidas, sobre prevenção de delito e tratamento dos delinqüentes, discutiram o problema, sendo anotados diversos fatores da eclosão e aumento desse desajuste, entre os quais as mudanças sociais e políticas, com aumento das pressões nocivas sobre o meio ambiente, o desenvolvimento industrial, a rápida urbanização, a migração jovem dos campos e pequenas localidades para os grandes centros, fazendo crescer o já alto índice de população nessa faixa etária a qual, se por um lado demonstra grande dose de adaptabilidade, sofre também forte influência do novo estilo de vida, incentivados pelos modernos meios de comunicação, com base no apelo ao mais desenfreado consumismo. Anotaram, ainda, a tendência das legislações em registrar novos tipos de infrações, no intuito de acompanhar as mudanças sociais e tecnológicas, mantendo, entretanto, formas delituosas que já não sensibilizam a comunidade; o crescimento demográfico nos países subdesenvolvidos; a mobilidade social; o câmbio tecnológico e a poluição ambiental, pelos efeitos que causam no comportamento de algumas pessoas.

Podemos dizer que no Brasil estão presentes todos esses fatores. E um dos grandes, talvez o maior problema brasileiro, é o dos menores e jovens.

Realmente, além do índice de urbanização, considerado um dos mais altos do mundo, o crescimento demográfico alcançou taxas sensíveis até a década de 70; a má distribuição de renda e os altos índices de inflação vêm aviltando o já tão reduzido orçamento familiar; o desemprego cresceu, penalizando multidões; ainda não se fizeram no país as mudanças políticas e sociais requeridas há muito pela população; a legislação penal está obsoleta em muitos pontos; milhares de pessoas migraram do nordeste e centro-oeste para o sul e sudeste, à procura de melhores condições de vida, trazendo problemas insolúveis para as grandes cidades, quanto à moradia, empregos, assistência médica, etc. E neste quadro, temos mais de metade da população brasileira constituída de jovens até 19 anos, a grande maioria dos quais lutando por se realizar, na concorrência feroz por uma vaga na escola e no trabalho.

É preciso ter em conta que os jovens hoje querem, desde logo, participar ativamente da vida econômica, social e política do país. Sentem que o mundo, na atualidade, exige muito mais do ser humano, maior participação, aproveitamento dos seus conhecimentos e inteligência e, portanto, a sua fixação, o mais cedo possível, no posto em que seja útil ou indicado pelas suas aptidões naturais, educação e opção própria. Nessas condições, cresce a responsabilidade do Estado, da família e, em última análise, de cada indivíduo, no sentido de que

maiores esforços e meios sejam despendidos em prol da criança e do jovem.

Não obstante, muitos se ressentem das transformações experimentadas e vividas pela sociedade e sua personalidade, somática e psicologicamente em formação, faz com que se sintam ante um mundo incoerente, no qual as dissensões políticas e religiosas, o choque dos interesses econômicos, a corrida armamentista com a perspectiva constante da guerra nuclear, o aumento da falta de consciência e ética profissional, de solidariedade humana e responsabilidade cívica, — criam descontentamento, descrença e frustração desorientadores. A falta de apoio e orientação, de cursos educacionais e profissionais gratuitos, pois a grande maioria não dispõe de recursos para arcar com as altas taxas escolares, as dificuldades de início de carreira, mesmo quando formados, pode fazê-los perder o interesse em desenvolver todas as suas potencialidades. Esta indiferença ou a revolta vai, muitas vezes, fazê-los voltar contra a sociedade.

Cohen afirma que esses grupos juvenis inadaptados passam a constituir uma sub-área de cultura delitiva, surgindo como uma espécie de solução dos problemas que compartilham entre si os jovens das classes menos favorecidas, e seu comportamento representaria uma atitude de defesa ou resistência aos ataques desferidos contra a estabilidade de seu meio. Esta tese, no dizer de Gibbons, obteve amplo reconhecimento, porque tornava inteligíveis muitas realidades.

E uma das análises efetuadas ao redor do estudo de Cohen, realizada por Cloward e Ohlin, denominada teoria dos canais de oportunidades, mostra que os jovens da classe menos favorecida lutam para obter uma condição estável na sociedade. Quando encontram muitas dificuldades para isso e percebem que suas possibilidades de êxito são precárias, surge uma situação de irreconciliabilidade entre o que desejam obter e as probabilidades de que o consigam, trazendo uma série de tensões que propiciariam a prática de atos delituosos⁵.

Quando presos, sua ressocialização entre nós não é levada a sério, o que traz para esses jovens uma fixação maior dos papéis representados. E cumprida sua pena a sociedade os repudia, marcando-os como seres diferentes, o que vai dificultar, ou impossibilitar sua reinserção familiar e social.

Neste quadro, não se pode pensar seriamente em reduzir a idade da responsabilidade penal fixada em 18 anos pelo artigo 23 do Código Penal vigente. Tentativas anteriores, como a do Código de 1969, que não chegou a vigorar, mereceram clara repulsa.

5. Cohen, Albert K., "Delinquent Boys" The Free Presse of Glencoe Inc., New York, 1965; Gibbons, Don, "Changing the lawbreaker: the treatment of delinquents and criminals", tradução espanhola de Antonio Garza y Garza, México, 1969, págs. 72 e seguintes; Cloward, Richard A., e Ohlin, Lloyd E., "Delinquency and Opportunity", idem, idem.

A doutrina moderna entende que, para ser responsabilizado, não basta que a inteligência seja desenvolvida, devendo principalmente ser completo, ou ao menos que tenha progredido, o processo de formação ética do indivíduo. É necessário que a pessoa haja atingido uma idade na qual não-somente possa entender bem o que faz, mas especialmente que esteja em condições de valorar de forma adequada os motivos da vontade, o caráter moral, se não o jurídico, e as conseqüências do fato. Na idade da evolução, com as alterações físico-psíquicas decorrentes da puberdade e adolescência, quando a sensibilidade às emoções é uma condição quase habitual, e a capacidade de crítica e de autocontrole apresenta-se defeituosa, é muito mais fácil o surgimento de sentimentos intensos e dominantes que obscurecem a objetividade do juízo, com freqüente comprometimento da capacidade de entender e de querer.

Assim, no entendimento de Franchini e Introna, não basta que o menor de 18 anos, para ser julgado capaz de entender e querer, tenha adequado desenvolvimento intelectual e de vontade, sendo indispensável, consideradas as características psicológicas da idade evolutiva, que possua suficiente equilíbrio moral, que lhe permita uma segura valoração ética de suas ações ⁶.

Entendemos que para o Brasil, nas condições atuais, mesmo a idade de 18 anos estabelecida pela legislação penal é injusta, pois não contamos com institutos próprios para a reabilitação dos jovens adultos delinqüentes. Em outros países, mesmo com idade inferior, os jovens são tratados de forma absolutamente individualizada, em sistema e institutos próprios, onde se desenvolve todo um trabalho de correção e aperfeiçoamento físico, psíquico, educacional, moral e profissional, por via de pessoal especializado, a fim de reintegrá-los ao meio social em condições de não mais delinqüir. Entre nós, com o sistema penitenciário absolutamente falido, os jovens são simplesmente incluídos nas prisões comuns dos adultos, não recebendo qualquer tipo de tratamento e cumprem sua pena sob a influência dos mais perigosos, dominados e violentados por verdadeiras quadrilhas que detêm o poder no interior desses institutos.

Se contarmos, além disso, a questão dos menores em situação irregular, isto é, dos menores de 18 anos carenciados de toda a ordem que compõem, em sua maioria, os cinturões de miséria das grandes cidades do país, verdadeiros marginalizados sociais, sem perspectivas e opções, cujos problemas foram mostrados em destaque pela Comissão Parlamentar de Inquérito em relatório encaminhado em abril de 1976 ao presidente da República — sem que as providências aí sugeridas fossem adotadas até hoje — poderemos ver, com clareza, que o problema de maior violência urbana que temos deve ser enfrentado com outras armas que não a pena de morte, torturas ou redução da idade para a responsabilidade penal.

6. Franchini, A. e Introna F., "Delinquenza Minorile", Pádua, 1972, p. 679.

O problema brasileiro, neste quadro, é de instituições políticas defeituosas e de orientação econômico-social desastrada, que não têm levado em conta as necessidades primordiais do povo em geral, as esperanças dos jovens, a marginalização dos menores e a falta de tratamento dos delinqüentes, todos impedidos de viver com dignidade e de contar com a possibilidade de real participação nas decisões que mudam os seus destinos.

É a mudança desse quadro que trará à comunidade a segurança e a tranqüilidade desejadas, acauteladoras dos seus reais interesses.

É preciso não permitir que os menores e jovens carenciados de hoje sejam os marginais de amanhã, como é necessário dar condições aos condenados para que se recuperem. A elevação econômica, social e cultural da imensa classe desfavorecida deste país passa, todavia, e obrigatoriamente, pela sua efetiva participação política, em todos os graus, para que possa realmente sentir a obrigação moral de colaborar e o direito de exigir o cumprimento do que lhe é devido.

Normas da OIT sobre Condições e Relações de Trabalho

Amauri Mascaro Nascimento

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

1. Introdução

Inicialmente convém definir o âmbito deste estudo. Restringe-se às normas sobre condições e relações de trabalho, promulgadas pela Organização Internacional do Trabalho. As condições e relações de trabalho são as pertinentes ao contrato individual de trabalho. Portanto, referem-se ao Direito Individual do Trabalho. Ficam excluídas as normas sobre Direito Coletivo do Trabalho e sobre Direito Administrativo do Trabalho. Não é preciso salientar que também não cogito das normas sobre organização e funcionamento da OIT.

O número e a importância das normas que passo a examinar induzem à necessidade metodológica de elaboração de um esquema classificatório expositivo e para esse fim farei a classificação do tema sob a forma de princípios da OIT e em cada princípio formularei o enunciado, a justificativa, o fim a que se propõe e os meios utilizados para a sua efetivação.

Serão examinados 6 (seis) princípios: 1) Princípio da igualdade; 2) Princípio da liberdade; 3) Princípio do direito ao salário; 4) Princípio do direito ao descanso; 5) Princípio da estabilidade no emprego; 6) Princípio da proteção especial em razão do sexo, da idade e das condições especiais de certas categorias.

2. Princípio da Igualdade

Em matéria de emprego e ocupação deve ser eliminada toda e qualquer discriminação entre as pessoas.

Justifica-se quando se sabe que toda discriminação deve ser evitada. São oportunas as observações de Nicolas Valticos quando de que “toda discriminação tem, em si mesma, um caráter humilhante, incompatível com a dignidade humana. No plano internacional, o mal

relacionamento entre as populações de origens étnicas e raciais diferentes ou de diferentes tradições culturais ou lingüísticas, constitui uma das ameaças mais graves da nossa época”¹.

Os fins objetivados pelo princípio da igualdade são a eliminação da diferença de tratamento e a promoção da uniformidade de oportunidades no âmbito do trabalho.

Os meios utilizados para atingir esse fim são os seguintes:

a) A *Declaração de Filadélfia* (1944) incorporada à Constituição da OIT, dispondo que:

“ todos os seres humanos, sem distinção de raça, credo ou sexo, têm direito de procurar o seu bem-estar material e o seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, de dignidade, de segurança econômica e com iguais oportunidade”.

b) A *Convenção nº 82* (1947) de sentido análogo e aplicável à política social nos territórios metropolitanos. Essa Convenção foi revista em 1962 surgindo novo texto com a *Convenção nº 117*. Em 1958, como resultado de resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, foram reiteradas as normas contra a desigualdade.

c) A *Convenção nº 111* e *Recomendação nº 111* (1958) sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação. Define discriminação como “qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou ocupação”.

Observa-se claramente que em decorrência dessa posição da OIT são favorecidos os trabalhadores em diversas circunstâncias nas quais poderiam estar sujeitos a atos prejudiciais aos seus legítimos interesses, uma vez que as medidas antidiscriminatórias permitem o livre acesso dos trabalhadores aos serviços de orientação profissional, nos órgãos de formação profissional, combatem a diversificação das empresas por ocasião da admissão de empregados, durante a carreira, nas promoções, ao pagamento dos salários e demais condições gerais de trabalho.

A igual oportunidade de tratamento é hoje, em diversos países, a causa que permite a crescente integração do negro na sociedade e o reconhecimento do papel que lhe é reservado, como trabalhador, de contribuir, com toda a sua potencialidade, para o desenvolvimento econômico e o progresso material e espiritual das comunidades em que vive. É também enorme a sua função nas ações dos governos no âmbito do “apartheid”.

1. Derecho Internacional del Trabajo, Madri, Tecnos, 1977, pág. 270.

3. Princípio da Liberdade

Enuncia-se como a proibição de todo trabalho exigido de uma pessoa sob a ameaça de uma pena qualquer e para o qual essa pessoa não tenha se oferecido voluntariamente.

Não é de hoje que a OIT vem traçando diretrizes voltadas para a eliminação do trabalho forçado. Em 1926 surgiram as primeiras preocupações com o problema. Referiram-se a várias formas de trabalho forçado, como o trabalho escravo, o trabalho do índio, seguindo-se uma linha de desenvolvimento de idéias refletidas em inúmeros documentos internacionais.

Acresceram-se estudos e levantamentos de comissões de especialistas da OIT, em diversas partes do mundo, cujos resultados permitiram a convicção da necessidade de uma firme adoção de princípios destinados à valorização da liberdade de trabalho.

Quando a OIT proscree o trabalho forçado, não está traçando uma regra que deva ser interpretada como absoluta, uma vez que há alguns tipos de trabalho coativo que não poderiam estar incluídos em suas cogitações, como o trabalho para o Poder Público no serviço militar, de finalidade cívica, bem como o trabalho penitenciário de fins punitivos ou preventivos.

Diversas Convenções foram elaboradas. Citem-se a *Convenção nº 29 (1930)* e a *Convenção nº 105 (1957)*.

Nessa mesma ordem de idéias não será demais lembrar a importância do contrato individual de trabalho. O contratualismo não significa apenas uma teoria que procura dar um determinado tipo de explicação para a natureza jurídica da relação entre empregado e empregador. Não é tão-somente a antítese do institucionalismo ou da teoria da relação de emprego como situação de fato. Tem uma perspectiva maior. Divide duas fases do pensamento. A fase da escravidão e a fase da liberdade de trabalho. A partir do momento em que os juristas ensinaram que o vínculo entre patrão e trabalhador é um contrato, ficou implícita a adoção de novos horizontes e aceitação da idéia de que todo trabalho profissional deve ser prestado voluntariamente sendo infame a prestação de trabalho sob coação, exatamente como passaram a dispor as normas da OIT.

4. Princípio do Direito ao Salário

A importância do salário faz com que os sistemas jurídicos devam ter instrumentos destinados a uma disciplina normativa propícia para a sua adequada regulamentação.

Os problemas fundamentais apresentados pelo salário não são apenas de ordem econômica. Há técnicas jurídicas que podem contribuir para o bom relacionamento salarial entre empregados e empregadores, dentre as quais duas ganham especial destaque nas normas da OIT.

Primeira, a conveniência da adoção de salários mínimos como meios de combate aos salários baixos e aos abusos que podem ocorrer. Segunda, a elaboração de normas destinadas a proteger os salários a fim de que se transponham, efetivamente, do patrimônio do empregador para o trabalhador.

Quanto ao salário mínimo, a OIT preconiza as seguintes principais medidas: a) a instituição ou conservação de métodos de fixação de salários mínimos pelos Estados na indústria e no comércio onde não existam regimes jurídicos eficazes através de convenções coletivas de trabalho, com o que fica clara a posição da OIT no sentido de que o salário mínimo pode ser fixado pela negociação direta e o Estado deve exercer um papel subsidiário na sua fixação; b) a valorização dos índices de salário mínimo, permita especialmente pela participação dos interessados, de forma direta e paritária, nas decisões sobre a sua fixação; c) a efetivação de mecanismos de controle e sanções para que os interessados conheçam os índices mínimos e para que esses índices venham a ser respeitados e possam ser reclamados em organismos próprios destinados ao exercício das medidas de controle.

Quanto à proteção dos salários mais elevados a OIT defende as seguintes medidas: a) a proibição do "truck system" evitando-se assim uma excessiva dependência do empregado ao empregador; b) a igualdade de salários sem distinção de sexo, para um trabalho de igual valor; c) a adoção de formas para o pagamento do salário, em especial o dinheiro, e de condições para que o pagamento através de outras formas, inclusive as utilidades, não venham a ser um meio capaz de impedir a livre disposição do salário pelo empregado; d) a limitação dos descontos permitidos nos salários, a fim de que os descontos não tragam uma situação em que o empregado comprometa totalmente o seu ganho e com isso a regularidade da sua subsistência; e) a conveniência da impenhorabilidade e da incedibilidade parciais do salário, na medida necessária para garantir a manutenção do trabalhador e da sua família; f) a garantia da regularidade do pagamento do salário, do caráter privilegiado do crédito salarial, da fixação do dia, local e horário do pagamento e da informação ao trabalhador.

Essas diferentes medidas resultam da *Convenção nº 26 (1928)*, *Recomendação nº 30 (1928)*, *Convenção nº 99 (1951)*, *Convenção nº 131 (1970)*, *Recomendação nº 135 (1970)*, da *Convenção nº 95 (1949)* e da *Recomendação nº 85 (1949)*, além de outras especiais para algumas categorias.

5. Princípio do Direito ao Descanso

Todo empregado tem direito a descansos para recomposição das forças e lazer.

São três os bens jurídicos protegidos pelas normas sobre direito ao descanso. Primeiro, o descanso diário envolvendo problemas de jornada diária e intervalos na duração do trabalho. Segundo, o des-

canso semanal com as questões sobre repouso semanal remunerado. Terceiro, o descanso anual e as normas sobre férias.

As normas internacionais sobre jornada de trabalho surgiram com o *Tratado de Versalhes* que permitiu a criação da OIT (1919), através da seguinte regra: “a fixação de uma duração máxima da jornada de trabalho” e “a adoção da jornada de 8 (oito) horas e semana de 48 horas como objetivo a alcançar” (art. 427 do Tratado).

Seguiram-se inúmeras normas, a saber: 1) *Convenção nº 1 (1919)* sobre horas de trabalho na indústria; 2) *Convenção nº 4 (1919)* sobre trabalho noturno da mulher; 3) *Convenção nº 6 (1919)* sobre proibição do trabalho noturno a menores na indústria; 4) *Convenção nº 20 (1925)* sobre trabalho noturno nas panificadoras; 5) *Convenção nº 30 (1930)* sobre horário de trabalho no comércio e em escritórios; 6) *Convenção nº 30, (1930)*, a mais ampla, sobre jornada diária de 8 (oito) horas, semanal de 48 (quarenta e oito) horas, conceituando jornada de trabalho segundo a teoria do tempo no qual o empregado permanece à disposição do empregador; essa Convenção indica como seu âmbito pessoal de aplicação, os estabelecimentos públicos e privados, comerciais, correios, escritórios em geral e as indústrias, excluindo hospitais, hotéis, restaurantes, cafés, teatros e outros locais públicos de diversão; faculta, ainda, a exclusão da esfera de proteção, dos empregados que exerçam cargos de confiança e de direção, viajantes e exercentes de serviços externos, escritórios de funcionários públicos e trabalho do tipo familiar; permite horas extras com a extensão excepcional da jornada diária para até 10 (dez) horas, observado o limite total semanal acima indicado, portanto, sob a forma de compensação, como também acolhe a recuperação de horas por no máximo 30 dias no ano e desde que por uma hora diária; permite também horas extras nos casos de trabalhos preparatórios ou complementares que devam ser realizados necessariamente fora dos limites máximos previstos para a duração normal do trabalho, em casos de acidentes, de força maior, de trabalhos urgentes através de máquinas, desde que indispensáveis para evitar grave perturbação na marcha normal do estabelecimento, ou, também, para prevenir a perda de produtos perecíveis ou evitar o comprometimento do resultado técnico, como, ainda, nos casos de trabalhos extraordinários devidos a circunstâncias especiais, para a elaboração de inventários, balanços, vencimento, liquidação e fechamento de contas; a mesma Convenção dispõe que antes da autorização para horas extras deve haver consulta às organizações dos trabalhadores interessados e consultadas as convenções coletivas de trabalho; ressalta também que o empregador deverá afixar avisos com a indicação do pessoal excepcionado da proteção dispensada pelas normas de limitação da jornada diária de trabalho, deve inscrever num registro, na forma aprovada pela autoridade competente, todas as horas extras e os respectivos pagamentos; 7) *Convenção nº 31 (1931)* sobre horas de trabalho em minas de carvão, revisada pela Convenção nº 46; 8) *Convenção nº 43 (1934)* sobre fábricas que manipulam com vidros; 9) *Convenção nº 46 (1935)* sobre

jornada de trabalho em minas de carvão; 10) *Convenção nº 47 (1935)* sobre jornada semanal de 40 (quarenta) horas; 11) *Convenção nº 49 (1935)* sobre redução do trabalho em fábricas de garrafas; 12) *Convenção nº 51 (1936)* sobre redução das horas de trabalho em obras públicas; 13) *Convenção nº 57 (1936)* sobre horas de trabalho em viagem; 14) *Convenção nº 67 (1939)* sobre horas de trabalho e descanso em transportes; 15) *Convenção nº 89 (1948)* sobre trabalho noturno das mulheres; 16) *Convenção nº 79 (1946)* sobre trabalho noturno de menores em se tratando de estabelecimentos não industriais; 17) *Convenção nº 90 (1948)* sobre trabalho noturno de menores em estabelecimentos industriais; e 18) *Convenção nº 153 (1979)* sobre duração do trabalho e do descanso nos transportes por carretas.

Quanto às normas da OIT sobre descanso semanal, especificam que todo empregado deve ter direito a repouso de 24 horas consecutivas em cada 7 (sete) dias, na indústria, no comércio e na agricultura, sem prejuízo dos seus ingressos, e excepciona algumas categorias ou atividades, tudo como resulta das *Convenções nºs 14 (1921)* para a indústria, *106 (1956)* para o comércio e *110 (1958)* para a agricultura.

As normas de proteção às férias do empregado são voltadas para a necessidade da concessão do descanso anual e as diretrizes gerais estão assentadas pela *Convenção nº 132 (1970)* com base na qual são valorizadas as seguintes regras: a) duração anual mínima das férias de três semanas; b) para um período inferior a 12 meses a concessão de férias proporcionais podendo ser exigido um período mínimo de 6 meses para a obtenção desse direito; c) as ausências decorrentes de enfermidade, acidentes, licença à gestante ou qualquer outra razão alheia à vontade do empregado, não devem interferir na contagem do período aquisitivo; d) os dias de feriados não podem ser considerados para fins de gozo das férias, não sendo contados como dias de férias; e) o fracionamento das férias só é possível desde que um dos períodos fracionados seja igual ou superior a duas semanas; f) a época da concessão das férias deverá resultar de consultas entre empregado e empregador, considerando-se também as necessidades do trabalho e as possibilidades de descanso; g) havendo um período aquisitivo incompleto por ocasião da extinção do contrato de trabalho ao empregado deverá ser concedido o gozo de férias proporcionais ou o pagamento equivalente mediante indenização.

Por outro lado, a *Convenção nº 140 (1970)* dispõe sobre a concessão ao empregado de licença remunerada para estudos.

6. Princípio da Estabilidade no Emprego

O emprego é um bem jurídico que deve merecer a proteção legal não se justificando a dispensa arbitrária do trabalhador.

Houve significativo avanço da OIT, após consultas aos países-membros, sobre a disciplina que deve prevalecer na extinção do contrato de trabalho.

A recente Convenção nº 158 (1982), acolheu os princípios que passo a resumir:

Não se porá fim a uma relação de trabalho a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com a sua capacidade ou sua conduta ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço;

Entre os motivos que não constituem causa justificada para a dispensa do empregado estão os seguintes: 1) filiação sindical ou participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho; 2) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou haver atuado nessa qualidade; 3) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento instaurado contra o empregador por supostas violações de leis ou regulamentos ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes; 4) motivos de raça, cor, sexo, estado civil, responsabilidades familiares, gravidez, religião, opiniões políticas, ascendência nacional ou origem social; 5) ausência do trabalho durante licença de maternidade; e 6) ausência temporária por motivo de enfermidade ou lesão;

O trabalhador que considerar injustificada a dispensa, tem o direito de reclamar perante um organismo neutro, como um Tribunal do Trabalho, uma Junta de Arbitragem ou um Árbitro;

Deve ser assegurada a possibilidade de ser ouvido o empregado antes de ser dispensado por motivos relacionados com a sua conduta ou produção, para que tenha garantido o direito de defesa prévia;

O ônus da prova da existência de causa de dispensa é do empregador;

As leis devem prever a anulação, pelos organismos acima indicados, das dispensas imotivadas e, eventualmente, a reintegração do trabalhador no emprego, pagamento de indenização de dispensa ou outra reparação que seja considerada apropriada;

O direito do empregado a um aviso prévio razoável ou, em seu lugar, a uma indenização, a menos que haja falta grave, não deve ser negado;

Indenização paga pelo empregador ou por um fundo de cotizações entre os empregadores é uma garantia básica;

O Estado deve organizar um sistema de seguro-desemprego, assistência ao desempregado ou outras formas de segurança social;

Nas dispensas por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, o empregador prestará, em tempo oportuno, aos representantes dos trabalhadores as informações necessárias para o exato conhecimento dessas causas e das dimensões da dispensa coletiva;

Na mesma hipótese, haverá notificação prévia do empregador à autoridade administrativa com as referidas informações;

Finalmente, nas dispensas individuais, estão excluídos das normas de proteção os empregados com contratos por prazo determinado, com contratos de experiência, devendo-se, no entanto, adotar medidas destinadas a limitar o cabimento dos contratos a prazo determinado quando destinados a dificultar a aplicação das regras de estabilidade.

7. Princípio da Proteção Especial em Razão do Sexo, Idade e das Condições Especiais de Certas Categorias

A idade, o sexo ou outras condições especiais do trabalhador justificam a correspondente proteção especial.

A OIT concluiu, como é possível ver pelas suas Convenções, que há necessidade de proteção maior ao trabalho da mulher, exercitada nos seguintes planos:

1) proteção à maternidade, nos termos das *Convenções nºs 3 (1919) e 103 (1952)*, com direito à licença para o parto com duração mínima de 12 semanas, das quais pelo menos 6 semanas serão após o parto; prorrogação da licença se necessário; direito aos ingressos durante a licença; cuidados médicos e hospitalares com respeito à livre escolha do estabelecimento hospitalar; pagamento das prestações econômicas na esfera da previdência social para que não seja sobrecarregado o empregador e para que, com isso, seja evitada a prática de medidas pelo empregador que se voltem contra a gestante: direito a intervalos para amamentação do filho; proibição de dispensa da gestante durante a licença ou em data tal que o prazo do aviso prévio termine durante essa licença;

2) proibição do trabalho noturno, nos termos da *Convenção nº 89 (1948)*, mais flexível que as anteriores sobre a mesma matéria, excluídas as mulheres ocupantes de cargos de direção ou de caráter técnico que impliquem em uma responsabilidade e as mulheres que trabalham em serviços de higiene e de bem-estar e que normalmente não realizem um trabalho manual;

3) proibição do trabalho da mulher em ambientes com insalubridade, com periculosidade ou em certos tipos de serviços como trabalho em minas de subsolo;

4) igualdade de salário sem discriminação de sexo.

Há, também, algumas normas sobre o trabalho dos menores, dentre as quais a que fixa a idade mínima de 15 anos para trabalhar (*Convenção nº 59, 1937*). A questão da idade mínima para admissão no emprego está cada vez mais vinculada ao problema do término da escolaridade obrigatória uma vez que é indesejável toda interrupção nos estudos para o início da atividade trabalhista, sendo esse o

motivo principal que levou a OIT a elevar de 14 para 15 anos essa idade. A tendência é no sentido da sua maior elevação. Porém, a questão está também relacionada com o problema de uma política nacional de emprego.

8. Brasil Perante a OIT

É insatisfatório o número de Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil. São poucas as que mereceram a nossa aprovação.

Quais seriam as causas?

Várias hipóteses podem ser formuladas.

Primeira, a amplitude da legislação aqui existente. Com efeito, houve forte intervenção estatal na década de 30, com o que muitos direitos que em outros países são fundamentados em Convenções da OIT, aqui surgiram como resultado de imposição legal. No entanto, esse argumento não se justifica porque se nosso direito positivo já acolhe muitos dos princípios defendidos hoje pela OIT, é certo que há diretrizes novas que não estão previstas em nossa ordem interna. Outra hipótese seria a influência sobre o caráter competitivo das indústrias. É certo, mas é indesejável, que a mão-de-obra mal remunerada, em especial de mulheres e menores, o trabalho em horas extras excessivas, muitas vezes sem o correspondente pagamento ou acréscimo de remuneração, a supressão, enfim, de direitos trabalhistas, favorecem a margem de lucro, mas desfavorecem o progresso de uma Nação pelos problemas sociais que pode trazer. Outra hipótese seria a diversidade de situações econômicas dos países. Todavia, a OIT ao elaborar as suas normas faz pesquisas e consultas exatamente para sentir, de um modo geral, as tendências observadas nos diversos países.

A posição do Brasil começou a melhorar recentemente, sendo visíveis os esforços desenvolvidos no sentido da ratificação de algumas Convenções da OIT.

Acredito que a tendência nesse sentido é real, uma vez que uma sociedade democrática não pode se afastar dos padrões internacionais válidos para as relações trabalhistas.

A Comunhão no Regime da Separação de Bens

Alvaro Villaça Azevedo

Doutor em Direito e Professor Adjunto
de Direito Civil pela USP e Professor
Titular de Direito Civil da Faculdade de
Direito da Universidade Mackenzie

A cogitar-se do regime da separação de bens, tem-se como regra a incomunicabilidade do patrimônio de cada cônjuge, quer anterior, quer posterior, ao casamento.

Aliás, o artigo 276 do Código Civil assenta que o casamento, sob esse regime de separação, faz com que cada cônjuge reste administrador exclusivo de seus bens, podendo alienar os móveis sem a necessidade de outorga do outro consorte, só exigida quanto aos imóveis.

Tenha-se, ainda, neste passo, que uma indagação se faz presente, no tocante aos aqüestos; seriam estes de propriedade separada, de cada cônjuge?

Daí, a ponderação do legislador, no artigo 259 do Código Civil, para responder a essa questão, ao assentar que, mesmo que não seja da comunhão de bens o regime matrimonial, no silêncio do pacto antenupcial, ela vigorará no tocante ao que adquirirem os cônjuges na constância de seu casamento.

Que teria querido o legislador? Transformar o regime da separação, afeiçoando-o ao da comunhão parcial, em que se comungam os aqüestos adquiridos a título oneroso?

Parece-nos que a preocupação não foi essa, pois, sendo expresso o contrato pré-nupcial, a estipular o regime separatório, não haverá comunhão.

O que quis, mesmo, o legislador, salvo melhor entendimento, foi premiar o esforço comum dos cônjuges, mais no sentido condominial do que comunheiro.

Os cônjuges que convivem no lar conjugal, passando pelos bons e maus momentos, são sócios nas tristezas e nas alegrias, reclamando tal fato, *in genere*, que sua sorte patrimonial seja a mesma.

Restaria, então, a dúvida, no tocante ao regime da separação legal, em que os cônjuges não podem escolher a forma patrimonial de seu matrimônio, mas são obrigados a se consorciarem sob esse regime, por imposição da lei. Assim, nos casos previstos no parágrafo único do artigo 258 do Código Civil, esse regime é obrigatório, como por exemplo para os homens com mais de sessenta e para as mulheres com mais de cinquenta anos, que se casam.

Como visto, o regime da separação de bens ou é convencional ou é legal, nos casos aludidos.

Quando ele vigora por pacto-nupcial, este deve ser expresso em repelir a comunhão dos aqüestos, sob pena de vigorar esta forma de comunicação patrimonial, conforme o invocado artigo 259 do Código Civil. Deve conter-se, nessa avença, desse modo, verdadeira cláusula de incomunicabilidade de bens, para ilidir-se a regra geral da comunicação.

Sob o regime da separação de bens obrigatório, mais uma razão, a nosso ver, que vigore a regra da comunicação dos aqüestos, pois a lei, por circunstâncias, que estabelece, rouba aos nubentes a possibilidade de contratarem seu regime matrimonial. Todavia, mesmo sob a separação legal, ou obrigatória, para obviar essa possibilidade de comunicação dos aqüestos, podem os nubentes pré-contratar a incomunicabilidade de seus bens, por força do mesmo artigo 259.

Bem demonstra o Professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (Curso de Direito Civil, Direito de Família, Ed. Saraiva, São Paulo, 19ª ed., 1980, págs. 174 e 175) que há duas correntes, uma que admite, e outra que não, a comunicabilidade dos aqüestos no regime obrigatório, legal da separação de bens, explicando que a primeira encontra fundamento no esforço comum dos cônjuges e a segunda no fato se só existir comunicabilidade no silêncio do contrato pré-nupcial. E aduz o Professor das Arcadas, posicionando-se do seguinte modo: "o primeiro ponto de vista é o mais acertado, em virtude do estabelecimento de verdadeira sociedade de fato, ou comunhão de interesses entre os cônjuges".

Não há razão para que os bens fiquem pertencendo exclusivamente a um deles, desde que representam trabalho e economia de ambos. É a consequência que se extrai do artigo 1.176 do Código Civil, referente às sociedades civis e extensiva às sociedades de fato ou comunhão de interesses.

Nesse sentido existe presentemente súmula do Supremo Tribunal Federal nº 377.

Realmente, o princípio sumulado sob nº 377 de nossa Suprema Corte de Justiça, indene de dúvidas, acolhe esse posicionamento doutrinário e jurisprudencial, assentando que "no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".

Algumas vozes levantaram-se pela inaplicabilidade do artigo 259 do Código Civil ao regime obrigatório da separação de bens, todavia tão fracas ante a injustiça e ilegitimidade de pensamento que tal posição viu-se veementemente alijada pela melhor jurisprudência, com o surgimento, a final, da aludida súmula 377.

O professor SÍLVIO RODRIGUES (Direito Civil, Direito de Família, Ed. Saraiva, São Paulo, 8ª ed., 1980, vol. VI, págs. 182 e 183 e *in* Revista dos Tribunais, vol. 246, pág. 36, “Os aqüestos no regime legal da separação de bens, Pesquisa na Jurisprudência”), diante deste quadro jurisprudencial, assertiva que “Tal solução” em seu entender, “fora de qualquer dúvida, se afasta da lei. Mas, como vem atender a um anseio de justiça, que ficaria inalcançado se fosse aplicar friamente o texto legal, merece o mais veemente aplauso.”

Ao nosso ver, entendemos que, se o legislador impõe como regime de bens o da separação, não pode contudo retirar, de futuro, a comunicabilidade natural do patrimônio, no sistema da sociedade conjugal. Em toda sociedade, não havendo convenção em contrário, a regra é a da comunicação dos bens entre sócios. Isto, até na sociedade de fato, no concubinato, conforme a súmula 380 de nosso Supremo Tribunal Federal; imagine-se, então, em se tratando de casamento!!!

Assim não ser os concubinos teriam mais direitos do que os casados sob o regime da separação de bens, pois o princípio deste aplica-se àqueles, a não ser no que tange aos bens adquiridos durante a convivência concubinária. Basta esta, entendemos, para que já se admita o condomínio nascido do esforço comum dos concubinos, pois não se uniram eles sob mera sociedade de fato, como João e José, em qualquer empresa mas com o intuito de constituírem sua família; com um atestado societário mais forte, que deve merecer todo o apoio e toda a proteção do Estado, por seus poderes constituídos.

E o que mais se tem sensibilizado, nesse sentido, é o Poder Judiciário, que não vê as aparências, mas os verdadeiros sentimentos humanos; não se vê os formalismos da lei, em matéria familiar, mas a verdadeira norma que o Direito Natural ensina ao homem, desde o dia em que ele nasce: que ele é um ser gregário e necessita viver em família, com ou sem filhos, de direito ou de fato, sob a égide protetiva de um patrimônio conquistado pelos consortes, na sua convivência, com dignidade de tratamento entre os membros dessa célula, com compreensão, respeito e amor.

Essa família que o Estado deve preservar, para que ele seja, cada vez mais, fortalecido, por sentimentos e não por excessos de documentação e formalismos. Aí a grande lição dos romanos, que viam no casamento um verdadeiro fato social, que nasce espontaneamente na sociedade, sem que seja necessária muita regulamentação legal, a não ser para preservar os efeitos da união, o complexo de direitos e de deveres entre os cônjuges existentes e deles com sua prole, e para

defender a dignidade dos integrantes da família, pessoal e patrimonialmente.

Acrescente-se, todavia, que, na sensível sociedade familiar, mesmo na vigência do ante-pactuado regime da mais completa e absoluta separação de bens, podem vir a existir estes, embora em nome de um dos cônjuges, pelo esforço comum do casal.

Aí, então, o Direito de Família há que se curvar, como já foi dito quanto à sociedade concubinária, ao Direito das Coisas e das Obrigações, no plano societário comum.

Pois, a cogitar-se nessa esteira, há verdadeira sociedade de fato, entre os cônjuges, paralelamente a seu regime de bens. Aliás, nesse caso, a matéria como visto, se transporta ao âmbito do direito co-proprietário, em abstração, até, do regime matrimonial eleito.

Os cônjuges, que convivem no lar conjugal, passando pelos bons e maus momentos, são sócios no patrimônio que resultar de seu esforço comum.

Aliás, cogitando desse mister, ensina SÍLVIO RODRIGUES (Direito Civil, pág. 180) que “O princípio da incomunicabilidade dos aqüestos teve sua rigidez entibiada pela idéia de que, entre os cônjuges, embora casados pelo regime de separação absoluta de bens, se estabelecia uma sociedade de fato, e os bens havidos em comum pertenciam à comunidade. Haveria, decerto, na conjugação de esforços, uma *affectio societatis* e, se permitisse que só um dos esposos recebesse o ganho, facultar-se-ia um enriquecimento indevido.

Como já se fez notar, à citação do entendimento cumulado sob nº 377 de nossa Colenda Corte Suprema deve ele de aplicar-se, a nosso ver, em qualquer situação para possibilitar a premiação do esforço conjugal comum.

Esse esforço comum leva, necessariamente, à sociedade de fato.

Anote-se, neste passo, a lição do Professor YUSSEF SAID CAHALI (Bens Aqüestos, verbete da Enciclopédia Saraiva do Direito, Ed. Saraiva, São Paulo, 1978, vol. 11, pág. 154), que, sob o mesmo passo de analisar dito princípio sumulado, acolhe: “a solução pretoriana que inspirou a súmula nº 377 traz em seu contexto argumentos que se mostram igualmente respeitáveis: se o marido e a mulher se mantiveram sempre unidos e conjugaram esforços para levar a cabo a formação do patrimônio comum, ainda que a cooperação da esposa tenha sido limitada ao trabalho doméstico, tem ela indiscutivelmente o direito, até mesmo natural, de compartilhar daquele complexo de bens; assim, o entendimento consagrado na referida súmula já não procura socorrer-se de qualquer interpretação literal de normas dos arts. 258, parágrafo único e 259 do CC; cuida-se, sim, do reconhecimento do esforço comum dos cônjuges na formação do patrimônio, matéria que foge ao âmbito do direito de família; o esforço comum é, pois o traço que imprime aos aqüestos a força de sua comunicabilidade;

assim, desde que, por presunção, os bens terão assim provindo de esforços comuns, então ambos deverão pertencer O entendimento sumulado tem sido confortado pela Jurisprudência posterior (RT, 492:242; 464:217; RJTJSP, 17:145; 15:178)”.

Portanto, não há como negar que, quanto ao patrimônio pelo esforço comum, quer na relação concubinária, quer na matrimonial, existe verdadeiro condomínio, e em uma sociedade especialíssima em que o respeito ao direito patrimonial decorre do de caráter familiar, com maior razão para que, eventual partilha, não sucumba ao sentimento nobre do amor dos cônjuges que propulsionou, com alento superior e mais forte, o ânimo da construção patrimonial cumum.

Do Estado Corporativo à Liberdade Sindical*

Wagner D. Giglio

Professor Adjunto de Direito do Trabalho,
da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

SUMARIO: 1. *“Estado Novo”* — 2. *Estrutura sindical* — 3. *Liberdade sindical* — 4. *Conclusões.*

1. “Estado Novo”

Derrotado em eleições fraudulentas, o candidato Getúlio Vargas assumiu a Presidência da República através de um movimento armado que durou poucas semanas, em 1930.

O governo provisório tinha os propósitos de eliminar as fraudes eleitorais, então comuns e freqüentes, alterar as estruturas políticas e incentivar a legislação trabalhista. O Direito do Trabalho brasileiro nasceu, praticamente, com as leis sancionadas entre 1930 e 1932 pelo Governo de Vargas.

Em 1934 adotou-se nova Constituição, de caráter socialista, que previa, entre outras inovações, a existência de parlamentares escolhidos pelas entidades de classe, a liberdade e o pluralismo sindicais.

Seguiu-se um período de conturbações sociais que se encerrou com o golpe de Estado das próprias forças políticas dirigentes, lideradas pelo mesmo Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, quando foi outorgada nova Carta Constitucional, inspirada, do ponto de vista econômico-social, na Carta del Lavoro do regime fascista italiano, e instaurado o que se passou a denominar o “Estado Novo”

Foram fechadas as duas casas do Congresso Nacional, passando o Poder Executivo a exercer suas funções, legislando através de decretos-leis. Estabeleceu-se a censura dos veículos de comunicação (jornais, revistas e rádio-emissoras), e ficaram proibidas as atividades políticas. Eliminadas as eleições, os dirigentes eram nomeados diretamente pelo governo central ou através de seus prepostos, os governadores dos Estados-membros e prefeitos dos Municípios. A estrutura federativa do Brasil foi sendo paulatinamente enfraquecida, com o fortalecimento crescente do Poder Executivo central.

* Trabalho apresentado no Seminário sobre o tema, realizado em Roma, nos dias 14 e 15 de outubro de 1983.

Foi durante o período de vigência da Carta Constitucional de 1937 (até 1945) que se instituiu o salário mínimo (1940) e a Justiça do Trabalho (1941), além de haver sido promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho (1943). Essa Constituição proibiu a greve, qualificando-a de recurso anti-social, e eliminou totalmente a liberdade sindical.

Foi diante desse cenário que surgiu nossa primeira lei de organização sindical, elaborada pelo mais sociólogo do que jurista Oliveira Viana, assessor jurídico do Ministério do Trabalho.

A estrutura sindical instaurada por essa primeira lei, de 1939, permanece em vigor, em suas linhas básicas, até os dias de hoje.

2. Estrutura Sindical

Para fins de organização sindical tomou-se por célula unitária a “categoria profissional”, composta pelos trabalhadores que exercem a “mesma atividade econômica” ou “atividades econômicas similares ou conexas” (CLT, art. 511, § 2º), dentro de uma predeterminada área geográfica.

As profissões e atividades similares e conexas foram arroladas num quadro estipulado em lei, revisto periodicamente, e que estabelece uma correspondência com as categorias econômicas, ou seja, os empregadores que exploram atividades idênticas, similares ou conexas (CLT, art. 511, § 1º).

Tanto as categorias profissionais como as correspondentes categorias econômicas podem formar “associações para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses” (CLT, art. 511).

As associações são entidades de direito privado, e podem livremente ser constituídas, muito embora devam ser registradas nas Delegacias Regionais do Trabalho, órgãos do Poder Executivo Federal; mas não representam os interesses gerais da categoria profissional ou econômica, e sim apenas os interesses individuais de seus associados (CLT, art. 558 e § 1º).

Somente as associações podem almejar a condição de sindicato, que lhes é reconhecida pelo Ministério do Trabalho (CLT, art. 512), desde que reúnam, no mínimo, um terço ($\frac{1}{3}$) dos integrantes da categoria profissional (para os sindicatos de trabalhadores) ou das empresas integrantes da categoria econômica (para os sindicatos dos empregadores), dentro de uma delimitada extensão territorial prefixada pelo governo (CLT, art. 515).

Os sindicatos reconhecidos têm, entre outras, as seguintes prerrogativas: representar os interesses gerais da respectiva categoria (profissional ou econômica, conforme o caso), celebrar contratos coletivos, propor dissídios coletivos na Justiça do Trabalho e impor contribuições a todos os integrantes da categoria, associados ou não-associados (CLT, art. 513). E são deveres dos sindicatos, entre

outros, manter serviço de assistência judiciária e colaborar com os poderes públicos (CLT, art. 514).

Tais características imprimem aos sindicatos a aparência de entidades de direito público, muito embora essa classificação ainda seja discutida pelos doutrinadores.

Dentro dos limites territoriais de cada Estado-membro do país, cinco ou mais sindicatos podem se unir e formar uma Federação, obedecido o enquadramento legal das profissões ou atividades econômicas agrupadas em setores, por lei. As Federações também dependem do reconhecimento do Ministério do Trabalho para terem existência legal, e exercem funções de coordenação dos interesses dos sindicatos nela integrados (CLT, art. 534).

Finalmente, o art. 535 da Consolidação prevê, rigidamente, a constituição e até e denominação das Confederações, órgãos sindicais de cúpula, que devem ser reconhecidos por decreto do Presidente da República:

Art. 535 — “As confederações organizar-se-ão com o mínimo de três federações e terão sede na Capital da República”.

§ 1º — “As confederações formadas por federações de sindicatos de empregadores denominar-se-ão: Confederação Nacional da Indústria, Confederação Nacional do Comércio, Confederação Nacional de Transportes Marítimos, Fluviais e Aéreos, Confederação Nacional de Transportes Terrestres, Confederação Nacional de Comunicações e Publicidade, Confederação Nacional das Empresas de Crédito e Confederação Nacional de Educação e Cultura.”

§ 2º — “As confederações formadas por federações de sindicatos de empregados terão a denominação de Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio, Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Marítimos, Fluviais e Aéreos, Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Terrestres, Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicações e Publicidade, Confederação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Crédito e Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Educação e Cultura.”

§ 3º — “Denominar-se-á Confederação Nacional das Profissões Liberais a reunião das respectivas federações,”

§ 4º — “As associações sindicais de grau superior da Agricultura e Pecuária serão organizadas na conformidade do que dispuser a lei que regular a sindicalização dessas atividades ou profissões.”

3. Liberdade Sindical

Os estreitos moldes legais estabelecem uma verdadeira armadura medieval a tolher os movimentos das entidades sindicais.

Somente as associações profissionais ou econômicas gozam de alguma liberdade. Os sindicatos, assim como as federações e confederações, dependem do governo até para serem constituídos, e a lei ainda regula, extensamente, como devem esses órgãos ser administrados, o processo de eleição de sua diretoria, a gestão financeira, os direitos e deveres dos associados, etc.

Dentro de cada base territorial prefixada só poderá ser constituído um sindicato e uma federação para cada categoria, num regime de absoluta unidade sindical. São expressamente proibidos quaisquer vínculos das entidades sindicais com organismos internacionais, salvo autorização especial do governo.

Muito embora haja incentivos legais para os associados, o ingresso no sindicato é livre, assim como o desligamento dele por quem quiser deixar de ser sócio.

Segundo os doutrinadores, porém, o que mais afeta a liberdade sindical são as penalidades a que estão sujeitos seus órgãos. Conforme a gravidade da infração — e às vezes por mal disfarçados motivos políticos — o governo pode punir as entidades sindicais com multa, suspensão ou destituição de dirigentes, até com “fechamento de sindicato, federação ou confederação” e “cassação da carta de reconhecimento” da entidade (CLT, art. 553)

Essa intervenção do governo na vida interna do sindicato, com medidas tão radicais como a destituição de seus dirigentes e a eliminação da entidade, tem sido objeto das mais acerbas críticas, tanto dos doutrinadores brasileiros como de entidades internacionais, como a Organização Internacional do Trabalho.

Infelizmente, destituições de diretorias de sindicatos e outras intervenções têm ocorrido com certa freqüência, até recentemente, neste mesmo ano de 1983.

Outro fator que prejudica a autonomia dos sindicatos é a existência da contribuição sindical, eufemismo com que agora se denomina o antigo “imposto sindical”. Trata-se de um desconto, feito uma vez por ano, correspondente ao valor de um dia de salário de cada um dos integrantes da categoria profissional, ainda que não seja filiado ao sindicato, destinado a subvencionar as entidades de classe. Estas se acomodaram com tal auxílio, e hoje a maior parte dos sindicatos não poderia sobreviver sem essa contribuição.

São bem poucos os sindicatos que reúnem um número representativo de associados. A maioria não conta, entre seus membros contribuintes, nem mesmo com vinte por cento dos integrantes da categoria profissional. Assim, dependem, para cumprir sua missão, da ajuda monetária resultante da contribuição sindical.

Ora, como é o governo que distribui essa verba, exerce uma pressão indireta e um controle velado, sutil mas muito eficiente, das ati-

vidades sindicais, pois pode negar o pagamento da contribuição, e assim dificultar a vida dos sindicatos.

Em síntese, a liberdade e a autonomia sindical constituem hoje, entre nós, uma meta a ser alcançada.

4. Conclusões

Uma visão geral do tema levaria à conclusão de que o Brasil pouco evoluiu no sentido de atingir o estágio de liberdade sindical. Apesar de o Estado atual não ser corporativo, a estrutura sindical ainda é corporativista.

De fato, as reformas da legislação sindical foram superficiais e não alteraram sua essência. O fenômeno mais relevante da vida sindical brasileira é exatamente essa sobrevivência, por mais de quarenta anos, de uma organização sindical corporativa.

Os militares, num golpe de Estado, derrubaram a ditadura de Getúlio Vargas e puseram fim à experiência fascista do "Estado Novo", em 1945. Ao final, os militares brasileiros haviam participado da II Grande Guerra lutando contra as forças nazi-fascistas, e seria incoerente que mantivessem, em seu próprio país, um regime semelhante àqueles contra os quais haviam lutado.

O Brasil se redemocratizou, convocando eleições livres, para eleger uma assembléia constituinte que aprovou, em 1946, nova Carta Magna, de caráter social-democrático, que vigorou até 1964. Nesse ano, novo golpe de militares destituiu o Governo de João Goulart e o substituiu por dirigentes militares que vêm se sucedendo na Presidência da República até o presente.

Apesar dessas profundas alterações políticas, não houve modificação de nossa estrutura sindical, que permaneceu substancialmente a mesma implantada em 1939, durante o "Estado Novo".

Não existem estudos específicos sobre essa curiosa estagnação do sindicalismo brasileiro. Assim sendo, qualquer tentativa de explicação desse fenômeno corre o risco de ser taxada de especulativa.

Nada obstante, parece-nos que haveria boas razões para pesquisar as relações entre a distribuição populacional e a falta de vida associativa mais intensa, pois as longas distâncias e a ausência de grandes concentrações populacionais dificultavam a formação de sindicatos fortes. A explosão demográfica de S. Paulo, Rio de Janeiro e poucos outros grandes centros data dos últimos vinte anos, época em que vivemos sob regime político repressivo das atividades sindicais.

Além disso, é sabido que o sindicalismo se desenvolve principalmente nos centros industriais, e o tardio desenvolvimento da indústria brasileira, que só tomou impulso progressista a partir de meados deste século, explicaria a inatividade do sindicalismo anterior.

Um outro aspecto mereceria ser melhor explorado, a nosso ver: a formação cultural e psicológica de nossos líderes sindicais, acostumados a tudo receber do governo paternalista e inabitados, por isso, de lutar para obter benefícios. Esse imobilismo, essa acomodação do sindicato seria um fator importante na conservação da estrutura corporativista.

Finalmente, o bom funcionamento da Justiça do Trabalho esvazia as reivindicações dos sindicatos, pois o trabalhador que tem atendido ali seus direitos não se inclina a buscar o apoio de sua entidade de classe, e o julgamento rápido dos conflitos coletivos subtrai significado aos movimentos grevistas.

Em conclusão, é possível que a situação sócio-econômica do país não tenha propiciado o desenvolvimento de uma atividade sindical autêntica. Em decorrência, as entidades sindicais teriam permanecido acomodadas numa estrutura antiga, até recentemente, por falta de interesse em modificá-la.

Ultimamente, entretanto, a crise econômica, especialmente os fenômenos da inflação e do desemprego, vem oferecendo caldo de cultura ao desenvolvimento de *impasses*, litígios e traumas sociais virulentos, antes desconhecidos entre nós.

Sentindo-se desprotegido pelo Poder Executivo, incapaz de conter a crise, o trabalhador brasileiro começa, agora, a buscar, ele mesmo, a solução para suas dificuldades. Vivemos, atualmente, um período de interesse pelo sindicato, sua atuação e o encontro de fórmulas novas, autocompositivas, de solução dos conflitos. Ganham impulso as negociações coletivas. Multiplicam-se as greves, mesmo diante de legislação rígida, que as coíbe. Aprimoram-se mecanismos novos, no seio das grandes empresas, para dar solução às questões trabalhistas.

Em síntese, ganha a atividade sindical, em época tão tardia, a autenticidade que lhe faltava, e a sociedade vem forçando a alteração dos vetustos moldes legislativos, flagrantemente inadequados para enfrentar a realidade atual.

De São Paulo para Roma, primavera de 1983

Aspectos da Legislação Penal Editada pelos Primeiros Monarcas Portugueses*

Luiz Carlos de Azevedo

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

SUMÁRIO: 1. *Introdução* — 2. *Colocação histórica do tema* — 3. *As primeiras leis gerais* — 4. *A legislação penal no livro das leis e posturas*: I. *Lei contra os que fazem assuadas*; II. *Lei contra a violência: a paz da casa e a paz do rei*; III. *Lei contra a vadiagem e mendicância*; IV. *Lei contra o jogo*; V. *Lei contra a usura*; VI. *Leis de repressão aos crimes contra a administração pública*; VII. *Leis contra o crime de adultério; leis de repressão aos crimes contra os costumes* — 5. *Leis processuais penais* — 6. *Conclusão*.

1. **Introdução**

Se o crime é de tal forma antigo, pois coexiste com o próprio alvorecer da humanidade, nem por isto tem-se descuidado de prevenir ou reprimir-lhe a incidência e intensidade. Quantas vezes, no redescobrir de alguma civilização extinta, ressurgem monumentos comprobatórios dessa prática, revelando o zelo daqueles governantes no sentido de trazer proteção aos seus súditos, dispondo normas quanto a punição exemplar dos malfeitores, baixando regras para diminuir ou erradicar a delinqüência. Nas velhíssimas leis de Eshnunna, (1825/1787 a.C.) anteriores, ao que consta, ao já vetusto Código de Hamurabi, (cerca de 1700 a.C.) punia-se com a morte o indivíduo que fosse apanhado, durante a noite, na casa doutro, munido de um pedaço de pau, não havendo, para tal delito, nem compensação nem perdão. (§ 13) Da mesma forma, na legislação hindu, o rei somente estaria dando conta de sua alta missão quando incluísse em seus misteres a proteção das criaturas e punição dos culpados. (Código de Manu, 8, 306) Nos rolos de papiro do Egito faraônico, ao tempo de um Ramsés IX, não tão célebre quanto o Segundo, mas, da mesma forma, atento ao problema da repressão à criminalidade, encontraram os arqueólogos um autêntico inquérito a respeito da profanação e violação de pirâmides e túmulos de reis antecessores.

* Este trabalho se destina a integrar o volume em homenagem ao professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida.

Interessante observar: alguns crimes, pelas características e conseqüências gravosas, que carregam, vêm descritos e sancionados praticamente em todas as legislações, recebendo os seus autores penas de extrema severidade; assim, a traição à autoridade, o homicídio, o roubo ou a rapina; outros crimes, porém, conforme o passar dos anos e dos séculos, deixam de sê-lo, adquirem novas conformações, sujeitam-se a critérios diversos, de tal sorte que o legislador, antes inflexível, torna-se brando, contenta-se em reprimi-los com leveza, quando não conclui por retirá-los do rol das infrações penais. É o que se dá, por exemplo, com a usura: punida acerbamente em outras épocas, faz hoje parte do cotidiano, sem que as pessoas se assustem com as façanhas incríveis dos exploradores do capital; com os crimes contra a pessoa: o perigo de contágio venéreo resiste, ainda, à descriminalização, (art. 130 do C. Penal) mas legislação que não vingou, tratava de bani-lo; (D.L. 1.004, de 21-10-69, o chamado Código Penal de 1969) o anúncio de meio anticoncepcional, por sua vez, deixou de ser contravenção, como previa o D.L. 3.688, de 3-10-41, art. 20; nos crimes contra a família: o adultério, sancionado com a morte na lei mosaica, (Levítico, 20,10; Deuteronômio, 22,22) no Código de Hamurabi, (§ 129) e, para não ir tão longe, nas Ordenações Filipinas, (Liv. V, Tít. 25) encontra-se completamente desprestigiado, correndo lei no Congresso para suprimi-lo do Código Penal. Não é pequeno, também, o número de ilícitos penais que hoje se oferece obsoleto e até risível aos olhos do cidadão do nosso século: atente-se, no Livro V da citada Ordenação, para os seguintes títulos: dos hereges e dos apóstatas, (1) dos que blasfemam de Deus, (2) dos feiticeiros, (3) dos que benzem cães sem autoridade do rei, (4) do que entra em mosteiro e tira freira, dorme com ela ou a recolhe em casa, (15) dos que usam máscaras, salvo se for para festas ou jogos, (34) dos que compram colmeias para matar abelhas, (78) etc.

2. Colocação histórica do tema

Não é nossa intenção traçar histórico desta ou daquela figura penal nas muitas transformações que conheceram, principalmente quanto ao grau da pena que lhes correspondia. Pretendemos, neste breve esboço, situarmo-nos em determinada época que coincide com a formação do Estado Lusitano, isto é, na Baixa Idade Média, no momento em que a renovação cultural proveniente da criação e florescimento das Universidades vai impregnar os textos legislativos das nações que a acolheram.

Isto, para nós, muito significa: a Europa continental recebe o Direito Romano-Canônico, nele fundamentando grande parte de seus postulados jurídicos. Correm dois ou três séculos e com a expansão marítima, chega a América o Direito comum, desafiando-se, no lado português, nas Ordenações baixadas pelo Reino; até hoje, por força deste tradicionalismo histórico, guarda o Direito privado fidelidade às fontes e não são poucos os artigos do Código Civil que se limitam

a transcrever, quase com as mesmas palavras, os velhos textos do Digesto ou das Institutas de Justiniano.

No Direito Penal, como se sabe, outras circunstâncias determinaram conseqüências distintas; o pensamento filosófico do século XVIII, o liberalismo, mais particularmente, as idéias condensadas pelo Marques de Beccaria, em seu notório livro, "Dos Delitos e das Penas", constituiriam o fulcro para um novo conceito de combate à criminalidade, onde muito importava o respeito à personalidade do indivíduo. Não pretendemos demorar nestes aspectos, bastando ressaltar apenas um dos direitos, dos muitos que na época se firmaram: a presunção de inocência do acusado até que se lhe provasse a culpa.

Inobstante a disparidade apontada, nem por isto parece-nos despicendo rebuscar o tema central destes breves comentários, que pretendem reviver a preocupação dos primeiros governantes no intuito de fornecer segurança aos habitantes do novel Estado luso, pondo cobro à desordem, dando pausa aos excessos e fornecendo contornos ao aperfeiçoamento da Justiça Pública.

3. As primeiras leis gerais

Não eram nada fáceis as condições de vida por volta dos anos mil e tantos, mormente nos limites da Europa, onde porfiavam mouros e cristãos, seguindo e retrocedendo aos azares da longa Reconquista. O comunheiro, receando o atropelo das razias, trabalhava sob constante sobressalto, preferindo colocar-se, às vezes, sob a proteção de algum grande senhor do clero ou da nobreza, embora isto lhe custasse diminuição ou até restrição de sua liberdade. As estradas, quando haviam, mostravam-se perigosas e inseguras, enquanto que, nos povoados, parecia extremamente temerário andar à noite pela estreitura sombria das vielas. Pretendiam os forais garantir os membros do conselho, afirmando que se estranhos, com ânimo beligerante ou criminoso, ali entrassem, estariam sujeitos ao pagamento de multa, no valor de "VI mille modios", pois "caballarii ét clerici et pedones et mercadores et mulieris non sint capti aliquo modo neque roubati intus Viseum neque foris". (FORAL DE VISEU, P. M. H., vol. I, pg. 460) Nem sempre, porém, se acatavam tais disposições, pelo que desdobrou-se o poder real na tarefa de impor ordem e respeito, aproveitando, também, para estancar a relutância dos fidalgos em ver diminuída a autoridade que até então, com largueza, bem dispunham.

A partir de Afonso II, terceiro rei de Portugal, sucedem-se as leis gerais, cujo propósito, a par de outras providências adotadas pelos monarcas subseqüentes, — inquirições, nomeação de juizes-de-fora, concordatas, — destinou-se a limitar as imunidades do clero e da nobreza, centralizando a administração e o poder jurisdicional nas mãos da coroa; com esta legislação de conteúdo e inspiração romano-canônica, atenuaram-se ou se afastaram os antigos costumes de ascendência germânica, do qual era maior exemplo, a vingança privada,

organizou-se a justiça real, regulamentaram-se os trâmites processuais, estabeleceram-se medidas de caráter obrigatório e que a todos se estendia, suprimindo-se, paulatinamente, os muitos privilégios locais. No tocante ao Direito Criminal, diz-nos o Professor Marcello Caetano, “acentuou-se a intervenção do monarca na definição e punição de certos crimes; não deixa, nesta matéria, de vigorar o costume consagrado nos forais; mas surgem leis gerais a providenciar acerca de determinados atos”. E isto, a crescenta o saudoso mestre, ocorreu por força das seguintes razões: tinha o rei por objetivo “punir atos que os costumes não consideravam puníveis ou corrigir o costume reputado mau; uniformizar as penas aplicáveis a atos que tinham punição variável de conzelho para conzelho; corresponder à necessidade de clareza e justiça nas decisões dos juizes da corte ao julgarem em primeira instância ou em grau de recurso. segundo o chamado direito comum”. (HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS, pg. 380).

4. A legislação penal no livro das leis e posturas

Cumpre examinar algumas das ordenações contidas na coletânea que recebeu o nome de “LIVRO DAS LEIS E POSTURAS”, espécie de código dos fins do século XIV ou início do XV, mas editado somente há alguns anos atrás. (1971) Ali estão, dispostas desordenadamente, leis promulgadas por vários reis da Casa de Borgonha: Afonso II, Afonso III, D. Dinis e Afonso IV.

I. Lei contra os que fazem assuadas

Em primeiro lugar, a lei contra os “que fazem assuadas”, isto é, contra aqueles que reuniam familiares, agregados e dependentes com o propósito de “vexar alguém”, obtendo desforço pessoal face a gravame recebido. Naqueles tempos, como é sabido, permitia-se o emprego da justiça privada, a qual diferia da simples vingança, pois naquela, para passar ao desagravo, ainda que por conta própria exercido, devia o ofendido solicitar aval da autoridade, comprovando o mal causado pelo agressor. (cf. Marcello Caetano, op. cit., pg. 248).

Isto, entretanto, nem sempre ocorria com a desejada regularidade, motivo porque, tanto no caso dos homizios, — homicídios — como no das “assuadas” ou “assuadas”, buscaram os reis refrear os ímpetos de seus súditos, mormente daqueles incluídos entre os testamentos da nobreza, mais afeitos aos reptos, desafios e lances d’armas. Pois bem, a respeito das ditas “assuadas”, considerou Afonso III que tal prática causava “muyto a meu dano e dos meus filhos dalgo e dos mestres da Eigreia e das ordees e de todo o poboo dos meus Reynos” (L. L. P., pg. 138) determinando, a 27 de janeiro de 1.264, se impuzessem multas aos infratores do seu edito; está a ver, no entanto, que os grandes do reino, a conta da fraca apenação, não detiveram a maneira de agir com a qual já se haviam habituado, continuando a usar das

vinditas e reinviditas até que lei mais severa acrescentaria possibilidade de exílio do recalitrante. (L. L. P., pg. 154). Pretendia-se, com isto, impedir o “mau costume de cada um acoimar morte e desonra de seus parentes”, silenciando, assim, o grito do senhor de Santa Ireneia, ao dar o último abraço ao filho morto: “E agora, senhores, a cavalo, e vingança brava! . . . era a sanhuda arrancada de Tructesindo e de seus cavaleiros, correndo sobre o bastardo de Baião”. (Eça de Queiroz, “A Ilustre Casa de Ramires”).

E como não cesassem de pronto as vinganças por desforço pessoal, “do que se seguiam chagas, morte e desonra aos que nos tais omizios viviam”, (Viterbo, “Elucidário”, v. II, pg. 448) anos mais tarde, imbuído daquele primeiro escopo encetado pelo rei antecessor, Afonso IV volta a legislar sobre a matéria, dispondo que “nenhûn ffilho dalgo nem outro nenhûn nom mate nem ffeua sobre rreven-dyta”; mas, agora, como nas demais leis que baixaria, impõe sanção mais severa, pena de morte; (L. L. P., pg. 285) reagindo a nobreza à rigidez da ordem, replica o soberano, regulamentando e interpretando o que antes dissera, mas não deixa abrandar a ameaça, insiste na pena capital aos transgressores. (L. L. P., pg 413; Marcello Caetano, op. cit., pg. 370). Aliás, há mais de um século, no reino vizinho de Castela, Afonso X proscivera, também, a maldade com que os homens se atreviam a “fazer fuerças” uns contra os outros, cominado pena de morte aos “forçadores”. (SÉTIMA PARTIDA, Título X e Lei VIII).

II. Lei contra a violência: a paz da casa e a paz do rei

Outro aspecto correlato a ressaltar, resumia-se no cuidado com que o legislador buscava proteger o domicílio e a propriedade contra desordens, invasões e violências: não se cortassem vinhas, danificassem moradias ou se tomassem animais ao dono. (Afonso III, 1251, L.L.P., pg. 20). Na verdade, outros problemas mais graves concorriam com aqueles já esboçados: preocupava o número considerável de malfeitores, homens sem lé nem cré, mercenários perdidos no meio do caminho para as Cruzadas, falsos mendicantes, vadios verdadeiros, personagens dos quais as narrativas da Idade Média estão prenhes, desde a folhetinesca “Cour des Miracles” parisiense até os cavaleiros salteadores que infestavam as precárias vias de comunicação; somente para exemplo, há notícia de um facinoroso fidalgo, Huguet de Bigas, que poz em polvorosa a Catalunha até ser alcançado e executado pela justiça real; por outro lado, a velha punição consistente em expulsar o indivíduo da comunidade, dava ensejo ao recrudescimento da porção destes proscritos, cuja paz tinham perdida, passando a ser considerados animais daninhos em liberdade, tal como o lobo, “wargus”, “gerit caput lupinum”

Pois se o malfeitor ou homicida perdiam a paz, cumpria conservá-la no interior das casas dos bons do reino, quaisquer linhagens trouxessem. D. Dinis, em 1303, “para sossegamento da sua terra e

da sua gente”, estabeleceu lei que se estendia aos “filhos dalgo come nas outras gentes”, considerando legítima a defesa daquele que reagia à invasão do lar, pousada, herdade, terra, préstamo ou emprazamento, não devendo ser nem “omeziado”, nem punido, por justificar-se a repulsa. (L. L. P., pg. 80). E, ao lado da paz da casa, instituiu o mesmo monarca a paz do rei, quer dizer, fez prevalecer sua autoridade sobre as imunidades dos senhores, quando no local estivesse, ou até uma legua deste: “Ley que pena merecem aqueles que tiram çuýtelo hu ElRey he e a hũa legoa”. As sanções, em tais casos, eram severíssimas: degredo, amputação dos dedos ou da mão e morte, conforme a gravidade do ato cometido. (L. L. P., pg. 81).

III. Lei contra a vadiagem e mendicância

Ainda no campo daqueles párias sociais acima referidos, aos quais se agregavam andarilhos, jograis, charlatães, tão comuns às sagas medievais, cuidou-se de reprimir a vadiagem e mendicância, pelos muitos desacertos e males que causavam. Estes problemas endêmicos, resultantes das guerras e escaramuças intestinas, das epidemias e da miséria provocada pelas cíclicas ondas de fome, compõem o pano de fundo da sociedade de então, estendendo-se pelos anos afora, sem que se tornasse possível erradicá-los. Tanto isto é verdade que, lá pelo século XVI, revivendo o mesmo tema, o “Liber Vagatorum” catalogava as artimanhas dos ociosos e desvalidos e as burlas de que se serviam tais vagabundos para enganar incautos: e ali vinham os mendigos que se cobriam de unguentos para se estender às portas das igrejas, “mostrando-se como se sofressem de longa e penosa doença, como se o rosto e a boca lhes tivessem sido arrancados e quando vão ao banho, três dias depois, já nada disso aparece”.

Desde cedo, cogitaram os reis portugueses em “purgar a província de maus homens”, estatuidando lei “contra aqueles que nom ham nenhûn mester”. (Afonso II, 1211, L. L. P., pg. 19). Ao sobrevir a peste negra, outro ordenamento regula a liberdade de trabalho, suprimindo e corrigindo as contingências difíceis que então ocorreram; dirige-se contra a falsa mendicância, contra aqueles “que andam piddindo” “e nom querem servir”; devem as esmolas destinar-se aos “velhos e mancos e cegos e doentes e outros que nom podem ganhar” para viver. Que se ponham os sãos a trabalhar e, se não quiserem, açoitem-nos e os expulsem da vila. (D. Afonso IV, 1349, L. L. P., pg. 450). Em 1375, dando continuidade ao mesmo procedimento, na Lei das Sesmarias, “reforma agrária exigida pelo agravamento das circunstâncias”, D. Fernando estabelece que “só poderão mendigar aqueles que pela sua idade e estado não puderem trabalhar, segundo certificado que as autoridades locais passarão por alvará; todos os demais pedintes, vadios, ociosos, serão constrangidos a trabalhar”, sob pena de serem açoitados com pregão, “e ultimamente lançados fora do Reino, porque ElRei mandava e queria que ninguém fosse vadio”. (ORDENAÇÕES AFONSINAS, Liv. IV, Tít. 81).

IV Lei contra o jogo

Ao se estudar a evolução das idéias penais e assim também o desenvolvimento das sanções dessa natureza, verifica-se que a pena de prisão, a princípio, não era estatuída senão para o efeito de assegurar a pessoa física do acusado até que se realizasse o julgamento; ao evitar que o indivíduo colocado sob suspeita escapasse à ação da justiça, possuía a pena privativa de liberdade sentido assemelhado ao da prisão preventiva atual, pois para a sanção definitiva, dava-se preferência às penas corporais, ao degredo, à morte; nem havia, é verdade, durante a Idade Média, estrutura para a manutenção de casas de correção, pois destas ainda não se cogitava. Se é certo que muitos criminosos, — e outro tanto de inocentes — teriam acabado seus anos nas masmorras, isto se deu a conta dos maus tratos recebidos, para não falar do propositado esquecimento quanto a prolação da sentença que, afinal, não vinha.

Mas, apesar deste quadro, os monarcas lusitanos da primeira época, escolheram a pena de prisão para aqueles que se punham a jogar dados nas tavolagens públicas ou clandestinas. Mas a prisão, em tal caso, só ocorria na hipótese de não pagamento de multa, sanção principal, cominada juntamente com a perda do dinheiro colocado na disputa: “e se os pagar nom quiserem ou nom tenerem, por que levem nos aa cadea E tenham nos hy dez diax”; passado o decênio, tratando-se de “homem vil”, que nada possuía, como a ninguém interessasse guardá-lo encarcerado, substituiu-se a prisão pelos açoites; sendo, entretanto, pessoa que “houvesse algo de seu”, mas, ainda assim, relutasse em pagar a coima, bem mais onerosa que a do peão, “que iasca na cadea ata que os pagem”, isto é, na enxovia fique, até saldá-la. O conteúdo da determinação era intimidativo, pretendendo alcançar o ressarcimento do crime pelo pagamento em pecúnia. Se os cárceres, hoje em dia, apesar de tudo quanto já se aladeou sobre o tratamento penal do condenado à pena privativa de liberdade, mostram-se insuportáveis, que dizer daqueles tempos, onde as celas nada mais significavam senão a expectativa de punição mais rigorosa?

A proibição dos jogos de azar partiu de Afonso IV, situando-se a lei entre os anos de 1325 a 1357; (L. L. P., pg. 400), antes dele, porém, D. Dinis já se insurgira contra os que utilizavam dados falsos ou chumbados, impondo-lhes a pena capital, quando apanhados. (L. L. P., pg. 84).

V Lei contra a usura

Assinalou Carrara quanto se apresenta oscilante a história jurídica da usura: às vezes, não se lhe ditam normas repressivas penais; por outras, o simples fato de emprestar, a troco de interesse sobremaneira elevado, tem dado lastro a perseguições e sanções de extrema severidade. (Programma, § 2384).

Não é nosso propósito e nem será a ocasião de levantar pesquisa a respeito destas referências, mesmo porque devemos nos restringir ao período examinado; apenas como exemplo, e não mais que de passagem, basta lembrar alguns dos muitos estatutos que dispõem sobre a limitação dos interesses e das taxas de empréstimo: o já referido Código de Hamurabi não permite que o credor retire, na medida que achar conveniente, o produto da terra lavrada pelo devedor; a este caberá fornecer ao mercador o grão correspondente à quantidade de prata que tomou emprestada, acrescida dos juros e dos gastos que o primeiro houve no cultivo; (§ 49) “Não receberás juros nem usuras de teu irmão”, diz a Bíblia, em mais de um versículo; (Levítico, 25,36; Deuteronômio, 23,20) Solon levantou as dívidas que pesavam sobre os pequenos proprietários livres, (Diógenes Laercio, “Vida dos filósofos ilustres” contraídas à custa de vantagens extorsivas, enquanto que, em Roma, desde as Doze Tábuas, (3,2) até Constantino e Teodósio, foram estes lucros controlados.

Na Idade Média, a proibição da usura vinha fundada, para os cristãos, nos textos do Evangelho, — “mutuum date nihil inde sperantes”, S. Lucas, 6,35 — para os muçulmanos, nas curas do Corão, II, vers. 278; III, vers. 125; as limitações às taxas de empréstimos encontram-se, por sua vez, nos “fueros municipales” da península ibérica: o “Fuero” de Cuenca assevera que “la ganancia en modo alguno debe aumentar mas de doble a fin de ano”, 29,19; do mesmo modo, o “Fuero” de Zorita de Canes: “los dineros que ausura fueren sacados despues que fueren den adelante non ganen”, 595. Em outro tipo de compilação, já de âmbito geral, proíbe-se o empréstimo à usura, não podendo exceder de três por quatro por todo o ano. (“Fuero Real”, Livro IV, Tít. II, lei 6). Finalmente, nas Sete Partidas, torna-se a proibição absoluta, pois não se deve dar sepultura aos “usueros publicos”, P. 1, Tít. XIII, Lei IX.

Em Portugal, os forais de Ourém, Torres Novas e Arega, fazem referência à usura, (P. M. H., vol. I, pgs. 420, 478 e 517) enquanto que são várias as leis gerais a disciplinar a matéria: Afonso II, ao promulgar as primeiras que o Reino teve, (ou, pelo menos, as primeiras que o Livro das Leis e Posturas compilou), “para deytar as maldades da terra”, proíbe ao mordomo haver dinheiro à usura, para si ou para outrem, sob pena de perda do obtido. (1.211, L.L.P., pg. 17). Anos após, seu filho, Afonso III, põe freio aos juros exorbitantes, limitando os ganhos provenientes de empréstimos; ao legislar, alerta contra a malícia de alguns, especialmente contra aqueles que mais se excediam no trato de suas atividades mercantis. (L. L. P., pg. 26). Estava-se, contudo, em plena revolução comercial, os pequenos burgos se expandiam, as feiras conheciam movimento desusado, havia necessidade de capital para transação dos produtos e das mercadorias. Os excessos caracterizados pela exigência de juros escorchantes, próprios de certos mercadores e banqueiros que se lançavam à usura, frente a inadimplência renitente de outros tantos devedores, muitos destes provenientes das classes mais elevadas, acabaram por provocar “gran-

de deserviço de Deus e não menor dano dos bens temporais”; tempos passados, é Afonso IV quem adverte: “nenhùm cristaaõ nem mouro nem judeu, nom onzene nem faça contracto husureiro per nenhũa guisa que seia”. (1325/54, L.L.P., pg. 323). Denota-se, aqui, mais um traço peculiar ao período medieval: apesar das rivalidades aparentes, os integrantes dos três credos e das três raças, desenvolvem os seus negócios sem maiores peias ou restrições; a repressão só chegará mais tarde, impondo-se às minorias a difícil escolha entre conversão forçada ou expulsão do país.

O regime da proibição absoluta perdurará até as Afonsinas, quando estas, atendendo, provavelmente, às exigências da expansão comercial resultante inclusive da perspectiva promissora dos descobrimentos, estabeleceram que a usura, embora condenada, podia ser admitida, em alguns casos. (Liv. IV, Tít. 68, 1). Caminhava-se, outra vez, para a liberalização das taxas de juros.

VI. Leis de repressão aos crimes contra a administração pública

Na atualidade, entre os crimes contra a administração pública, enumeram-se: concussão, corrupção, prevaricação, falso testemunho, favorecimento pessoal, etc. Todas estas infrações não escaparam ao legislador da primeira dinastia, a qual sobre elas dispôs, perseguindo-as com particular rigor na apenação. D. Dinis, por exemplo, sem mais delongas, e com a franqueza lhana que o caracteriza, proclama: sobrejuiz, ouvidor, procurador, advogado, meirinho, escrivão, porteiro ou qualquer funcionário seu que “faça muito mal feito” com mulher casada, viúva ou virgem, que tenha interesse em causa em curso, “castren o porem”. (1311, L.L.P., pg. 79). O perjuro não conhecia melhor sorte, “porque vos mando que todos aqueles que achardes que dizem testemunho falso... que os decepedes dos pees e das mãas e que lhes tiredes senhos olhos...” (1302, L.L.P., pg. 196). A medida atingia, também, àqueles que, por dinheiro, houvessem induzido as testemunhas ao depoimento falso. É de crer, todavia, permanecesse a acerbidade do decreto apenas na intimidação, mesmo porque não interessava ao rei desvaler-se de braços necessários à lavoura e à defesa do território.

Quanto àqueles que colhem e encobrem em suas casas os homicidas, D. Dinis escolhe a mesma pena que merecia o acoitado, a qual podia chegar, conforme as circunstâncias, até a morte.

O crime de aleivosia e traição, por constituir grave atentado à autoridade real, desde logo seria contemplado entre as leis gerais de Afonso II, 1211; (L.L.P., pg. 10) rebeldia, subversão e lesa-majestade seguiriam punidas com excepcional rigor, e nem poderia deixar de ser de outra forma, desde que se impunha conservar nas mãos do rei a supremacia absoluta do poder constituído. (No L.L.P., às fls. 241, transcreve-se integralmente a sentença régia de condenação de João Afonso, filho natural de D. Dinis, por crime de traição).

VII. Leis contra o crime de adultério; leis de repressão aos crimes contra os costumes

Competia zelar, também, pelos bons costumes; repetem-se, por esta razão, disposições em torno do crime de adultério: D. Dinis determina a seus alcaides que se algum homem matou sua mulher, sob alegação de adultério, logo lhe comuniquem, pois quer saber se a morte foi “por torto” ou “por direito”. (1302, L.L.P., pg. 82). Como se vê, ao marido porventura enganado assistia o direito de punir a adúltera com a morte, nenhuma sanção recebendo pela vingança praticada. Afonso IV também cuidou da matéria, estabelecendo pela transgressão de “fazer adultério com mulheres alheias” as penas de multa, exílio, açoites e até a sanção capital, conforme a condição social do criminoso. (1340, L.L.P., pg. 419). E não ficou nisto o zeloso monarca: quis colocar todos os seus súditos na moral correta dos hábitos, ameaçando com a morte, mulher viúva que se abarregasse, (L.L.P., pg. 422) manceba virgem que não acusasse o sedutor, com ele permanecendo por mais de trinta dias, (L.L.P., pg. 423) homem casado que tivesse barregã e que instado a fazê-lo, não se afastasse do pecado. (L.L.P., pgs. 258 a 423). Se assim ocorria — e é de perguntar se tais disposições chegaram, realmente, a ser cumpridas —, nem por isto a vida dos fidalgos e vilões dos primeiros séculos da monarquia, revelava insipidez ou sensaboria, pois não faltavam distrações e aventuras: andar à caça, festas, correr os touros, justas, espetáculos teatrais.

Se aos nobres sobrava mais tempo e oportunidade, não se afastava o povo dos festejos e divertimentos: as praças e mercados transformavam-se em palcos para a representação das farsas ou dos autos, aqui e ali abundavam os caçurros, transitavam livremente as soldadeiras. A princípio, não se tratou de confinar o meretrício, limitaram-se as leis a coibir o vestuário das rameiras, para que não usassem “panos darraiz” nem ouro ou prata às cintas. (L.L.P., pg. 396). Nem o impulso moralizante de Afonso IV lograria estancar a prostituição, pois nas cortes de Évora, já ao tempo de D. Duarte, (1436) “alegaram os procuradores da cidade: “acontece às vezes de alguns homens virem para esta cidade e vão pousar às estalagens e hão vontade de dormirem com algumas mancebas solteiras e mandar por elas à mancebia que lhes vão falar à estalagem, porquanto ele não é tal homem que vá à mancebia”; pediam, assim, “ainda que a dita manceba solteira durma com ele na dita estalagem, que não haja pena, nem o estalajadeiro, posto que o consinta”. E o rei lhes concedeu o pedido. (cf. A.H. de Oliveira Marques, “A Sociedade Medieval Portuguesa”, cap. V, “O affecto”, pgs. 127/128).

5. Leis processuais penais

A tarefa exaustiva dos primeiros legisladores não se resumiria, evidentemente, nestes poucos aspectos ora levantados; tanto no campo

do Direito Penal, como no do processo, que lhe correspondia, muito haveria por se examinar; podem-se colher, gizando exemplos: a prudência de Afonso II, ao confessar que, às vezes, “a sanha soe embargar o coração, a ponto de não se ver diretamente as coisas”; de tal sorte, prorroga a execução das sentenças de morte ou amputação de membro até vinte dias, repetindo disposição de origem romana, (Código, 9, 47, 20) só alterada quanto ao prazo; (1211, L.L.P., pg. 17) consignou-se prazo de decadência, à ofendida, para querelar, na Justiça, contra aquele que a houvera desonrado; (L.L.P., pg. 257) o conceito de mulher forçada vem descrito em lei constante da compilação examinada, (L.L.P., pg. 329) mas, aqui, como no diploma antes referido, conservou-se prática foraleira de origem germânica, conforme atestam o “Fuero de Jaca”, 1063, “del omne que forca mujer punzela”, (D., 163) e os forais portugueses de Numão, 1130, Freixo, 1152 e Molas, 1162. (P.M.H., vol. I, pgs. 369, 379, 390). No Direito Escandinavo, a “Gutalagh”, compilação de normas da ilha de Gotland.

Este costume prolongar-se-ia muito mais no tempo, chegando às Afonsinas: “que se alguma mulher forcarem no povoado, que deve fazer querela em esta guisa, dando grandes vozes e dizendo vedes que me fazem, indo por três ruas; e se assim fizer, a querela será valedoura... e ela deve ir à Justiça e não entrar em outra casa senão diretamente ir à Justiça, sem tardamento nenhum”. (Liv. V, Tít. VI, 1 e 2). Faltando quaisquer das condições exigidas por lei, a querela não seria recebida. Era a norma, confirmando velha usança.

Já se incluía, também, o cuidado em se estabelecer um corpo de delito, pois “o ferido se prova pella ferida”, conforme sejam estas negras, abertas e ou inchadas e segundo tenham sido provocados a couces, paus ou punhos; (L.L.P., pg. 329) aliás, a respeito do processo criminal, fornece o Professor Marcello Caetano fartos subsídios, referindo-se à notícia dos crimes, início dos feitos, juízes competentes, prisão preventiva, provas, sentenças e execuções destas decorrentes, etc. (História do Direito Português, pgs. 383 e segs.).

6. Conclusão

É forçoso concluir. Muito já se disse dos “séculos das trevas”, do atraso em que soçobrara a humanidade durante o interregno que compreende a chamada “Idade Média”. Não passam tais reflexões de chavões mal dispostos, destituídos de qualquer fundamento, quando esbarram na realidade pesquisada e estudada debaixo de melhor critério.

Com efeito, como falar em trevas, no momento em que as ogivas das catedrais mais se iluminam, despejando, nas cores de seus vitrais, a luz de idéias constantemente renovadas? O legado do período não se situa, entretanto, unicamente na expressão arquitetônica dos seus monumentos de pedra; expande-se e se ergue para mais alto, em exteriorizações múltiplas, cujo conteúdo, por vezes, dá mostras de anta-

gônico: eleva-se na conservação do pensamento antigo, na preservação indireta do helenismo, na difusão e propagação da fé cristã, no extraordinário renascer do século XIII; mas, é também a expressão libertária de um mundo que se debate na especulação filosófica, que se encanta com as canções de gesta e com o lirismo dos trovadores, de um mundo que conhece o alcance do amor aventura, do amor heroísmo, do amor despreendimento.

No que toca ao direito, também este não restaria inenfermo a tais impulsos: as Universidades forjam doutrinas, interpretam dogmas, acertam desencontros. E os primeiros condutores do reino lusitano, igualmente imbuídos do espírito renovador que se afirmava, participam e se integram ao movimento. Suas leis, salta à evidência, longe estão de ser perfeitas: repugna, por certo, aos olhos do século XX, a crueldade das sanções, próprias de um tempo áspero e rude, onde pouco ou nenhum valor parecia se emprestar à vida, mas a verdade é que o rigor apontado não é peculiar e nem pertence, unicamente, a esse período. Com efeito, nem sempre é permitido discernir o melhor do pior, nem sempre é fácil “distinguir os bons dos perversos”, principalmente quando deparamos com as ambigüidades e dúvidas oferecidas pela História; qual seria a atitude mais justa, se nos fosse possível retornar ao tempo perquirido: exigir o cumprimento da lei, após enquisa ou investigação sumária, rudimentar embora, ou aceitar a sucessão interminável das vinganças, bem como os excessos e violências, que proporcionava?

Na objetividade franca dos dispositivos, residia o propósito de melhor disciplinar o sistema jurídico. Aceitava-se o Direito Romano, porque este favorecia o prestígio do poder real; mas, servia, também, para dissipar contradições, afastar prerrogativas, preencher lacunas. Por outro lado, não se apartavam abruptamente os costumes, sob pena de contrariar a própria consciência do soberano, que àqueles se achava intimamente arraigada. Era um longo caminho a percorrer, e que se encontrava, ainda, em seu limiar.

A Revogação da Sentença no Direito Lusitano* (Perfil Histórico)

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

SUMÁRIO: 14. *Histórico do Código de Processo Civil de 1876* — 14.1 *O sistema do Código a respeito das nulidades processuais* — 14.2 *O Recurso de Revista* — 14.3 *A criação da ação rescisória contra a sentença* — 15. *A reforma processual de 1926. Os trabalhos de José Alberto dos Reis* — 15.1 *A nova reforma de 1932* — 16. *O Código de Processo Civil de 1939. Sua história* — 16.1 *A supressão da ação rescisória e a criação do recurso de revisão* — 16.2 *O Recurso de Revista e o Recurso de Agravo* — 17. *O novo Código de 1962* — 17.1 *As modificações introduzidas* — 17.2 *Os casos de revisão são taxativos. Prazos para recorrer* — 18. *Natureza e finalidade do trabalho. Bibliografia utilizada.*

14. — A história dos Antecedentes legislativos do Código de Processo Civil é bem conhecida e foi relatada sucintamente pelo professor JOSÉ ALBERTO DOS REIS. (cf. Processo ordinário e sumário, 2ª ed. Coimbra 1928, p. 3).

Em decorrência, da elaboração do Código Civil surgiu o propósito de se organizar também um Código de Processo Civil, porque, como disse o mestre, “sendo o processo o meio de dar vida e efetividade à lei substantiva, o processo deve ajustar-se a essa lei como a *sanção* deve estar em correspondência exacta com o *preceito*”. “Uma grande transformação na lei civil deve necessariamente ser acompanhada ou seguida de uma transformação adequada no processo.”

Em 1863 foi encarregado de organizar um Código de processo civil o juiz de Relação de Lisboa, ANTONIO MARIA BRANCO, que se escusou dois anos depois.

Nomeou-se a seguir uma comissão, de que faziam parte JOSÉ LUCIANO DE CASTRO, ALVES DE SÁ E COUTINHO, mas até 1869 nada apareceu. Neste ano, ALEXANDRE DE SEABRA apresentou espontaneamente um projeto de Código de processo, acompanhado de uma exposição dos fundamentos das suas disposições.

* Conclusão do trabalho publicado no volume LXXVII.

Nomeou-se imediatamente uma comissão revisora, de que fazia parte o próprio autor do projeto.

A comissão iniciou os seus trabalhos em 12 de abril de 1872. Daí saiu o primeiro projeto da comissão revisora com o título: “Código de processo civil, projeto de Alexandre de Seabra, examinado pela comissão revisora”, Imprensa Nacional, Lisboa 1872.

Adotava o plano de ALEXANDRE DE SEABRA e um grande número das suas disposições, mas as alterações eram importantes.

ALEXANDRE DE SEABRA, em vista das modificações introduzidas no seu projeto, separou-se da comissão revisora e foi publicando as revisões do seu primitivo trabalho, acompanhando-as de cartas dirigidas ao presidente da comissão.

Segue-se a segunda revisão que veio a ficar completa em 5 de novembro de 1872, aparecendo o segundo projeto da comissão, assim designado: “Código do processo civil, projeto da comissão revisora”, Imprensa Nacional, Lisboa 1872.

Os trabalhos da revisão continuaram com intensidade, de sorte que em 1873 é publicado o terceiro projeto com o título de “Código do processo civil”, ao qual se seguem ainda o quarto e o quinto, e por fim, em 1875, o projeto definitivo com o mesmo título de “Código do processo civil”.

Em sessão de 19 de fevereiro de 1875, o Governo apresentou à Câmara dos deputados o projeto definitivo da comissão com o relatório que ela elaborara.

As comissões de legislação da Câmara dos deputados e da Câmara dos pares propuseram algumas alterações que foram votadas e, afinal, o Código foi aprovado em 1º de abril de 1876.

Por Carta de Lei, de 8 de novembro de 1876, o Código foi promulgado e publicado.

Segundo o disposto no art. 4º, da Carta de Lei, “Desde que principiar a ter vigor o Código, ficará revogada toda a legislação anterior sobre o processo civil, quer essa legislação seja geral, quer seja especial”, e o art. 12º declarou revogada “a legislação em contrário”.

Assim, foram revogados todos os preceitos legais anteriores que forem contrários às disposições insertas no Código.

14.1 — Como escreveu DIAS FERREIRA, na “Explicação” de suas anotações ao Código de Processo Civil, “debalde recorrerá ao direito velho quem quizer interpretar as passagens duvidosas do novo Código. A reforma do processo não representa a continuação do direito anterior aperfeiçoado.

Pelo contrário transformou completamente alguns capítulos. criou processo novo para o direito novo estabelecido no Código Civil,

e previniu uma infinidade de hypotheses para que não havia providência especial na legislação anterior". (JOSÉ DIAS FERREIRA, Código de Processo Civil, Annotado, Lisboa 1887, tomo I, p. VI).

As modificações do sistema processual realizadas pelo Código foram, efetivamente, reais e não apenas nominais.

Um dos pontos fundamentais da reforma foi o tratamento dispensado à disciplina das nulidades processuais.

No Livro I, Título Único, o cap. VII dispõe sobre as nulidades nos artigos 128 a 139.

O Código começa por declarar que se dá nulidade no processo quando se omitir algum ato prescrito na lei, quando se praticar algum ato que a lei não admita ou quando o ato se efetuar sem as formalidades legais (art. 128).

As nulidades são supríveis ou insupríveis.

As nulidades insupríveis tornam nulo tudo o que se tiver processado desde que elas se verificaram.

As nulidades supríveis só anulam o ato a que se referem e os termos subseqüentes que dele dependerem absolutamente (art. 129 e §§).

No artigo 130 são indicadas cinco nulidades que a lei considera insupríveis. Em razão da redação do dispositivo, a enumeração é reputada como taxativa. São elas:

A ineptidão do requerimento em que se deduzir a ação;

a falta de primeira citação; mas, depois da sentença final, esta falta só constituirá nulidade sendo invocada pela pessoa contra quem foi proferida a sentença no todo ou em parte, sem ter sido citada, ou pelos seus representantes;

a falta de intervenção do ministério público, nos processos em que for exigida por lei;

a falta de intervenção do ministério público, nos processos em juiz; mas o erro na distribuição não equivale à sua falta;

o emprego de processo especial para o caso em que a lei o não admita.

No § único, a regra de hermenêutica: não pode julgar-se inepto o requerimento, quando da narração ou da conclusão puder depreender-se qual é o pedido e fundamento da ação.

No § único, a regra de hermenêutica: não pode julgar-se inepto nulidade da sentença, por ter julgado contra direito, ou por se verificar alguma das hipóteses dos n^{os} 3, 4 e 5 do art. 1.054.

Este art. 1.054 declara:

- É insanavelmente nulo o acórdão;
- quando for lavrado contra o vencido;
- quando for lavrado sem o necessário vencimento;
- quando não compreender todo o objeto do recurso;
- quando compreender mais do que o objeto do recurso;
- quando julgar além do pedido sobre que versar o recurso.

As nulidades insupríveis podem ser argüidas em qualquer estado do processo, e os tribunais de qualquer categoria podem conhecer destas nulidades, sem dependência de reclamação dos interessados, salvo o disposto no nº 2 do art. 130 (art. 131).

Já as nulidades supríveis só poderão ser conhecidas pelos tribunais a requerimento dos interessados, e enquanto não se considerarem supridas (art. 132).

Nos §§ 1º, 2º e 3º, do artigo 132 são traçadas as normas sobre a reclamação do interessado contra as nulidades supríveis, e nos artigos 133 a 139, sobre o julgamento das nulidades pelos tribunais.

No capítulo sobre as nulidades processuais o Código inovou, realizando apreciável aperfeiçoamento em relação ao regime das leis processuais revogadas, que cuidavam das nulidades de maneira desordenada e assistemática.

14.2 — Quanto ao Recurso de Revista o Código nada criou, mantendo o sistema do direito anterior, no sentido de restringir seu cabimento tão-somente com base na violação da lei, e de atribuir ao Supremo Tribunal de Justiça a competência para conhecer do recurso e designar a Relação para julgar o feito, quando for concedida a revista e anulada a sentença.

Dispõe o art. 41, que ao Supremo Tribunal de Justiça compete conhecer das decisões proferidas pelas Relações, por meio de recurso, nos termos da lei, e designar a Relação a que há de ser remetido o feito, quando conceder a revista anulando a sentença *por ter julgado contra direito*.

A finalidade específica do Recurso de Revista continuou sendo “de defesa da lei contra a inobservância dos seus preceitos por parte do poder judicial”, como disse PAULO MERÊA.

Todavia, mantendo a diferença entre nulidades da sentença e nulidades do processo, o Código introduziu uma alteração, com reservar o Recurso de Revista para os casos de nulidade da sentença e criar para as decisões proferidas sobre nulidades do processo o Recurso de Agravo. Dispõe o art. 138 que dos despachos ou acórdãos proferidos sobre nulidades compete o recurso de agravo, que subirá nos próprios autos quanto tiver sido anulado todo o processo.

O agravo era, também, interposto para o Supremo Tribunal de Justiça.

Mediante a competência para conhecer e julgar esse dois recursos, o órgão de cúpula do poder judiciário exercia vigilância e fiscalização quanto à verdadeira inteligência das leis e sua fiel execução, como fora prescrito para sua função pelo Decreto de 8 de novembro de 1833.

Os artigos 1.159, 1.160 e 1.161 regulam a competência e os efeitos do julgamento proferido sobre os dois recursos, pelo Supremo Tribunal.

Em recurso de revista ou agravo, o Supremo Tribunal de Justiça conhece da nulidade do processo ou da nulidade da sentença (art. 1.159).

É nulo o processo em que houver alguma nulidade insuprível, ou outra, que nos termos deste Código, não possa reputar-se suprida (§1º).

É nula a sentença, quando se verifica alguma das hipóteses do art. 1.054, e, quando tiver julgado contra direito (§2º).

O julgamento sobre termos e formalidades do processo é definitivo. Se o Supremo o declarar nulo, mandará proceder à sua reforma no mesmo juízo ou na mesma Relação, seguindo o processo, neste caso, com os juizes a quem competir em virtude da primeira distribuição (art. 1.160).

O julgamento sobre a nulidade da sentença é definitivo. Se o Supremo a declarar nula, mandará reformá-la na mesma Relação, de acordo com o art. 1.054 (art. 1.160, § único).

Quando o Supremo anular a sentença por ter julgado contra direito, mandará julgar de novo a causa, ou na mesma Relação se nela houver os juizes necessários para que possa ser julgada por juizes diversos daqueles que intervieram no acórdão anulado, e assim o entender conveniente, ou em outra Relação (art. 1.161).

Tal como na legislação anterior, o Recurso de Revista só tem cabimento dos acórdãos definitivos das Relações, proferidos em causas de valor excedente a 400\$000 réis, ou naquelas que, nos termos da lei, excederem toda a alçada (art. 1.148).

Ao perfilhar o critério das leis revogadas o Código abria o flanco para as críticas que haviam sido dirigidas contra o antigo sistema.

14.3 — O Código consagrou o respeito ao caso julgado como regra, a que abriu cinco exceções.

Dispõe o art. 148 que a sentença passada em julgado só pode ser anulada, em nova ação, por algum dos fundamentos seguintes:

1º) quando se mostrar, por sentença condenatória passada em julgado no juízo criminal, que foi proferida por peita, suborno e corrupção, ou prevaricação, a sentença que se pretende anular;

2º) quando se demonstrar a falsidade de algum documento em que a sentença se fundasse, não se tendo discutido essa matéria no processo em que foi proferida a mesma sentença;

3º) quando se apresentar documento novo, que a parte não pudesse ter ao tempo em que se proferiu a sentença, e que, por si só, seja suficiente para destruir a prova em que ela se fundou;

4º) quando se tiver revogado, ou houver fundamento para revogar, por erro de fato, a confissão, desistência ou transação, em que se fundasse a sentença;

5º) quando, tendo corrido à revelia a ação e a execução, se mostrar que faltou ou foi nulamente feita a primeira citação.

Em suas anotações a este artigo, DIAS FERREIRA acentuou que, em princípio é inatacável o caso julgado. Sem o respeito pelo caso julgado não teriam nunca termo os litígios. Os direitos estariam sempre flutuantes e incertos, e não haveria razão para dar preferência aos julgamentos posteriores sobre os anteriores. Por isso nas leis de todos os povos as sentenças com trânsito em julgado gozam de tal autoridade que dão ao erro a força de verdade — *res judicata pro veritate habetur* — esta autoridade encobre muitas vezes graves erros e grandes injustiças, mas assegura a tranqüilidade das famílias, e a manutenção da ordem social. Têm, entretanto, as leis introduzido algumas exceções a este princípio, permitindo a rescisão do julgado, em certos casos, que marcam taxativamente, para evitar abusos, e com a condição de ser proposta a ação rescisória perante os mesmos juizes de onde emanou a decisão rescindenda, para a decisão rescisória vir revestida de toda a autoridade (DIAS FERREIRA, Código cit. tomo I, pgs. 239, 240).

A ação dirigida a anular a sentença passado em julgado é a ação rescisória, denominação com que a doutrina moderna crismou a ação de nulidade, prevista no art. 17 da Lei de 19 de dezembro de 1848, que o Código acolheu em seu art. 148, e que, em substância, correspondia a um elo evolutivo da antiga “querela nullitatis”. Afora o disposto no nº 4, do art. 148, que constitui uma inovação, no sentido de ampliar o campo de abrangência da ação rescisória, os demais itens foram trasladados do art. 17 da lei de 1843.

Apenas, com respeito à hipótese de procedimento irregular e criminoso do juiz, foi introduzida a regra que condiciona o cabimento da ação rescisória à existência de sentença condenatória passada em julgado no juízo criminal, proclamando que a sentença rescindenda é fruto do crime praticado pelo juiz. Sem a prévia condenação do juiz no juízo criminal, a ação rescisória não poderá ser instaurada.

Fiel aos postulados da filosofia liberal, que inspirou o movimento reformista a partir de 1832, o Código, no particular que vem sendo examinado, não se apartou das linhas estruturais traçadas pelo legislador do Decreto nº 24, reafirmando seus princípios fundamentais.

15 — A partir de 1926 teve início o movimento legislativo visando à reforma do processo civil, mediante diplomas legais sucessivos que vão introduzindo gradativas modificações no texto, e conseqüentemente no sistema do Código de 1876.

Os mais importantes foram os Decretos nº 12.353, de 22 de setembro de 1926, nº 12.488, de 14 de outubro de 1926 e nº 13.979, de 25 de julho de 1927.

Com esses três Decretos realizou-se a chamada “reforma de 1926”, que promoveu profundas alterações na índole do Código, com a nova redação dada a vários de seus dispositivos.

A reforma baseou-se nos trabalhos elaborados pelo professor JOSÉ ALBERTO DOS REIS, com vistas ao aperfeiçoamento do processo civil português segundo as diretrizes da moderna doutrina processual, notadamente os princípios informativos do sistema da oralidade processual que orientavam, na Itália, os trabalhos e projetos de código de processo civil (cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, Manual de Processo Civil, Lisboa 1963, p. 112).

No livro que escreveu com a finalidade de justificar e explicar o alcance da reforma, e, também, de defendê-la dos ataques da “pancaldaria universal” de que foi alvo, o professor de Coimbra não negou sua primordial participação nos trabalhos da comissão que redigiu os Decretos de 22 de setembro e 14 de outubro de 1926, bem como confessou ser o autor do relatório que antecede o primeiro desses Decretos (cf. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Breve Estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial, 2ª ed. Coimbra 1929, p. XXVII).

Entre as alterações efetuadas no Recurso de Revista merece destaque a que deu nova redação ao art. 1.148 do Código. O texto primitivo admitia o recurso contra os acórdãos definitivos das Relações proferidos em causas de valor superior a 400\$000, ou daquelas que, nos termos da lei, excedessem toda a alçada.

Com a reforma o texto ficou assim redigido: “compete o recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça dos acórdãos definitivos das Relações, proferidos sobre recursos de apelação, quando a causa seja de valor superior a 4.000\$000, ou exceda, nos termos da lei, toda a alçada”.

Além da elevação da alçada das Relações, restringiu-se o cabimento da revista aos acórdãos definitivos proferidos sobre o recurso de apelação, que não tomarem conhecimento da apelação, ou que julgarem esse recurso, concedendo-lhe ou negando-lhe provimento.

Segundo o mestre de Coimbra, devia restringir-se ainda mais o domínio da revista. “Este recurso devia ser reservado para os acórdãos que conhecessem das apelações; dos acórdãos que não tomassem conhecimento da apelação, o recurso a interpor devia ser o agravo” (J. ALBERTO DOS REIS, Breve estudo, cit. p. 555).

O Recurso de Revista, segundo a regra do art. 1.159 do Código, podia ser interposto com fundamento ou em nulidade do processo ou em nulidade da sentença.

Tanto as nulidades insupríveis como as supríveis que ainda não possam reputar-se supridas (art. 1.159, § 1º), podem servir de fundamento para o Recurso.

Quanto à nulidade da sentença, podia ser alegado que o acórdão da Relação incorreu em alguma das nulidades do art. 1.054, ou que julgou contra direito.

Em resumo, assinala o mestre de Coimbra, o Recurso de Revista há de ter por base ou um erro de atividade processual (*error in procedend*), ou um erro de julgamento (*error in judicando*); aquele abrange as nulidades de processo e as nulidades de sentença nos termos do art. 1.054; este corresponde ao julgamento contra direito. De modo que o erro de julgamento que pode ser objeto do Recurso de Revista é o que incide sobre o direito e não o que incide sobre o fato. (J. ALBERTO DOS REIS, Breve estudo, cit. p. 557, 8).

Em outro livro, o mestre acentuou que o que caracteriza este recurso é que só pode ter por objeto questões de direito: nulidade de processo ou de sentença (Cod. de proc. civ. art. 1.159). As questões de fato ficam definitivamente arrumadas na Relação; o Supremo é obrigado a manter escrupulosamente a decisão da segunda instância quanto à matéria de fato (decretos nºs 12.353 de 22 de setembro de 1926 e 13.979, de 25 de julho de 1927, art. 65). (J. ALBERTO DOS REIS, Processo ordinário, cit. p. 617).

Em razão dessas determinações legais a respeito de sua competência e atribuições, o Supremo é considerado como um Tribunal de Revista e não como um Tribunal de 3ª instância.

A respeito, lembra SANTOS SILVEIRA que até então o Supremo limitava-se a anular a decisão recorrida e a indicar o Tribunal onde a causa deveria ser apreciada, por virtude da anulação.

O Decreto nº 12.353, de 1926, porém, determinou que o Supremo deve lavrar acórdão de maneira que, mantendo-se escrupulosamente a decisão de segunda instância, quanto à matéria de fato, o processo não tenha que voltar à Relação (JOSÉ DOS SANTOS SILVEIRA, Impugnação das decisões em processo civil, cit. p. 249).

No regime da reforma de 1926, o Supremo deixou de apenas indicar o sentido em que a causa devia ser julgada pela Relação, quando a Revista fosse concedida, para passar a julgar ele próprio, e de modo definitivo, a questão de direito que é objeto do recurso sob o fundamento de o Acórdão recorrido haver julgado contra o direito (Dec. 13.979, de 1927, art. 65).

Foi essa a mais significativa alteração trazida pela reforma de 1926 para o julgamento do Recurso de Revista.

15.1 — A Reforma de 1926 suscitou grande número de críticas e levantou uma série de dúvidas, devido às profundas modificações promovidas no sistema processual até então vigente, com a adoção das novas regras.

Mediante sucessivas alterações de pormenor, com o feitio de retoques e o caráter de “reformas da reforma”, como as denominou CASTRO MENDES, o legislador pretendeu atender aos reclamos, promulgando diversos diplomas (Decretos nºs 17.783, 18.109, 18.552, 18.996, 19.434, entre outros) que em pouco tempo tornaram um caos a legislação sobre o processo civil (JOÃO DE CASTRO MENDES, Manual, cit. p. 113).

Com a declarada finalidade de pôr termo a esse estado de coisas, foram promulgados dois Decretos (nº 21.287, de 26 de maio de 1932 e nº 21.649, de 29 de setembro de 1932) que representam a realização de uma nova reforma processual, que se tornou conhecida como a “reforma de 1932”.

A função precípua da nova reforma consistiu em reunir ordenadamente as normas de natureza processual dispersas pelos vários diplomas, para enquadrá-las num conjunto sistemático, tanto quanto possível harmônico sob o ponto de vista doutrinário.

Outra característica foi a inovação, com respeito a algumas providências, como se deu com o processo sumaríssimo, por exemplo, que tendo sido abolido pelo Código, voltou a fazer parte do sistema processual, restabelecido que foi pelos artigos 123 e seguintes do Decreto nº 21.287, como observou o professor MANUEL RODRIGUES (no Processo Declarativo, apontamentos das lições compilados por Flório José de Oliveira, Lisboa 1945, tomo II p. 206).

A reforma de 1932, inspirada nos mesmos propósitos e levada a efeito sob a direção intelectual do mesmo jurista que orientou a reforma de 1926, corresponde a um avanço qualificado no sentido do aprimoramento do processo civil.

Abalado em sua contextura pelas reiteradas reformulações de seus dispositivos, modificando-lhe a estrutura original, o velho Código irá sobreviver até 1939, quando as aspirações reformistas, manifestadas em 1926 e 1932, atingem o objetivo maior de substituí-lo por um outro, mais atualizado com as doutrinas em voga.

A revogação do Código de 1876 encerra uma época da história do processo civil português.

16 — Foram profundas as alterações introduzidas pelas reformas de 1926 e 1932, não apenas na forma, mas na doutrina do velho código.

Como foi acentuado por um comentarista, “a nova legislação rompeu abertamente contra o excessivo formalismo da lei de processo, deu ao juiz novos e importantes poderes de iniciativa, em ordem a

obter-se justiça real, em vez de justiça formal, e empreendeu os primeiros passos na senda da oralidade". "O novo espírito que informava as leis reformadoras opunha-se diametralmente ao corpo de preceitos que constituía o código; por outro lado o próprio caráter inovador daquelas suscitou a necessidade de ajustamentos, que estiveram na origem de outras medidas legislativas, o que tudo concorreu para uma tremenda dispersão nesta matéria".

"Estavam criadas as condições que impunham a elaboração de um novo código" (JACINTO RODRIGUES BASTOS, Notas ao Código de Processo Civil, Lisboa 1963, vol. I, p. 36).

Por portaria de 12 de dezembro de 1933, o Ministro da Justiça, professor MANUEL RODRIGUES, encarregou o professor JOSÉ ALBERTO DOS REIS de redigir um projeto de Código de Processo Civil. Em 20 de novembro de 1935 o referido professor apresentou a primeira parte de seu trabalho, acompanhada de um relatório. Em novembro de 1936 estava concluído o Projeto, que um relatório em edição oficial da Imprensa Nacional ("Projeto de Código de Processo Civil", organizado pelo Professor JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Edição Oficial, Imprensa Nacional de Lisboa, 1936).

Por portaria de 5 de novembro de 1935 foi nomeada a Comissão Revisora, presidida pelo Ministro da Justiça, da qual faziam parte o Autor do Projeto e os seguintes vogais: DR. AMÉRICO BOTELHO DE SOUSA, presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Dr. Francisco Henriques Goís, Procurador Geral da República, Dr. Domingos Pinto Coelho, presidente do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, Dr. Heitor Martins, Juiz do Supremo Tribunal de Justiça, Dr. Ulysses Cortês, Diretor Geral da Justiça, Dr. Barbosa de Magalhães, professor da Faculdade de Direito de Lisboa e diretor da Gazeta da Relação de Lisboa e o Dr. José Gualberto de Sá Carneiro, advogado e diretor da Revista dos Tribunais.

Os trabalhos da Comissão só tiveram início em 1º de março de 1937, depois de publicado o Projeto completo, e se prolongaram até 1º de junho de 1938, tendo sido realizadas 53 sessões.

Encerrados os trabalhos da Comissão Revisora, o Autor do Projeto foi incumbido de introduzir nele as alterações que haviam sido votadas, feito o que, o Projeto é submetido ao Ministro para revisão final.

Com a colaboração do Autor, o Ministro procedeu a quatro sucessivas revisões de que resultaram importantes alterações quanto ao sistema, à doutrina e à redação do Projeto.

Finalmente, o Decreto-Lei nº 29.637, de 28 de maio de 1939, aprovou o Código de Processo Civil, e fixou o dia 1º de outubro do mesmo ano para o começo da sua vigência.

Um dia antes da data fixada para o Código começar a vigorar, o Decreto-Lei nº 29.950, de 30 de setembro de 1939, deu nova redação

a alguns artigos e inseriu um novo, entre os artigos 1.162 e 1.164, e deu outras providências atinentes ao Estatuto Judiciário.

O Projeto apresentado pelo prof. JOSÉ ALBERTO DOS REIS continha 1.304 artigos; em virtude das alterações votadas pela Comissão Revisora o número de artigos passou para 1.358; com as revisões feitas pelo Ministro da Justiça subiu para 1.565 artigos.

A razão principal deste crescimento foi a incorporação, no Projeto, da maior parte das disposições do Código de Falências. Como esclareceu o prof. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, há muito alimentava o Ministro a idéia de integrar o processo de falência no novo Código de Processo Civil. “Desde que se fundia o processo civil e comercial, acabando a dualidade de Códigos, convinha levar até ao fim o princípio da unidade”.

“Um só Código, contendo todo o processo civil e comercial — tal era a aspiração do Ministro da Justiça. E era relativamente fácil dar execução a este *desideratum*, pois que no Projeto, sob a epígrafe “Liquidação de patrimônios”, figurava o processo especial da insolvência civil, destinado à liquidação de patrimônio em benefício de credores. Como a falência corresponde à liquidação dum patrimônio em benefício de credores, estava naturalmente indicado que sob a rubrica “Liquidação em benefício de credores” se inserisse, além do processo de insolvência civil, o processo de falência” (JOSÉ ALBERTO DOS REIS, artigo sobre “O Novo Código de Processo Civil”, na Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 72, nº 2.640, maio de 1939, p. 17).

O Código promulgado em maio de 1939 tem 1.580 artigos. A falência, como processo especial de liquidação de patrimônios, está inteiramente disciplinada nos artigos 1.135 a 1.354. Nos artigos subsequentes, de 1.355 a 1.368, o Código trata da insolvência dos não comerciantes, que representa uma das mais apreciáveis inovações introduzidas no moderno processo civil pela clarividência do mestre de Coimbra.

Discorrendo sobre as características do novo Código de Processo Civil, o Autor do Projeto declarou ser fora de dúvida que o Código seguiu na esteira doutrinária em que foram moldadas as reformas feitas pelos Decretos nº 12.353, nº 13.979 e nº 21.694, e acentua que “o Decreto nº 12.353, de 22 de setembro de 1926, representa, na evolução do nosso direito processual, o passo mais ousado, a iniciativa mais corajosa, o impulso mais desembaraçado no sentido da remodelação do processo civil que tinha sido organizado pelo Código de 1876”.

Os critérios de orientação das Reformas de 1926 e 1932 foram no sentido do fortalecimento dos poderes do juiz para atuar ativamente no processo, e, na adoção do sistema da oralidade e concentração do processo.

Além da atividade e autoridade do juiz, a oralidade e a concentração do processo. “Processo oral e concentrado é o ideal para que

tende a reorganização de 1926; a oralidade não foi logo estabelecida em toda a sua amplitude; o Decreto nº 21.694, é que veio completar, nesta parte, a obra iniciada pelo Decreto nº 12.353”, lembra o mestre.

O novo Código, tendo adotado de maneira precisa e adequada os princípios da oralidade, da concentração, da atividade e da autoridade do juiz, rematou coerentemente a reforma do processo civil, a que vinha se dedicando, com tenacidade e sem desfalecimentos, o notável processualista, desde 1926.

Mas, como proclamou com superioridade, “esses princípios foram, a final, instrumentos técnicos postos ao serviço de determinados objetivos: a *rapidez*, a *simplicidade*, a *economia* e a *justiça*” (JOSÉ ALBERTO DOS REIS, artigo cit. em Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 72, nº 2.649, p. 164).

Referindo-se à reforma do processo civil em Portugal, reforma em profundidade e não reforma de superfície, cujas bases foram estabelecidas pelo Decreto nº 12.353 de 22 de setembro de 1926, confessou ele: “Esse decreto inspirou-se nas idéias fundamentais defendidas com veemência e ardor por GIUSEPPE CHIOVENDA na sua célebre “Relazione della Commissione per il dopo guerra”. A estrutura da reorganização assenta sobre os princípios basilares da *oralidade*, da *concentração* e da *atividade* do juiz”.

“A reforma iniciada em 1926 veio a ser desenvolvida e consolidada em 1939. O novo Código de Processo Civil, promulgado em 28 de maio de 1939 e que está em vigor desde 1º de outubro desse ano, recolheu os frutos da esplêndida e fecunda sementeira lançada à terra em 1926; mas não se limitou, é claro, a consagrar os princípios que o Decreto nº 12.353 proclamaria: tirou deles todas as conseqüências que logicamente comportavam e fez chegar o seu influxo até às últimas ramificações do organismo processual” (JOSÉ ALBERTO DOS REIS, “A Função do Supremo Tribunal de Justiça, segundo o Código de Processo Civil Português”, nos Studi in Onoredi Enrico Redenti, Milão 1951, vol. I, p. 387). Assim, por obra e graça do mestre de Coimbra, a pregação doutrinária de CHIOVENDA tornou-se realidade no processo civil português, um ano e cinco meses antes da sua consagração na própria terra de origem, pelo “Codice di Procedura Civile” promulgado pelo Real Decreto nº 1.443, de 28 de outubro de 1940.

16.1 — Entre as modificações efetuadas pelo Código de 1939, com relação ao sistema de impugnação das sentenças, destaca-se, como das mais relevantes, a supressão da ação rescisória contra a sentença transitada em julgado, nos casos previstos no artigo 148 do Código de 1876, e a criação do recurso extraordinário da revisão para o mesmo fim.

O artigo 677 dispõe que os recursos são ordinários e extraordinários. Os recursos ordinários são a apelação, a revista, o agravo,

a queixa e o recurso para o tribunal pleno. Os recursos extraordinários são a oposição de terceiro e a revisão.

O texto corresponde em parte ao artigo 610 do Projeto, do qual foi suprimido o recurso de embargos e substituída a carta testemunhável pela queixa.

O sistema adotado pelo Código foi de admitir os recursos ordinários enquanto a decisão não transita em julgado (art. 677, § único) e os recursos extraordinários depois do trânsito em julgado da sentença ou acórdão (arts. 771 e 778).

A substituição da ação rescisória pelo recurso extraordinário de revisão foi proposta no Projeto, cujo artigo 733 dispunha: “A parte vencida pode pedir a revisão de qualquer sentença passada em julgado, por algum dos fundamentos seguintes”: seguindo-se a enunciação de seis itens que serviam de fundamento para o recurso.

Dos seis itens arrolados, apenas, o constante do número 6 — “quando a sentença for contrária a outra que constituía caso julgado para as partes, formado anteriormente, se o vencido mostrar que não teve conhecimento dele enquanto o processo esteve pendente” — é realmente uma inovação. Os demais reproduzem o disposto nos 5 itens do art. 148, do Código de 1876.

O novo Código, ao tratar dos fundamentos do recurso de revisão, dispõe no art. 771: “A revisão de qualquer sentença passada em julgado só pode ser requerida por algum dos fundamentos seguintes”. O artigo enumera a seguir 7 itens, sendo os 6 constantes do Projeto e mais um (nº 5) com este teor: “quando for nula, por irregularidade de mandato ou insuficiência de poderes do mandatário, a confissão, desistência ou transação a que se referem os artigos 298 e seguintes, salvo se a sentença de homologação tiver sido notificada pessoalmente ao mandante”.

Nas anotações ao Código, JOSÉ ALBERTO DOS REIS escreveu a propósito deste assunto: “O art. 771 do Cód. atual corresponde ao art. 148 do Cód. de 1876. O confronto entre os dois textos mostra: 1º) Que no Cód. anterior a matéria se achava colocada no livro 1º — Do processo em geral — sob a epígrafe “Do caso julgado”, ao passo que no Cód. atual está inserta no capítulo “dos recursos” — (cap. 6º do título 2º, do livro 3º); 2º) Que o Cód. em vigor considera a revisão como *recurso extraordinário*, enquanto o Cód. velho encarava o tema como *ação* de anulação de sentença transitada em julgado; 3º) Que os fundamentos do recurso de revisão coincidem, na sua maior parte, com os fundamentos anteriores da ação anulatória do caso julgado. A diferença principal consiste em o art. 771 ter acrescentado dois fundamentos novos: os dos nºs 5 e 7” (JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Código de Processo Civil anotado, Coimbra 1953, vol. VI, p. 334).

Para caracterizar a natureza jurídica da revisão, como meio adequado para desfazer a coisa julgada, procedeu o autor a um perti-

nente exame da legislação comparada, concluindo: “Como acabamos de ver, o recurso em causa tem na lei francesa a designação de “requete civile”, na italiana o nome de “revogação”, nas leis espanhola, alemã e austríaca a denominação de “revisão” e na lei brasileira figura com o título de ação rescisória de sentença. Se agora atentarmos na sua fisionomia, havemos de reconhecer que se trata de uma *ação* apresentada sob a *forma* de recurso, ou de um misto de recurso e de ação” (JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Cód. de Proc. Civil anotado, cit. vol. VI, p. 333).

Na história do processo civil português a revisão da sentença, do Código de 1939, deita suas raízes na Revista de Justiça, das Ordenações Manuelinas, de 1521, Liv. III, Tít. 78, a qual, também, podia ser caracterizada “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 liberada probatória”, conforme procuramos demonstrar (retro nº 10.1, p. 41).

O egrégio processualista, entretanto, com as vistas voltadas para os Códigos estrangeiros contemporâneos, acabou olvidando aquela figura ancestral da revisão, de genuína estirpe lusitana.

Noutro passo, dissertando sobre a natureza jurídica da revisão, afirmou que “se analisarmos com atenção a estrutura processual da revisão, chegamos a este resultado: a revisão tem caráter *híbrido*, é um misto de recurso e de ação. Com efeito, nas duas primeiras fases (fase liminar e fase rescindente) a revisão apresenta a feição de recurso; na terceira fase (fase rescisória) a revisão assume a natureza de ação propriamente dita” (op. cit. vol. VI, p. 37), que é o que ocorria com a antiga Revista de Justiça.

Os tribunais portugueses, no entanto, têm entendido que o recurso de revisão é uma verdadeira ação. A denominação não importa; trata-se verdadeiramente de uma ação e não de um recurso no sentido técnico-jurídico, de rigor (cf. op. cit. p. 373).

Consoante a regra estabelecida no art. 772, o recurso da revisão será interposto perante o tribunal que proferiu a decisão a rever.

O dispositivo gerou algumas dúvidas quanto à competência das Relações e do Supremo Tribunal de Justiça, quando o julgamento da revisão envolvesse matéria de fato.

Segundo o entendimento de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, a questão se resolve à luz da distinção marcada entre o juízo *rescindens* e o juízo *rescissorium*; o primeiro será a Relação, ou o Supremo Tribunal de Justiça; o segundo será o tribunal de 1ª instância, ao qual, há-de baixar o processo, em cumprimento da alínea *b* do art. 775 (op. cit. p. 379).

O art. 775 enuncia, com efeito, uma norma que permite distinguir os dois juízos, *rescindens* e *rescissorium*, no caso do tribunal tomar conhecimento do fundamento do recurso e o julgar procedente.

Dando provimento ao recurso (juízo *rescindens*) o tribunal ordenará:

- a) que fique sem efeito a sentença, no caso do nº 7 do art. 771;
- b) que fiquem sem efeito todos os termos do processo posteriores à citação do réu, ou ao momento em que devia ser feita, no caso do nº 6, e que o réu seja citado para a causa;
- c) nos casos dos nºs 1 e 3, que seja proferida nova sentença, procedendo-se às diligências absolutamente indispensáveis e dando-se a cada uma das partes o prazo de oito dias para alegar por escrito;
- d) nos casos da segunda parte do nº 2, da primeira parte do nº 4 e do nº 5, que se sigam os termos necessários para a causa ser novamente instruída e julgada, aproveitando-se a parte do processo que o fundamento da revisão não tenha prejudicado.

O cumprimento do que tiver sido determinado pelo tribunal integra o juízo *rescissorium*; que pode ter lugar no mesmo tribunal que proferiu o juízo *rescindens*, ou em primeira instância, conforme os casos, ou, ainda, não ocorrer por ter sido absorvido pelo juízo *rescindens*, como no caso do nº 7 do art. 771.

O art. 776 completa o sistema quanto à distinção entre os dois juízos, dispondo que: nos casos da primeira parte do nº 2 (alegação de falsidade de documento) e da segunda parte do nº 4, do art. 771 (existência de fundamento para revogar a confissão, desistência ou transação), o tribunal, examinadas as provas oferecidas e efetuadas quaisquer diligências que entenda necessárias, decidirá se o recurso deve ter seguimento. Quando o recurso haja de seguir, mandar-se-ão observar os termos necessários para se conhecer do fundamento do recurso (juízo *rescindens*) e para se julgar novamente a causa (juízo *rescissorium*).

Quando o fundamento da revisão é uma questão de fato, como nos casos dos nºs 2 e 3, do art. 771, entende o eminente processualista que o recurso terá, quase sempre, de ser requerido em 1ª instância, uma vez que os tribunais superiores só decidiram questões de direito, tendo a matéria de fato ficado arrumada em 1ª instância pela sentença que se quer rever.

O tribunal, a que se refere o art. 772, pode ser, indiscriminadamente, tanto o tribunal de comarca (art. 67) como a Relação (art. 71) como o Supremo Tribunal de Justiça (art. 72), tudo dependendo do fundamento do recurso e da sentença impugnada.

O professor BARBOSA DE MAGALHÃES, que integrou a Comissão Revisora do Projeto do Código, em primoroso estudo intitulado “Da Instância e do seu começo”, examinou as diversas acepções do vocábulo instância, concluindo que “a instância é a relação jurídica processual”, e como o processo é uma relação jurídica, segundo o próprio Código, (art. 672), pode dizer-se que, afinal, instância equivale ao *processo*” (BARBOSA DE MAGALHÃES, Estudos sobre o novo Código de Processo Civil, Lisboa 1940, tomo I, p. 239, 40).

No desenvolvimento do tema, ao tratar dos recursos afirma, coerentemente com seu entendimento, que “a interposição de recurso é que não importa a constituição de nova instância. A relação jurídica processual continua a mesma sem alteração sequer”.

O ilustre Autor faz, entretanto, uma ressalva: “referimô-nos aos recursos ordinários; os extraordinários tanto a revisão como a opposição de terceiro, constituem uma nova instância, por isso que ambos se destinam a atacar o caso julgado (arts. 771 e 778) e em ambos a parte contrária tem de ser notificada pessoalmente (arts. 774 e 781)” — (op. cit. p. 271, 2).

O Autor do Projeto discorda desse entendimento, com os seguintes argumentos:

“É fora de dúvida que com o trânsito em julgado da sentença a instância iniciada pela propositura da ação respectiva (art. 267) extinguiu-se (art. 292). A parte vencida interpõe o recurso de revisão, o que sucede?”.

“Sucede que se abre uma instância, a qual morre ao nascer, se o requerimento é indeferido, ou prossegue, se o juiz lavra despacho de admissão”.

“Abre-se uma instância, mas que instância: uma instância *nova* e *diferente* da que se extinguiu, ou a *mesma* instância que o caso julgado encerrara?”

“Parece-nos claro que esta instância aberta pelo recurso de revisão é a própria instância que o caso julgado extinguiu. Quer dizer, opera-se o fenômeno que SÁ CARNEIRO aponta: a instância: *revive*, *ressurge*, por virtude do recurso extraordinário de revisão”.

“Com o recurso de revisão pretende-se um *novo exame* da *mesma* causa. Se o recurso obtém provimento ou está em condições de seguir, o processo anterior retoma o seu vigor, exceto na parte prejudicada pela procedência do fundamento da revisão, e vai-se instruir, discutir e julgar de novo a *mesma* ação”

“Se o processo anterior subsiste e entra outra vez em movimento na parte não afetada pela rescisão, é evidente que se produz, não a formação duma instância nova, mas o ressurgimento, o restabelecimento da instância anterior” (JOSÉ ALBERTO DOS REIS, op. cit. vol. VI, p. 376).

Os argumentos são deveras impressionantes e seriam de irrefutável procedência no caso de se admitir que a revisão é um recurso no sentido técnico-jurídico, uma vez que a função do recurso é reiterar a instância da ação.

Desde que se considere a revisão como uma verdadeira ação apresentada sob a forma de recurso — que é a opinião do Autor (op. cit. vol. VI, p. 333) — parece difícil concordar com o Mestre, porquanto a função da ação é precisamente a de iniciar a instância, nos exatos termos do art. 267: “a instância inicia-se pela proposição da ação”. A uma nova ação corresponde uma nova instância, ou seja uma nova relação jurídica processual.

Neste sentido tem-se orientado a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.

A conclusão a que se chega é de que a reforma realizada pelo Código de 1939, suprimindo a ação rescisória do Código revogado para instituir o recurso extraordinário da revisão com a mesmíssima função — a ponto de continuar sendo considerada a revisão como uma ação sob a forma de recurso — terá sido uma reforma apenas formal, que visou antes ao aspecto sistemático da ubicação do instituto que à modificação de sua natureza jurídica.

16.2 — Fiel à orientação doutrinária que inspirou os trabalhos da reforma processual a que vinha se dedicando desde 1926, e, coe-rente com a crítica formulada a propósito da nova redação dada ao artigo 1.148, do Código de 1876, que restringiu o cabimento do Recurso de Revista aos acórdãos definitivos das Relações proferidas sobre o recurso da apelação, que não tomarem conhecimento da apelação, ou que julgarem esse recurso, concedendo-lhe ou negando-lhe provimento, quando, no seu entender, “devia restringir-se ainda mais: o domínio da revista”, que devia ser reservada para os acórdãos que conhecessem das apelações, devendo ser o agravo o recurso a interpor dos acórdãos que não tomassem conhecimento da apelação, (JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Breve estudo, cit. p. 555), o Mestre de Coimbra colocou no Projeto a dualidade dos recursos, de acordo com seu antigo entendimento, tendo o novo Código acolhido e sufragado a modificação.

O art. 658 do Projeto dispõe que “cabe o recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça:

1º) Das sentenças dos juizes de direito proferidas sobre recurso de apelação, quando conhecerem do objeto do recurso e se verificarem os casos da segunda parte do art. 611;

2º) Dos acórdãos das Relações proferidos sobre recurso de apelação, quando conhecerem do objeto do recurso”.

Esses dispositivos passaram para o Código com ligeiras alterações de redação. Artigo 721. “Cabe o recurso de revista: 1º) Da sentença

do tribunal de comarca proferida sobre recurso de apelação, quando conhecer do objeto do recurso e se verificarem os casos da segunda parte do art. 678; 2º) Do acórdão da Relação proferida sobre recurso de apelação, quando conhecer do objeto do recurso”.

O fundamento do recurso de revisão dispõe o art. 722, é a violação da lei substantiva por erro de interpretação ou de aplicação; mas pode alegar-se acessoriamente alguma das nulidades previstas nos arts. 668 e 717, depois de ter sido proferida sentença ou acórdão sobre a arguição.

Por lei substantiva, declara o § 1º, devem entender-se as regras de direito, de caráter substantivo, emanadas dos órgãos da soberania, nacionais ou estrangeiros; os usos e costumes quando tenham força de lei; as convenções e tratados internacionais.

No § 2º, é estabelecida a regra que o erro na apreciação das provas e na fixação dos fatos materiais da causa não pode ser objeto de recurso de revista, salvo havendo ofensa de uma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do ato ou fato ou que fixe a força de determinado meio de prova.

Igualmente, nesses dispositivos repetiu-se, com alterações de redação, o disposto no art. 659 e seus §§ do Projeto.

Com fundamento nesses textos precisos e taxativos assentaram-se os dois princípios: que o Supremo Tribunal de Justiça é um tribunal de revista que só conhece de questões de direito; e que o recurso de revista só cabe contra o erro de direito consistente na má interpretação ou na aplicação incorreta da lei *substantiva* (cf. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Código de Processo Civil, anotado, cit. vol. VI, p. 2).

O erro na apreciação das provas e na fixação dos fatos materiais da causa não pode ser objeto de recurso de revista, como dispõe o § 2º do art. 722, de sorte que, as questões de fato ficam arrumadas definitivamente na Relação, cumprindo ao Supremo, no dizer de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, acatar a decisão do tribunal de 2ª instância sobre a matéria de fato; a sua função é definir o regime jurídico adequado aos fatos fixados pela Relação e fazer aplicação dele a esses fatos. O Supremo não é um tribunal de 3ª instância; é um tribunal *de revista* (op. cit. vol. VI, p. 28).

No Projeto, o recurso de Agravo para o Supremo Tribunal de Justiça está previsto no art. 698, para os casos enumerados nos seus três itens, podendo ter por fundamento alguma das causas arroladas no art. 699 e seus números.

O Código acolheu e reproduziu, com algumas modificações, o sistema do Projeto.

Dispõe o art. 754: Cabe recurso de agravo para o Supremo Tribunal: 1º) Da sentença do tribunal de Comarca a que se refere a exceção estabelecida na última parte do art. 796; 2º) Do Acórdão

da Relação que admita recurso, salvo nos casos em que couber recurso de revista ou de apelação.

Art. 755: O agravo pode ter por fundamento: 1º) as nulidades dos artigos 668 e 717; 2º) a incompetência absoluta do tribunal ou a ofensa do caso julgado; 3º) a violação ou a errada aplicação da lei substantiva ou da lei de processo; § 1º) É aplicável ao recurso de agravo o disposto no § 2º do art. 722;

§ 2º A nulidade de sentença ou acórdão e a de processo só podem ser invocadas como fundamento de recurso depois de terem sido arguidas e em agravo interposto do acórdão proferido sobre a arguição.

O art. 756 dispõe sobre os casos em que o Agravo sobe imediatamente para o Supremo, referindo expressamente no item 2, o agravo interposto de acórdão da Relação que conhecer do objeto do agravo ou se abster de conhecer do objeto do agravo ou *da apelação*.

Essa regra reproduz o disposto no nº 2 do art. 700 do Projeto e corresponde à doutrina preconizada pelo imenente reformador do processo civil português.

Quando a Relação não tomar conhecimento do objeto da apelação, o recurso a interpor para o Supremo é o Agravo, com fundamento no art. 754, nº 2, que sobe imediatamente, art. 756, nº 2.

Do mesmo modo, se ocorrer violação da lei de processo o recurso contra o acórdão da Relação será o Agravo, com fundamento no art. 755, nº 3.

O Supremo está em relação ao recurso de Agravo na mesma posição que perante o recurso de Revista; conhece unicamente de questões de direito.

Quanto às nulidades, o Código tratou separadamente das nulidades da sentença, no art. 668, e das nulidades do acórdão, no art. 717.

É nula a sentença: 1º) quando omitir os nomes das partes e a assinatura do juiz; 2º) quando não especificar os fundamentos de fato e de direito que justificam a decisão; 3º) quando os fundamentos estiverem em oposição com a decisão; 4º) quando o juiz deixar de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conhecer de questões de que não podia tomar conhecimento; 5º) quando condenar em quantidade superior ou em objeto diverso do pedido.

Dispõe o art. 669 que, se a sentença foi omissa quanto a custas ou contiver alguma das nulidades mencionadas no art. 668, pode qualquer das partes requerer, dentro do prazo fixado para o recurso, que é de oito dias, art. 686, que a omissão ou a nulidade seja suprida. Será ouvida a parte contrária, que poderá responder dentro de três dias, e em seguida se decidirá. Se o requerimento for atendido, a decisão considera-se como um complemento da sentença e dela fará parte integrante.

É nulo o acórdão quando se verificar algum dos casos previstos no art. 668, ou quando for lavrado contra o vencido.

As nulidades do acórdão, como as da sentença da 1ª instância, devem também ser arguidas mediante o processo estabelecido no art. 669. O relator, ouvida a parte contrária, levará os autos à conferência para se decidir sobre a arguição.

De acordo com a regra estabelecida no § 2º do art. 755, a nulidade de sentença ou acórdão e a de processo só podem ser invocadas como fundamento do recurso de Agravo para o Supremo, depois de terem sido arguidas e em agravo interposto do acórdão proferido sobre a arguição.

O Código modificou, nem sempre para melhor, o sistema do Código de 1876, prescrevendo para a arguição das nulidades processuais um outro regime, que peca pelo formalismo e contribuiu por dificultar o entendimento de qual o recurso cabível para o Supremo, se o Agravo ou a Revista, bem como para dilatar o julgamento definitivo da nulidade.

Uma eloqüente demonstração dessa dificuldade colhe-se na exposição apresentada pelo emérito processualista, ao comentar o nº 1 do art. 775, na qual realizou uma verdadeira acrobacia mental para elucidar como deve funcionar o sistema de recursos em matéria de nulidades (cf. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, op. cit. vol. VI, p. 207).

Com a finalidade de explicar, além fronteiras, a estrutura e as características do Supremo Tribunal de Justiça, em confronto com o Tribunal de Cassação existente em outros países da Europa, o Mestre de Coimbra pôs em evidência que os traços marcantes do perfil do Tribunal, considerado no seu aspecto funcional, podem condensar-se assim:

- a) o Supremo Tribunal conhece unicamente de questões de direito;
- b) a sua decisão é definitiva;
- c) o Tribunal não se limita a cassar a decisão de segunda instância; depois de definir e declarar o direito em relação à espécie controvertida, aplica ele mesmo a solução jurídica aos fatos que os tribunais de instância estabeleceram e fixaram;
- d) resolve os conflitos de jurisprudência, emitindo assentos com força obrigatória.

São dois os recursos por meio dos quais se provoca o exercício da atividade do Supremo Tribunal: o recurso de Revista e o recurso de Agravo.

Ao contrário do que se verifica na França e na Itália, o regime instituído pelo Código de 1939 atribui ao julgamento desses recursos pelo Supremo uma feição especial, que permite diferenciá-lo da casação francesa e italiana. O Supremo Tribunal, ao mesmo tempo que

rescinde a decisão recorrida, profere novo julgamento destinado a substituir a sentença ou acórdão impugnado mediante o recurso.

O *iudicium rescindens* não se distingue do *iudicium rescisorium*.

O sistema português é muito semelhante ao do Código de Processo Civil alemão; é um sistema de *revisão*, e não um sistema de cassação. O Supremo Tribunal não é um tribunal de 3ª instância, porque não conhece das questões de fato; mas é um tribunal de *revista*, porque, em vez de limitar o seu exame à apreciação dos motivos de impugnação alegados pelo recorrente, pode revogar o acórdão ou a sentença recorrida por fundamentos jurídicos diversos. No que respeita ao aspecto do direito, o novo exame do Supremo Tribunal é *completo*.

Nesse excelente estudo, o autor intelectual do novo Código de Processo Civil não se limitou à exposição do sistema português, em confronto com o de outros Códigos europeus, mas expendeu convincente e segura argumentação no sentido de demonstrar sua superioridade (cf. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, A função do Supremo Tribunal de Justiça segundo o Código de Processo Civil Português, nos "Studi in Onore di Enrico Redenti", cit. p. 387).

17 — O Código de Processo Civil, de 1939, esteve em vigor até abril de 1962, quando passou a vigorar o novo Código aprovado pelo Decreto-Lei nº 44.129, de 28 de dezembro de 1961.

Como se declara na Lei Preambular de aprovação do novo Código, o Código de 1939 marca um avanço extraordinário no campo das instituições processuais. "Isso não impediu, porém, que, ao lado de inúmeros estudos de índole predominantemente exegética, a publicação do novo estatuto do processo civil suscitasse muitas críticas e reações de várias ordens; umas, fruto apenas da resistência que a rotina jamais deixa de opor ao progresso das instituições jurídicas, na medida em que progredir significa necessariamente certo rompimento com o passado; outras, que se avolumaram à medida que o tempo foi correndo, provenientes de reais deficiências de previsão do legislador ou defeituosa regulamentação dos princípios básicos estabelecidos" "Assim se explica que, pouco mais de vinte anos volvidos sobre o começo da vigência do Código, já hoje se reconhece a necessidade urgente de rever certas soluções nele consagradas, de corrigir algumas das suas imperfeições e de solucionar muitas das dúvidas de interpretação que a aplicação dos novos textos a pouco e pouco têm suscitado".

O trabalho de revisão do Código foi confiado pelo Ministro da Justiça ao professor JOSÉ ALBERTO DOS REIS, que reunia à sua condição de autor intelectual do diploma a ser revisto, a de ser respeitado como a maior autoridade em direito processual civil, em Portugal.

Com a morte do eminente professor, ocorrida em 2 de setembro de 1955, o Ministro da Justiça modificou o primeiro plano de trabalho.

Em lugar do revisor único, foi nomeada uma Comissão, presidida pelo Conselheiro EDUARDO COIMBRA e composta pelo professor ADELINO DA PALMA CARLOS, da Faculdade de Direito de Lisboa, Conselheiro EURICO LOPES CARDOSO, Desembargadores ARMANDO SIMÕES PEREIRA e DIAS FREIRE e DR. LOPES NAVARRO, Procurador Geral da Justiça. Este último afastou-se da Comissão, que posteriormente veio a ser integrada pelos Conselheiros SOUSA MONTEIRO e JOSÉ OSÓRIO e pelo Desembargador ANTONIO FERREIRA PEDROSA, Diretor Geral da Justiça.

O Ministro da Justiça, professor JOÃO DE MATTOS ANTUNES VARELA, assistiu e presidiu muitas vezes às sessões da Comissão, e procedeu às últimas revisões dos trabalhos elaborados pela Comissão.

Os projetos de revisão referentes aos recursos ordinários e ao recurso para o tribunal pleno, de autoria do DR. LOPES NAVARRO; aos recursos extraordinários de revisão e de oposição de terceiro, do Conselheiro EDUARDO COIMBRA; ao processo de execução, processos preventivo e conservatório e incidentes da instância, do Conselheiro LOPES CARDOSO, foram publicados em 1958, em edição da Imprensa Nacional.

No Boletim do Ministério da Justiça foram publicados os projetos de alteração de diferentes capítulos do Código de autoria do prof. ADELINO DA PALMA CARLOS (Boletim nº 102, p. 5), do Conselheiro JOSÉ OSÓRIO (nº 104, p. 38), do Desembargador ARMANDO SIMÕES PEREIRA (nº 113, p. 13), tendo o texto integral do Projeto, após a primeira revisão ministerial, sido publicado no mesmo Boletim, nº 121, p. 5.

O Decreto-Lei nº 29.637, de 28 de maio de 1939, que aprovou o revogado Código de Processo Civil, dispunha no art. 4º que “todas as modificações que de futuro se fizerem sobre matéria contida no Código de Processo Civil serão consideradas como fazendo parte dele e inseridas em lugar próprio, devendo essas modificações ser sempre efetuadas por meio de substituição dos artigos alterados, supressão dos artigos inúteis, ou pelo adicionamento dos que forem necessários”.

Os trabalhos da Comissão Revisora se orientaram nesse sentido. Cedo se fez sentir, no entanto, perante o volume crescente das alterações aprovadas, a dificuldade de manter a orientação estabelecida. Ademais, como se declara no Relatório, “reconheceu-se a conveniência de dar ao diploma a estrutura formal prevista para o novo Código Civil e que tem incontestáveis vantagens de clareza, de simplificação e de individualização dos diferentes preceitos legais” Ainda assim, houve a preocupação constante de respeitar, na medida do possível, a ordenação sistemática das matérias e a própria localização do articulado, só deslocando os preceitos a que se julgou necessário ou grandemente vantajoso dar uma outra arrumação”.

O Código de 1962 conservou a estrutura fundamental do Código de 1939 e manteve integral fidelidade aos princípios doutrinários que nortearam os trabalhos do Mestre de Coimbra na sua elaboração.

As alterações introduzidas dizem respeito mais à sistemática, à forma e ao feitio, que verdadeiramente à índole e à substância dos institutos processuais que foram modificados.

Não existe entre os dois aquela radical diferença que caracterizou o Código de 1939 como um Código inteiramente novo, em relação ao de 1876. Visto por esse aspecto, o Código de 1962 pode ser considerado como uma segunda edição, revista e melhorada do Código de 1939. É inegável, porém, o alto merecimento das alterações, que, contribuíram para o aperfeiçoamento do Estatuto processual, quanto à sistemática da distribuição das matérias, à técnica da divisão e classificação dos dispositivos, à simplicidade, precisão e clareza dos textos, bem como pelas novas regras introduzidas, mais condizentes com o estágio de progresso atingido pela doutrina do direito processual civil.

17.1 — Poucas foram as modificações de fundo a propósito da impugnação da sentença mediante os recursos ordinários da Revista e do Agravo, e da revogação da sentença transitada em julgado pelo recurso extraordinário da Revisão.

De modo geral as alterações restringiram-se à forma, com o objetivo de simplificar a redação tornando os textos mais claros e precisos, como se verifica do confronto entre os dispositivos do Código de 1939 e os correspondentes do novo Código.

Quanto à Revista, foi abolido o cabimento do recurso contra sentença do tribunal de comarca, ficando limitado “ao acórdão da Relação, proferido sobre recurso de apelação quando conheça do mérito da causa”.

Os limites impostos ao cabimento do recurso contribuem para valorizar a Revista.

No Código revogado o recurso era admitido contra o acórdão da Relação proferido sobre recurso de apelação, “quando conhecer do objeto do recurso”.

A fórmula do atual é mais condizente com a finalidade da Revista, de reparar a violação da lei, que ocorre geralmente no julgamento do mérito da causa.

No nº 3, do art. 721, foi reproduzido o texto do § 1º do art. 722, do Código de 1939, do seguinte teor: “Por lei substantiva devem entender-se: as regras de direito de caráter substantivo, emanadas dos órgãos da soberania, nacionais ou estrangeiros; os usos e costumes, quando tenham força de lei; as convenções e tratados internacionais”.

Em razão da entrada em vigor do novo Código Civil, o governo promulgou o Decreto-Lei nº 47.690, de 11 de maio de 1967, introduzindo modificações no Código de Processo Civil, com o fim quase exclusivo de consagrar as inovações e alterações exigidas para estabelecer a indispensável harmonia entre as disposições dos dois Códigos.

Ao texto do nº 3, do art. 721, supratranscrito, o Decreto-Lei nº 47.690 deu esta redação: “Para os efeitos deste artigo, consideram-se como lei substantiva as disposições genéricas, de caráter substantivo, emanadas dos órgãos da soberania, nacional ou estrangeiro, constantes de convenções ou tratados internacionais”.

Foi abolida, no novo texto, a equiparação dos usos e costumes, com força de lei, à lei substantiva, para autorizar o cabimento da Revista.

A respeito do Agravo para o Supremo Tribunal, a alteração de fundo introduzida pelo novo Código reduziu-se à supressão do disposto no § 2º, do art. 755 do Código de 1939, que previa a incompetência absoluta do tribunal ou ofensa do caso julgado, como fundamento do recurso, tendo sido mantida a estrutura do recurso, tal como estabelecido naquele Código, com algumas modificações de redação dos correspondentes artigos.

Pelo Decreto-Lei nº 47.690 foram modificados os textos de alguns dispositivos concernentes ao procedimento e ao julgamento do Agravo, sem atingir, contudo, a índole e a finalidade desse recurso.

O recurso extraordinário da Revisão da sentença transitada em julgado, também, foi conservado nos mesmos moldes.

O art. 771 reproduziu, em substância, a matéria contida no artigo do mesmo número do Código anterior, melhorando de forma apreciável a redação dos seus itens e alterando o conteúdo de alguns deles, de sorte a tornar mais seguras a interposição do recurso e sua eficácia.

O art. 771 dispõe:

“A decisão transitada em julgado só pode ser objeto de revisão:

- a) Quando se mostre, por sentença criminal passada em julgado, que foi proferida por prevaricação, concussão, peita, suborno ou corrupção do juiz ou de algum dos juizes que na decisão intervieram;
- b) Quando se apresente sentença já transitada que tenha verificado a falsidade de documento ou ato judicial, de depoimento ou das declarações de peritos, que possam em qualquer dos casos ter determinado a decisão a rever. A falsidade de documento ou ato judicial não é, todavia, fundamento de revisão, se a matéria tiver sido discutida no processo em que foi proferida a decisão a rever;
- c) Quando se apresente documento de que a parte não tivesse conhecimento, ou de que não tivesse podido fazer uso, no processo em que foi proferida a decisão a rever e que, por si só, seja suficiente para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida;
- d) Quando tenha sido revogada, por sentença, já transitada, a confissão, desistência ou transação em que se fundasse a decisão;

e) Quando seja nula a confissão, desistência ou transação, por violação do preceituado nos artigos 37 e 297, sem prejuízo do que dispõe o nº 5 do artigo 300;

f) Quando, tendo corrido a ação e a execução à revelia, por falta absoluta de intervenção do réu, se mostre que faltou a sua citação ou é nula a citação feita;

g) Quando seja contrária a outra que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente”.

No item b) foi suprimida a primeira parte do dispositivo do Código anterior, que permitia a interposição do recurso com fundamento na simples alegação da falsidade de documento ou ato judicial, mantendo-se a exigência da apresentação de sentença transitada, que tenha verificado a falsidade, como dispunha a segunda parte do nº 2 daquele Código.

No item d) foi suprimida a expressão “ou houver fundamento para revogar”, constante do nº 4, do Código anterior, e estabelecido como fundamento que a confissão, desistência ou transação já tenha sido revogada por sentença transitada.

A redação desse item d) foi modificada pelo Decreto-Lei nº 47.690, sendo atualmente a seguinte: “Quando tenha sido declarada nula ou anulada, por sentença já transitada, a confissão, desistência ou transação em que a decisão se fundasse”.

A substituição do vocábulo “revogada” pela expressão “declarada nula ou anulada”, terá sido motivada, segundo o entendimento de LOPES CARDOSO, para adaptar-se o texto à terminologia usada no Código Civil (LOPES CARDOSO, Código de Processo Civil Anotado, 4ª ed., p. 418).

17.2 — É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a enumeração do artigo 771 é taxativa e não exemplificativa, como decorre do emprego do advérbio só na redação do dispositivo.

Por esse motivo, a decisão judicial transitada em julgado não poderá ser reexaminada em recurso de Revisão por qualquer outro fundamento, nem sequer por via de algum outro remédio, quando não haja fundamento para a Revisão, como esclareceu o professor MANUEL DE ANDRADE, com a concordância do professor JOSÉ ALBERTO DOS REIS e de JOSÉ DOS SANTOS SILVEIRA (cf. MANUEL DE ANDRADE, Noções elementares de Processo Civil, cit. p. 228; JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Código de Processo Civil, anotado, cit. vol. VI, p. 371; JOSÉ DOS SANTOS SILVEIRA, Impugnação das Decisões, cit. p. 459).

O respeito à autoridade do caso julgado só cede em razão da Revisão por algum dos fundamentos acolhidos no Código.

O recurso deve ser interposto no tribunal onde estiver o processo em que foi proferida a decisão a rever, mas é dirigido ao tribunal que a proferiu (art. 772, 1).

O prazo para a interposição do recurso é de trinta dias, contados desde o trânsito em julgado da sentença em que se funda a Revisão, nos casos das alíneas a), b) e d) do art. 771, e, nos outros casos, desde que a parte obteve o documento ou teve conhecimento do fato que serve de base à Revisão (art. 772, 2).

O recurso, entretanto, não pode ser interposto se tiverem decorrido mais de cinco anos sobre o trânsito em julgado da decisão a rever (art. 722, 2).

O sistema é o mesmo do Código revogado, que o instituiu em decorrência da substituição da ação rescisória, do Código de 1876, pelo recurso da Revisão.

Aqui termina a pesquisa.

18 — O presente trabalho insere-se, como novo capítulo, na linha dos anteriores sobre a revogação da sentença, no direito romano e na Península Ibérica, com o escopo de descrever a trajetória dos meios conhecidos no Direito Lusitano com a finalidade de atacar a sentença já transitada em julgado.

É, assim, mais um elo, e dos mais importantes, no estabelecimento da genealogia da ação rescisória.

Para delinear o perfil histórico da revogação da sentença, desde os primórdios, na formação do Direito Lusitano, até os dias atuais, foi necessário incursionar pela História do Direito, no exame cronológico de fatos e de épocas, no estudo pormenorizado de leis e de Códigos, na exposição de textos e na interpretação de Autores, de modo a possibilitar uma visão segura de sua evolução.

Não obstante, não pode, em verdade, ser considerado como um estudo de História do Direito Lusitano. Antes, como trabalho de pesquisa que é, bem mais modesto é seu objetivo: indicar aos processualistas brasileiros as fontes genuínas para o estudo da história da revogação da sentença no Direito Lusitano, como ancestral direto da nossa ação rescisória. Um roteiro e não uma construção.

O aparato bibliográfico que ostenta subordina-se a essa finalidade. Nada mais.

Arcadas, maio de 1982.

NOTA: Foram conservadas as grafias dos nomes próprios e dos títulos de obras e a ortografia dos textos transcritos entre aspas.

Bibliografia Utilizada

- ALMEIDA, Cândido Mendes de — Código Philippino, 14ª ed., Rio de Janeiro, 1870.
- AMARAL, Antonio Caetano do — Memoria V, para a História da Legislação e Costumes de Portugal, Edição preparada pelo prof. M. Lopes de Almeida, Livraria Civilização Editora, Porto s. d.
- ANDRADE, Antonio Alberto — Verney e a Cultura de seu tempo, Edição da Universidade, Coimbra, 1965.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de — Noções elementares de Processo Civil, Coimbra, 1944.
- BARROS, Henrique da Gama — História da Administração Pública em Portugal, 2ª ed., Sá da Costa, Lisboa.
- BASTOS, Jacinto Rodrigues — Notas do Código de Processo Civil, tomos I e II, Lisboa, 1963.
- BEVILAQUA, Clóvis — História da Faculdade de Direito do Recife, 2 volumes, Rio de Janeiro, 1927.
- BOLETIM do Ministério da Justiça, Lisboa.
- BRANCO, Camillo Castello — Perfil do Marquês de Pombal, 2ª ed., Porto, 1900.
- CABEDO, Georgio de — Practicarum observationum sive Decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae, Ulyssipone, MDCIV.
- CABRAL, Antonio Vanguerve — Practica Judicial, Lisboa, 1730.
- CAETANO, Marcello — Lições de História do Direito Português, Coimbra, 1962.
- CAMARA, José Gomes B. — Subsídios para a História do Direito Pátrio, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1973.
- CARDOSO, Eurico Lopes — Código de Processo Civil, Antonio, 4ª ed., Coimbra, 1972.
- CARVALHO, João da Cunha Neves e — MEMORIA sobre que autoridade teve entre nós o Código dos Visigodos, em MEMORIAS da Real Academia das Ciências, tomo VI, parte II, Lisboa, 1820.
- CARVALHO, Laerte Ramos de — As Reformas Pombalinas da Instrução Pública, ed. Saraiva EDUSP, São Paulo, 1978.
- CASTRO, Emmanuele Mendes de — Practica Lusitana, Conimbricae, 1739.
- CASTRO, Gabrielis Pereira de — Tractatus de Manu Regia, Lugduni, MDCCLXXIII.
- CASTRO, Neves e — Manual do Processo Civil, Coimbra, 1881.
- CÓDIGO de Processo Civil, Edição revista pelo Prof. José Alberto dos Reis, Coimbra, 1944.
- CÓDIGO de Processo Civil, Livraria Almeida, Coimbra, 1962.
- COSTA, Mario Julio de Almeida — Verbete "Ordenações" do Dicionário de História de Portugal, dirigido por Joel Serrão, vol. 3, Iniciativas Editoriais, Porto, s. d.
- COSTA, Moacyr Lobo da — Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua Literatura, Ed. Rev. Tribs. e EDUSP, São Paulo, 1970.
- COSTA, Moacyr Lobo da — O agravo no Direito Lusitano, ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1974.
- COSTA, Moacyr Lobo da — A revogação da sentença no Direito Romano, em Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. 77, fascículos 1º e 2º, São Paulo, 1977.
- COSTA, Moacyr Lobo da — A revogação da sentença na Península Ibérica, São Paulo, 1979.

- CRUZ, Guilherme Braga da — *Ligões de História do Direito Português*, Coimbra, 1955.
- CRUZ, Guilherme Braga da — *O direito subsidiário na história do Direito Português*, Coimbra, 1975.
- CUERPO del DERECHO ROMANO, trad. cast. de Ildefonso Garcia del Corral, Barcelona, 1896.
- DICIONARIO DE HISTÓRIA DE PORTUGAL, dirigido por Joel Serrão, Iniciativas Editoriais, Porto.
- EL DIGESTO de JUSTINIANO, trad. cast. de Alvaro D'Ors e outros, Pamplona, 1968.
- EL ORDENAMIENTO DE LEYES DE D. ALFONSO XI, en las Cortes de Alcalá de Henares, ano de 1348 — publicado pelos Doctores D. Ignacio Jordan de Asso y del Rio y D. Miguel de Manuel y Rodrigues, Madrid, MDCLXXIV.
- ELESCANO, Antonio Barnabé de — *Demétrio Moderno, ou o Bibliographo Jurídico Portuguez*, Lisboa, 1780.
- ESTATUTOS da Universidade, de 1772. Publicação por Ordem da Universidade, Coimbra, 1972.
- FARINHA, João de Deus Pinheiro — *Código de Processo Civil, Anotado*, 2 volumes. Edições Ática, Lisboa, 1965.
- FARINHA, João de Deus Pinheiro — *Código de Processo Civil, Anotado, actualizações aos volumes I e II*, Lisboa, 1968.
- FERREIRA, José Dias — *Código de Processo Civil, anotado*, 3 volumes, Lisboa, 1887.
- FERREIRA, Manuel Lopes — *Practica Criminal, expedida na forma da Praxe e observada neste nosso Reino de Portugal*, 2ª ed., Lisboa, 1741-42.
- FERREIRA, Waldemar — *História do Direito Brasileiro*, 4 volumes, São Paulo, 1951-56.
- FIGUEIREDO, José Anastasio de — *Synopsis chronologica de subsidios ainda os mais raros para a História e Crítica da Legislação Portugueza*, Tomo I, Lisboa, 1790.
- FIGUEIREDO, José Anastasio de — *MEMORIA sobre qual foi a época da introdução do direito de Justiniano em Portugal*, em *Memorias de Litteratura Portugueza*, tomo I, Lisboa, 1792.
- FREIRE, Paschoal José de Mello — *Institutionum Juris Criminalis Lusitani, Liber Singularis*, Lisboa, 1794.
- FREIRE, Paschoal José de Mello — *Institutiones Juris Civilis Lusitani, cum Publici tum Privati*, Typographia da Real Academia das Sciencias, 4 tomos, Lisboa, 1789.
- FREIRE, Paschoal José de Mello — *Historiae Juris Civilis Lusitani, Liber Singularis*. Editio in usum auditorii conimbricensis, Conimbricae, 1815.
- GAMA, Antonio da — *Decisionum Supremi Senatus Lusitaniae*, Antuerpiae, 1683.
- GAZETA dos Tribunais, Lisboa, 1843.
- GÓES, Damião de — *Chronica do Serenissimo Senhor Rei DD. Manuel*, Coimbra, 1790.
- GOMES, Alexandre Caetano — *Dissertações Jurídicas*, Lisboa, 1756. 1854.
- GOMES, Alexandre Caetano — *Dissertações Jurídicas*, Lisboa, 1756.
- HERCULANO, Alexandre — *Prefacio ao volume LEGES ET CONSUETUDINES dos Portugaliae Monumenta Historica*, Lisboa, 1856.
- HERCULANO, Alexandre — *História de Portugal*, 9ª ed., Liv. Bertrand, s. d.

- HISTORIA DE PORTUGAL, Edição Monumental dirigida por Damião Peres, Portucalense Editora, Barcelos, 1933.
- LAS SIETE PARTIDAS, glosadas por el Licenciado — Gregorio Lopes, impresso en Salamanca por Andrea Portonaris, Año de MDLV.
- LEIS EXTRAVAGANTES, collegidas e relatadas pelo Licenciado Duarte Nunes do Lião, Real Imprensa da Universidade, Coimbra, 1796.
- LIVRO DAS LEIS E POSTURAS, edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1971.
- LOBÃO, Manoel de Almeida e Sousa, de — Tractado Encyclopedico, Pratico e Critico, sobre as Execuções que procedem por Sentenças, Lisboa, 1817.
- LOBÃO, Manoel de Almeida e Sousa, de — Segundas Linhas sobre o Processo Civil, 2 volumes, Lisboa, 1817.
- LOUREIRO, Lourenço Trigo de — Instituições de Direito Civil Brasileiro, Pernambuco, 1851.
- MAGALHÃES, Barbosa de — Estudos sobre o novo Código de Processo Civil, 1º volume, Lisboa, 1940.
- MAGNES, S. J. Augusto — Dicionário da Língua Portuguesa, especialmente dos períodos Medieval e Clássico, tomo I, Rio de Janeiro, 1950.
- MARTINS, Junior, José Izidoro — História do Direito Nacional, 2ª ed., Pernambuco, 1941.
- MARTINS, Pedro — História Geral do Direito Romano, Peninsular e Português, Coimbra, 1908.
- MATTOS, Francisco Xavier de Oliveira — Prefação ao 1º volume das Ordenações do Senhor Rey D. Manuel. Real Imprensa da Universidade, Coimbra, 1797.
- MENDES, João de Castro — Manuel do Processo Civil, Lisboa, 1963.
- MENDONÇA, Francisco Ignácio Ferreira de — MEMORIA recitada na Associação dos Advogados de Lisboa, em 4 de Outubro de 1843 — Gazeta dos Tribunais nº 315, 1843.
- MERÊA, Paulo — "Notas sobre alguns lentes de Direito Pátrio no período 1772 — 1804", em Boletim da Faculdade de Direito, vol. XXXVI, Coimbra.
- MERÊA, Paulo — "Bosquejo histórico do recurso de revista" em Boletim do Ministério da Justiça, nº 7, Lisboa.
- MERÊA, Paulo — Lições de História do Direito Português, Coimbra, 1923.
- MERÊA, Paulo — Lições de História do Direito Português, Coimbra, 1933.
- MERÊA, Paulo — História e Direito (Escritos Dispersos) Coimbra, 1967.
- MIRANDA, F. C. Pontes de — Tratado da Ação Rescisória, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1976.
- MONCADA, Cabral de — "O século XVII na Legislação de Pombal", em Boletim da Faculdade de Direito, nºs 81-90, Coimbra, 1926.
- MONCADA, Cabral de — "Um iluminista português do século XVIII", em Estudos de História do Direito, vol. III, Coimbra, 1950.
- NAZARETH, Francisco J. Duarte — Elementos do Processo Civil, 3ª ed., Coimbra, 1860.
- ORDENAÇÕES do Senhor Rei D. Afonso V, Real Imprensa da Universidade, Coimbra, 1792.
- ORDENAÇÕES do Senhor Rey D. Manuel, Real Imprensa da Universidade, Coimbra, 1797.
- ORDENAÇÕES e LEIS do Reino de Portugal, recopiladas per mandado del Rei D. Philippe e Primeiro, 9ª edição, Real Imprensa da Universidade, Coimbra, 1824.

- OSORII, Hieronymi — De Rebus Emmanuelis, Conimbricæ, 1791.
- PAIO, Francisco Coelho de Souza e S. — Preleções de Direito Pátrio Público e Particular, Coimbra, 1793.
- PINTO, José Maria Frederico de Souza — Primeiras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro, 2ª ed. por um juriconsulto, Rio de Janeiro, 1874.
- PORTUGALIAE MONUMENTA HISTORICA, tomo I LEGES ET CONSUETUDINES, Lisboa, 1856. ..
- REFORMA JUDICIAL de 1841, 3ª edição Oficial, Lisboa, 1864.
- REIS, José Alberto dos — Breve estudo sobre a reforma do Processo Civil e Comercial, 2ª ed., Coimbra, 1929.
- REIS, José Alberto dos — Processo Ordinário e Sumário, 2ª ed., Coimbra, 1928.
- REIS, José Alberto dos — Projecto de Código de Processo Civil, edição Oficial, Imprensa Nacional, Lisboa, 1936.
- REIS, José Alberto dos — "O novo Código de Processo Civil", em Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 72, Coimbra, 1939.
- REIS, José Alberto dos — Comentário ao Código de Processo Civil, 3 volumes, Coimbra, 1944-1946. ..
- REIS, José Alberto dos — Código de Processo Civil Anotado, 6 volumes, Coimbra, 1948-1953.
- REIS, José Alberto dos — "A função do Supremo Tribunal de Justiça segundo o Código de Processo Civil Português", nos "Studi in Onore di Enrico Redenti", vol. I, Milão, 1951.
- REVISTA de Legislação e Jurisprudência, Coimbra.
- RIBEIRO, João Pedro — Dissertações Chronologicas e Criticas, tomo IV, parte II, 2ª ed., Lisboa, 1867.
- ROCHA, M. A. Coelho da — Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação de Portugal, 4ª ed., Coimbra, 1861.
- RODRIGUES, Manuel — Do Processo Declarativo (apontamentos das lições compilados por Florio José de Oliveira) Lisboa, 1945.
- SÁ, Alves de — Commentarios ao Código de Processo Civil, Lisboa, 1878-1880.
- SERGIO, Antonio — Ensaio, tomo II, 2ª ed., Obras Completas, Livraria Sá da Costa, Lisboa.
- SERRÃO, Joaquim Veríssimo — História de Portugal, Editora Verbo, 2ª ed., 1978.
- SILVA, Inocencio Francisco da — Dictionario Bibliographico Portuguez, tomo VI, Lisboa, 1862.
- SILVA, José de Seabra da — Dedução Chronologica e Analytica. Parte II, Lisboa, 1768.
- SILVA, José Verissimo Alvares da — Introducção ao Novo Código ou Dissertação critica sobre a Principal causa da obscuridade do nosso Código authentic, Lisboa, 1780.
- SILVA, Luiz Joaquim Correia da — PREFEÇÃO ao 1º volume das ORDENAÇÕES do Senhor Rey D. Affonso V. Edição da Universidade, Coimbra, 1792.
- SILVA, Nuno Espinosa Gomes da — Humanismo e Direito em Portugal, Lisboa, 1964.
- SILVA, Nuno Espinosa Gomes da — Introducção ao volume das Leis e Posturas, edição da Faculdade de Direito, Lisboa, 1971.
- SILVA, Nuno Espinosa Gomes da — História do Direito Português (Lições) Lisboa, 1971.

- SILVA, Nuno Espinosa Gomes da — Sobre os compiladores das Ordenações Filipinas, Lisboa, 1977.
- SILVA, Nuno Espinosa Gomes da — Algumas notas sobre a edição das Ordenações Manue-
linas de 1512-1513, Livraria Cruz, Braga, 1977.
- SILVEIRA, José dos Santos — Impugnação das decisões em processo civil, Coimbra, 1970.
- SYLVA, Emmanuelis Gonçalves da — Commentario ad Ordinationes Regni Portugaliae,
Ulyssipone MDCCXLII.
- SOUSA, Ignacio Pereira de — Tractatus de Revisionibus, Lisboa, 1672.
- SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e — Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal,
Lisboa, 1785.
- SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e — Primeiras Linhas sobre o Processo Civil, 2ª ed.,
Typ. Rollandia 1819-1820.
- SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e — Primeiras Linhas sobre o Processo Civil,
acommodadas ao Fôro do Brasil até o anno de 1877, por A. Teixeira de Freitas, Rio
de Janeiro, 1879.
- SOUSA, Marnoco e — História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Portu-
guês, 3ª ed., Coimbra, 1910.
- TELLES, J. H. Corrêa — Manual do Processo Civil (supplemento do Digesto Portuguez)
3ª ed., Coimbra, 1849.
- ULRICH, Ruy Ennes — História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Por-
tuguês, Coimbra, 1907.
- VALASCI, Alvarus — Opera Omnia, Tomus Primus, Consultationum, Nova Editio, Coloniae,
MDCCXXXV.
- VALASCI, Thomae — Allegationes, Conimbricae, MDCCXXXI.
- VERNEY, Luiz Antonio — Verdadeiro Método de Estudar, edição organizada pelo prof.
A. Salgado Junior, Livraria Sá da Costa, Lisboa s.d.
- VITERBO, Santa Rosa de — ELUCIDARIO, edição crítica por Mario Fiúza, Livraria
Civilização, Lisboa.

Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo

J. Cretella Júnior

Professor Titular de Direito Administrativo
da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo

SUMÁRIO: 1. *Introdução* — 2. *Responsabilidade como categoria jurídica* — 3. *Evento gerador do dano* — 4. *Conceito de lei* — 5. *Lei formal danosa* — 6. *O Estado legislador irresponsável* — 7. *Orientação francesa* — 8. *Lei constitucional “em tese”, que causa dano* — 9. *Lei inconstitucional danosa* — 10. *Dano da lei e indenização* — 11. *Regulamento danoso* — 12. *Conclusão*.

1. Introdução

O problema, rotulado sob a denominação acima, sinônimo perfeito de outra, denominada *Responsabilidade do Estado legislador*, ou ainda, *Responsabilidade extracontratual por ato do Estado legislador*, envolve questão magna e paradoxal, qual seja a de saber se o Estado pode ser responsabilizado por prejuízos causados ao particular, em decorrência de ato legislativo.

Compreende-se que o *serviço público*, desempenhado por agentes do Poder Executivo e do Poder Judiciário, apresente falhas e que estas acabem causando danos ao cidadão, funcionário público ou não, empenhando a responsabilidade estatal e possibilitando ações de perdas e danos contra a pessoa jurídica pública política, responsável por prejuízos que seus agentes causem a terceiros.

Agentes públicos existem nos três Poderes. Por excelência, os agentes públicos do Poder Executivo é que causam danos ao particular, empenhando a responsabilidade da pessoa jurídica pública a que se acha vinculada a pessoa física, agindo, porém, na qualidade de funcionário do Estado. Entretanto, embora com menos freqüência, atividades dos membros do Poder Judiciário — os magistrados — também podem causar dano ao cidadão. Por fim, em terceiro lugar, com incidência ainda menor, a própria lei pode ocasionar prejuízos. Nos três casos, o intermediário entre o Estado e o prejudicado é o agente público, a pessoa física que age em nome do respectivo poder a que se vincula o funcionário público *stricto sensu*, o juiz, o legislador. Nessas três hipóteses, *lato sensu*, existe o homem, a pessoa

física que, “na qualidade de agente público”, desempenha atividades danosas, desempenhando serviços públicos, julgando ou legislando.

Stricto sensu, funcionário público é o agente da Administração direta ou indireta, vinculado ao Poder Executivo, mas, *lato sensu*, funcionário público é também o magistrado, em qualquer grau, tanto assim que, nos vários Estatutos do Funcionalismo, no Brasil, os primeiros artigos costumam fazer a ressalva de que as disposições estatutárias do diploma do funcionalismo se aplicam aos agentes dos três Poderes do Estado, bem como aos dos membros do Tribunal de Contas, exceto no que colidirem com a legislação especial. E os legisladores não representam o Estado, já que este é o somatório de todos os cidadãos?

Difícil, entretanto, é compreender que os legisladores de qualquer esfera sejam funcionários públicos ou agentes públicos, porque o regime jurídico a que se encontram submetidos de maneira alguma se identifica com o que regula o funcionalismo, em geral.

Mandatários do povo, os agentes legislativos, deputados, senadores, vereadores, são selecionados pelo voto, não estão sujeitos à hierarquia, não se submetem aos dispositivos estatutários; fazem a lei, nesta ou naquela hierarquia, dentro desta ou daquela esfera, mas fazem a lei, em conjunto, seguindo processo legislativo rígido, informado por princípios do direito constitucional. Nunca agem com *culpa* e muito menos, com *dolo*. E se, por ventura, agirem com *dolo*, ou com *culpa*, em uma de suas três modalidades, a imperícia, a imprudência, a negligência?

Por outro lado, como entender que o ato legislativo — a lei —, expressão incontestável da soberania nacional, possa transformar-se em fonte geradora de dano para o cidadão, empenhando, desse modo, a responsabilidade do próprio Estado, que é criador e tutor do direito?

Se a lei, ato geral e impessoal, que se dirige à grande massa dos administrados, estabelecendo situação de igualdade para todos; se a lei, em princípio inatacável, porque expressão do anseio médio da coletividade; se a lei, produto de exigente, requintada e complexa técnica legislativa, a bem dizer se identifica com o próprio Estado, que a ela também se submete, em decorrência do *princípio da legalidade* (“patere legem, quam fecisti”), como pretender responsabilizar a pessoa jurídica pública política matriz por disposição legislativa que cause danos ao cidadão, pessoa política essa que também está interessada em acertar, porque abrangida pelo ato editado?

Themístocles Brandão Cavalcanti (cf. *Tratado de direito administrativo*, 3ª ed., 1955, vol. I, págs. 427-428), depois de assinalar que “um dos pontos mais sensíveis das doutrinas sobre a responsabilidade do Estado é aquele que se refere aos atos emanados do Poder Legislativo” (cf. *Tratado*, vol. I, pág. 427), indaga a seguir, com propriedade: “Se esses atos constituem a própria legalidade, a emanação da soberania nacional, através do seu órgão próprio, competente, como

encontrar, nesses atos *legais*, uma fonte geradora de obrigações para o Estado?"

Citando Tirard, o mesmo autor salienta que "o ato legislativo é, por natureza, geral e impessoal" e, por isso, "não atinge particularmente situações jurídicas individuais, mas estabelece o direito em determinado país e em época dada" (cf. *Tratado*, vol. I, págs. 426-427).

Em síntese, a *responsabilidade do Estado legislador* ou a *responsabilidade do Estado por ato legislativo* é tema dos mais relevantes, atuais, e que tem sido levado à consideração do Poder Judiciário, mostrando-se, pois, não apenas como tema acadêmico ou teórico, mas erigindo-se em assunto de importância prática, reclamando a atenção dos especialistas.

2. Responsabilidade como categoria jurídica

A *responsabilidade jurídica* nada mais é do que a própria responsabilidade humana, *in genere*, transportada para o campo do direito, situação originada por ação ou omissão do agente, privado ou público, que responde com sua pessoa, bem ou cargo, em razão de ter contrariado norma respeitada pelo grupo, em que vive.

Ou o infrator responde diretamente, quando age no próprio nome, ou empenha a responsabilidade do respectivo *preponente*, por agir como seu *preposto*. Nos dois casos, a responsabilidade é, de modo genérico, a mesma.

Desdobrada em modalidades jurídicas diversas, filiadas ao protótipo comum categorial, a responsabilidade é una, típica, reunindo sempre, em essência, a entidade personativa, direta ou indireta que se projetou ou se omitiu no mundo das normas jurídicas, quebrando-as e provocando o dano, convulsão maior ou menor no sistema, desequilibrando-o, o que determina imediata recomposição do equilíbrio violado.

Como *categoria jurídica*, o vocábulo *responsabilidade* designa a "situação especial de toda pessoa, física ou jurídica, que infringe norma ou preceito de direito objetivo e que, em decorrência da infração, que gerou danos, fica sujeita a determinada sanção". O dano é causado quer diretamente, dando origem a necessária relação jurídica entre autor e vítima, quer indiretamente, por meio de interposta pessoa, gerando relação jurídica entre *preponente*, vinculado por ação ou omissão de seu *preposto*, e vítima. Bifurca-se a *categoria jurídica responsabilidade* em duas áreas, a do direito privado, estudada pelo direito civil, a do direito público, analisada pelo direito administrativo. Esta última é a *responsabilidade pública*, informada por princípios publicísticos, exorbitantes e derogatórios do direito comum, a qual, estruturada a partir de 1873, com o caso "Blanco", acabou por ultrapassar a responsabilidade paralela do direito privado, pois coloca *sempre* o Estado em posição de devedor, irremediavelmente, desde que haja "dano" e "nexo causal".

3. Evento gerador do dano

Regra geral, o *evento* ou *fato gerador* do dano é o homem que, por ação ou omissão, atinge a pessoa ou os bens de outro homem, responsabilizando-se ou empenhando a responsabilidade de alguém, pessoa física ou jurídica, em nome da qual desempenha atividades. A responsabilidade é, assim, *direta*, sem interposta pessoa, ou *indireta*, envolvendo *preposto* e *preponente*.

No âmbito do Poder Executivo, ou no “quantum” de Administração, que existe nos outros dois Poderes, o agente público é o causador do dano, equacionando-se, nas duas hipóteses, a responsabilidade do Estado, em decorrência do mau desempenho de serviço público, mas, no primeiro caso, temos a regra — serviços públicos normais —, no segundo caso, temos a exceção, ou seja, atividades atípicas dos outros dois Poderes.

O evento gerador do dano é, em qualquer dos casos, o homem, a pessoa física, o agente público que, na qualidade de funcionário, ocasiona o prejuízo. No fundo, mesmo quando não se descubra o agente, como no caso da *falta anônima do serviço público*, o homem, próxima ou remotamente, é responsável pelo dano, como no caso do dano causado “pela coisa”, ou, na linguagem dos franceses, “par fait des choses”

Em decorrência das eliminações feitas, o que nos interessa, neste estudo, é a fixação do nexa causal, da relação jurídica entre a “atividade típica” de cada Poder e o dano, a saber, a conexão causal entre o *serviço público jurisdicional* e o prejuízo e, por fim, tema central de agora, a conexão entre o *serviço público legislativo* e o dano. Note-se que o *ato de legislar* (e não a matéria legislada) é estudada pelo direito administrativo.

Se o evento gerador do dano for o produto do processo legislativo, isto é, da lei, deverá o Estado indenizar o prejudicado?

Um dos pressupostos para o equacionamento e resolução deste problema é o do exato conceito de *lei*.

4. Conceito de lei

Lei é a declaração solene da norma jurídica feita pelo Poder competente. Regra de direito, fonte de obrigações e princípio de todo recurso, em juízo, constitui, por excelência, a fonte mais pura e profunda do direito administrativo (Manuel Colmeiro, *Derecho administrativo español*, 3ª ed., 1865, pág. 29).

A palavra *lei*, na linguagem jurídica, tem duplo significado, o *sentido formal* e ou *sentido material*. No *sentido formal*, lei significa não uma parte dos direitos que compreendem o poder do Estado, mas uma *forma* sob a qual se manifesta a vontade do Estado, pouco importando o conteúdo dessa vontade (cf. Paul Laband, *Le droit*

public de l'empire allemand, 1901, vol. II, pág. 344); no sentido material, *lei* quer dizer o ato jurídico que estabelece a regra de direito (cf. Paul Laband, *Le droit public de l'empire allemand*, 1901, vol. II, pág. 260). “Entre a *lei no sentido material* e a *lei no sentido formal* não há relação de gênero a espécie, de sentido restrito e subordinado ao sentido amplo do termo. Trata-se de dois sentidos essencialmente diversos, cada um dos quais com caráter próprio: um é o *fundo*, outro a *forma* de uma declaração de vontade. Lei pública, no sentido formal, é o ato que emana da vontade do Estado, executado e afirmado sob certa forma solene” (Paul Laband, *Le droit public de l'empire allemand*, 1901, vol. II, págs. 345-346).

Em sentido formal, *lei* é toda disposição que emana do Poder Legislativo e que tem forma constitucional de lei (critério subjetivo), seja qual for a essência e o objeto que a identifique; no sentido material ou substancial (critério objetivo), *lei* é toda norma geral que o é pelo conteúdo, fundo, desde que seja editada pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo (“interna corporis”), isto é, por dois Poderes que, normalmente, não têm a função precípua de legislar.

Deixando de lado as leis materiais — “interna corporis” — que, ao que sabemos, não causaram, no direito brasileiro, até agora, nenhuma lesão sensível aos administrados a tal ponto que tenham sido objeto de exame pelo Poder Judiciário, passaremos ao exame das *leis formais*, incluindo, em nosso estudo, entretanto, os *regulamentos*, porque estes atos, sempre de índole geral, nada mais são do que regras destinadas à aplicação melhor das leis a que se acrescentam, não existindo, como em outros direitos, os “regulamentos autônomos”. Além disso, em nosso direito, o próprio Poder Judiciário, solicitado a manifestar-se, já tratou *regulamentos* e *decretos* como se fossem *lei*, o que é inexato (cf. RDA, 8:133 e 20:42).

5. Lei formal danosa

As leis estão dispostas em escalonação hierárquica, a partir da Lei Maior, a Constituição, que é a lei formal, por excelência, já que de modo algum tem a participação de outros poderes. Nas Federações, temos, além da Constituição Federal, as Constituições Estaduais.

Pois bem, o problema inexistente, em relação à Constituição Federal, porque, mesmo que dispositivos constitucionais, de algum modo, pudessem ocasionar danos aos administrados, o legislador constituinte seria irresponsável, já que o texto, no todo e em suas partes, tem por base a soberania nacional e esta é incontrastável. A Constituição faz o direito originariamente, criando-o.

No entanto, o problema existe, em relação a dispositivos das Constituições Estaduais que, quando conforme à Carta Magna, não empenham a responsabilidade do Estado-membro, mas quando inconstitucionais, se causam danos, podem ser objeto de arguição de inconsti-

tucionalidade e, portanto, de apreciação pelo Poder Judiciário sob vários aspectos.

Responsabilidade (civil ou patrimonial) do Estado, em decorrência de lei formal danosa — eis a denominação completa e precisa do tema sobre o qual estamos discorrendo. Em síntese, o Estado é responsável patrimonialmente (a) por dispositivos das Constituições Estaduais e (b) por qualquer tipo de lei ordinária, que, no todo ou em parte, causem danos a terceiros, cabendo até ação regressiva contra os legisladores que, em casos excepcionais, de dolo ou culpa, tenham contribuído para a elaboração do texto prejudicial. Havendo, por exemplo, prova de que o texto de “lei em tese”, inconstitucional, foi redigido para atingir determinada porção da coletividade (ou um só membro), o prejudicado tem o direito de recorrer ao Judiciário, empregando instrumento jurídico processual adequado à espécie para responsabilizar o Estado legislador pela “pseudolei em tese” danosa.

Se da *lei inconstitucional* resulta dano ao particular, caberá a responsabilidade ao Estado, desde que a inconstitucionalidade tenha sido declarada pelo Poder Judiciário. Sendo a *lei*, em regra, comando genérico e abstrato, texto impessoal de generalidade máxima, o dano aos particulares emergirá de atos concretos praticados em decorrência da lei inconstitucional, exceto no caso raro de leis que determinem situações jurídicas individuais, que é a hipótese da “pseudolei em tese”, texto que, sob a firma de regra geral e abstrata, acaba enquadrando o caso particular. Imprescindível, porém, é que se verifique o *nexo causal* entre a lei inconstitucional e o dano ocorrido.

Note-se que somente pelo voto da maioria dos membros do Poder Judiciário poderá ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, cabendo depois ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

6. O Estado legislador irresponsável

“The king can do no wrong”, regra que resume a posição do Estado imune a qualquer tipo de indenização, foi invocada com muito maior razão pelos adeptos da *teoria da irresponsabilidade do Estado legislador*, que prevaleceu durante muito tempo.

Interessante é observar-se — e isto não foi assinalado ainda pelos autores — que, no campo da responsabilidade pública, em relação aos Poderes do Estado, a evolução foi sucessiva, gradual, por períodos, tendo ocorrido, primeiro, no âmbito do Poder Executivo, a regra, depois no campo do Poder Legislativo, a exceção. Em outras palavras, o Estado foi responsabilizado, primeiro, pela atividade dos funcionários públicos, *stricto sensu*; em segundo lugar, pela atividade dos magistrados e, por último, pela dos legisladores.

O caso “Blanco”, de 1873, na França, que marcou nova era para o direito administrativo, referia-se tão-somente ao Poder Executivo, à responsabilidade do Estado, em decorrência de falha da máquina administrativa. A decisão anterior, de 1855, do Conselho de Estado francês, julgando o caso “Rotschild”, também denominado de “O Estado devedor”, responsabilizou o Poder Executivo, o que sucessivamente foi ocorrendo com as decisões “Anguet” (dano pessoal no Departamento do Correio), “Pelletier” (apreensão ilegal de edição de jornal), “Cames” (acidente em arsenal), “Lémonnier” (projétil em exercício de tiro que fere transeunte), “Mélinette” (atropelamento por veículo do serviço público), “Verbanck” (caminhão do serviço de pontes e calçadas que abalroa e mata ciclista), “Balsa de Eloka” (que soçobra e causa danos pessoais e materiais), “Feutry” (caso do demente que foge de asilo e incendeia pilhas de feno, fazendo com que o fogo atinja casa comercial vizinha). Toda a jurisprudência aqui citada é referente ao serviço público, à falha da máquina administrativa, ou, em outras palavras, ao Poder Executivo.

Mesmo o caso “Coutéas”, que principiou, no Poder Judiciário, quando o proprietário, tendo tido ganho de causa, ia proceder à execução da sentença, acabou envolvendo o Poder Executivo que, aliás, por prudência, deixou de dar cumprimento ao mandado judicial, empenhando assim a responsabilidade do Estado, tendo o juiz sentenciado com base na “teoria do risco social”

No segundo momento, a responsabilidade civil do Estado refere-se ao Poder Judiciário, que Waline, com sua grande autoridade, mas sem a menor razão, neste particular, entende ser questão estranha ao direito administrativo, visto tratar-se de atividade não administrativa (cf. *Droit administratif*, 9ª ed., 1963, pág. 909), o que, aliás, não o impediu de desenvolver a matéria, precisamente em obra concernente à nossa disciplina (cf. Waline, *Droit administratif*, 9ª ed., 1963, pág. 909, Vedel, *Droit administratif*, 5ª ed., 1973, pág. 421 e Rivero, *Droit administratif*, 9ª ed., 1980, pág. 302).

Na França, os exemplos, embora de certo modo raros, existem, como o famoso caso do Capitão Dreyfus e, mais recentemente, da senhora francesa acusada de colaboracionista, durante a ocupação da França pelos alemães, condenada em 1945 a trabalhos forçados perpétuos, degradação nacional, confisco de bens e, afinal, em pedido de revisão, em 1956, considerada inocente (cf. Waline, *Droit administratif*, 9ª ed., 1963, pág. 910 e no nosso *O Estado e a obrigação de indenizar*, 1980, pág. 153). No direito francês, além do *erro judiciário*, vamos encontrar ações ajuizadas contra magistrados, em virtude de dolo, concussão, morosidade nos trabalhos (Laubadère, *Traité de droit administratif*, 3ª ed., 1963, vol. II, págs. 631 e 650, Rivero, *Droit administratif*, 9ª ed., 1980, pág. 302, Waline, *Droit administratif*, 9ª ed., 1963, págs. 910-911 e Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, 6ª ed., 1950, vol. I, pág. 277), configurando responsabilidade do Estado, gerada por falhas nos serviços judiciários, em decorrência de motivos

personais dos juizes e agentes desse mesmo Poder. É a “prise à partie”, denominação dada pelos franceses (cf. Laubadère, *Traité*, 3ª ed., 1963, vol. II, pág. 650 e Vedel, *Droit administratif*, 5ª ed., 1973, pág. 423).

O terceiro momento da responsabilidade civil do Estado refere-se ao Poder Legislativo, somente levado aos tribunais franceses muito recentemente, em 1938, no caso “La Fleurette” e, em 1963, no caso “Bovero”.

A doutrina, em vários países, ainda era titubeante, hesitando em tomar posição definida contra o *Estado legislador responsável*.

Citando as teses de doutorado de Brunet (*La responsabilité de l'État législateur*, Paris, 1936) e de Kouatly (*La responsabilité de la puissance publique du fait des règlements*, Paris, 1954), o professor Rivero (*Droit administratif*, 9ª ed., 1980, § 306, págs. 300 a 302) resalta a posição da doutrina francesa e menciona vários casos levados aos tribunais gauleses, além dos dois citados acima, a saber, em 1944, Caucheteux et Desmont e, em 1961, Lacombe. Depois das decisões dos tribunais, o artigo de Kahn (*L'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des lois*) e a tese de Morange (*L'irresponsabilité de l'État législateur*), ambos os trabalhos citados pelo professor Rivero, pelo menos põem em relevo a preocupação constante com o assunto.

Depois de excluir os *regulamentos* e frisar que o problema somente existe “no que concerne às *leis formais*”, Rivero sustenta que o problema apenas ocorre “no silêncio da lei”, porque se o texto legal excluir toda indenização pelos danos causados, ou então, como no caso das nacionalizações, fixar um “quantum” pelos prejuízos, haverá, é claro, indenização, mas “se a lei nada previu, prevalece o princípio tradicional da *irresponsabilidade do Estado legisferante*, facilmente se justificando o princípio: é juridicamente e politicamente impossível descobrir-se uma falha na atividade legislativa que, por definição, é soberana. Por outro lado, o juiz não pode fazer decorrer de uma lei uma responsabilidade isenta de culpa, sem endossar a vontade do legislador, isto é, substituí-lo, ficar em lugar dele” (cf. Rivero, *Droit administratif*, 9ª ed., 1980, pág. 300, § 306).

Georges Teissier elucida que “o princípio da irresponsabilidade do Estado, em decorrência de atos do Poder Legislativo, tem sido aplicado sem contestação, mesmo nos casos em que esse Poder tenha sido exercido, na realidade, por Governo investido excepcionalmente de poderes ditatoriais” (cf. *La responsabilité de la puissance publique*, pág. 17).

Bielsa mostra com grande propriedade que também a aplicação da lei pode causar dano *injusto*, mas não *ilegal*, o que constituiria inadmissível antinomia (*Derecho administrativo*, 5ª ed., 1957, vol. V, pág. 3).

“Sem disposição especial da lei, será absurdo jurídico pretender ter direito a ação de ressarcimento de dano patrimonial, ocasionado pela lei (cf. Fiore, *Della responsabilità civile dello Stato*, in *Questioni*

di diritto, pág. 366, citado por Antônio Gonçalves de Oliveira, na *Revista Forense*, vol. 95/57).

Resta a hipótese da responsabilidade civil do Estado, nos casos em que o silêncio da lei faz supor o consentimento prévio e tácito do legislador a eventuais indenizações.

O fundamento da irresponsabilidade do Estado por ato legislativo era múltiplo, argumentando-se, em primeiro lugar, com a soberania do Parlamento e com a consideração de que a lei é a síntese da vontade geral da Nação; em segundo lugar, refletia-se, se a lei proíbe certa atividade, é porque esta é prejudicial, injusta, ou, pelo menos, em desacordo com o direito; em terceiro lugar, se o juiz atribui responsabilidade decorrente de lei, está sobrepondo-se, endossando ou substituindo-se ao legislador; em quarto lugar, o número de pessoas abrangidas pelas leis, formais ou materiais, é extenso e tão genérico, que o prejuízo se reparte por todos: é encargo ônus público geral. Se “mal de todos é mal de nenhum”, o prejuízo generalizado será sofrido por toda a coletividade visada pelo texto legal; enfim, faltando o traço da individualidade, da especialidade (cf. Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3ª ed., 1963, vol. II, pág. 628), subsiste a *irresponsabilidade*, porque a *responsabilidade* exige a verificação concreta do prejuízo individual (cf. nosso *O Estado e a obrigação de indenizar*, 1980, pág. 157).

7 Orientação francesa

O Conselho de Estado Francês, em 14 de janeiro de 1938, decidiu questão da maior relevância, o “leading case” da *responsabilidade do Estado por ato legislativo* e, a partir desse momento, houve radical mudança de colocação, no tocante ao pagamento de indenização ao prejudicado por ato legislativo formal danoso. Foi a decisão “La Fleurette” que, em resumo, é calcada no seguinte caso concreto: “a lei, entre um conjunto de medidas destinadas a proteger a indústria produtora de leite, ameaçada de colapso total, proibiu a fabricação de produtos suscetíveis de substituírem o leite, em certas circunstâncias, o que, na realidade, incidiu sobre número reduzidíssimo de empresas e, entre elas, a Companhia La Fleurette” (cf. Rivero, *Droit administratif*, 9ª ed., 1980, pág. 301).

A Companhia La Fleurette fabricava produtos alimentares, derivados do leite, inofensivos à saúde, mas contendo certo teor láctico, o que parecia perturbar o escoamento do produto principal, o leite. A Companhia, sentindo-se prejudicada pela lei, propôs ação contra o Estado, perante o Conselho de Estado, o qual lhe deu ganho de causa porque (a) a atividade proibida pela lei não era prejudicial, (b) o prejuízo sofrido incidia quase que totalmente sobre a empresa requerente, (c) o legislador visara a proteção de outros interesses profissionais, ou seja, os dos produtores de leite e (d) nada, nem no próprio texto da lei, nem nos projetos e trabalhos preparatórios, nem

no conjunto das circunstâncias do caso permitiria pensar que o legislador tivesse pretendido que o interessado suportasse encargo que, normalmente, não lhe seria possível suportar” (cf. Vedel, *Droit administratif*, 5ª ed., 1973, pág. 413).

Seis anos mais tarde, o Conselho de Estado também reconhecia o direito de indenização de sua empresa que estava tendo prejuízos especiais caracterizados pela proibição do emprego de glicose na fabricação de cerveja, proibição feita no interesse dos produtores de cereais (caso Caucheteux e Desmont, 21 de janeiro de 1944).

Uma terceira decisão, no caso Lacombe, em 1º de dezembro de 1961, mostra que o Conselho de Estado aceitou o princípio do direito à indenização pelo administrado particular, em decorrência de lei danosa.

A análise destas decisões, que aceitam, e daquelas, muito mais numerosas, que negam a responsabilidade do Estado, em matéria legislativa por motivos diversos, permite equacionar o regime da responsabilidade, admitida pelo Conselho de Estado, até a decisão Bovero, prolatada em 23 de janeiro de 1963. Tratava-se de locatário, cujo filho fora mobilizado e servira o exército francês, na Argélia, no combate aos “rebeldes”, antes da Independência. O locador propõe ação de despejo, obtém ganho de causa, mas, na fase de execução, é promulgada lei que suspende os despejos contra inquilinos combatentes ou que tivessem parentes mobilizados, o que protegeu o inquilino despejado e prejudicou o proprietário que teve ganho de causa.

O proprietário recorre ao Conselho de Estado que, aceitando o princípio da igualdade de todos diante dos encargos públicos, já firmado no caso La Fleurette, responsabiliza o Estado pelo ato legislativo danoso, obrigando-o a indenizar o proprietário prejudicado (cf. Rivero, *Droit administratif*, 9ª ed., 1980, pág. 301 e Vedel, *Droit administratif*, 5ª ed., 1973, pág. 415).

Vedel assinala que a unificação das *teorias sobre a responsabilidade do Estado* por ato legislativo está em fase de construção, podendo-se formular o princípio para o qual se orienta o direito francês, do seguinte modo: “em todas as hipóteses em que a regularidade do comportamento do poder público não pode ser contestada diante do juiz da constitucionalidade ou da legalidade *stricto sensu* — lei, ato de governo, decisão jurisdicional definitiva — o princípio da igualdade diante dos encargos públicos deve permitir a reparação dos prejuízos especiais que ultrapassam certo grau de gravidade, sempre que o ato prejudicial não proíbe essa reparação” (Vedel, *Droit administratif*, 5ª ed., 1973, pág. 416).

8. Lei constitucional “em tese”, que causa dano

O que os autores ainda não distinguiram é a verdadeira lei “em tese”, texto geral, impessoal, dirigido a todos, da pseudolei “em tese”,

texto que, na prática, enquadra pessoas certas, identificadas. Pois bem, os dois mais relevantes julgados do Conselho de Estado francês, responsabilizando o Estado pelos danos causados *por leis*, na realidade, são pseudoleis “em tese”, já que incidiram sobre uma só pessoa ou sobre número restritíssimo e identificado de empresas. No caso La Fleurette, somente esta empresa é que propôs ação contra o Estado; no caso Bovero, um só caso foi levado perante o Conselho de Estado. Onde, nesses dois exemplos, o traço da generalidade que deve caracterizar a “lei em tese”? A rigor, temos dois atos administrativos, porque ocorreu enquadramento de situações subjetivas, individuais.

Ao tratarmos da possibilidade de impetração de mandado de segurança contra “lei em tese” (cf. nossos livros *O Estado e a obrigação de indenizar*, 1980, Saraiva, pág. 294; *Do mandado de segurança*, 2ª ed., 1980, Forense, pág. 153, § 93; e *Comentários às leis do mandado de segurança*, 2ª ed., 1980, Saraiva, pág. 157, § 45), levantamos o problema da *responsabilidade civil do Estado por ato legislativo danoso*, no Brasil.

Segundo pensamos a “verdadeira *lei em tese*”, ou melhor, “lei formal, *em tese*”, se constitucional, não empenha a responsabilidade do Estado, quando causa prejuízos, porque o dano não se concentra em um só, mas se reparte, ao ser editado o texto, por todos aqueles sobre os quais incide.

Quando o Estado causa dano ao particular, em decorrência de medidas tomadas ou de operações materiais do poder público, o princípio que informa a indenização é precisamente o da “repartição equitativa dos ônus e encargos públicos” para que *um só* não arque penosamente com os prejuízos.

Ora, no caso da lei constitucional danosa, lei formal “em tese”, a incidência é genérica, abstrata, impessoal, de tal maneira que não se aplicam os princípios que informam o instituto da responsabilidade pública.

9. Lei constitucional danosa

Tanto a *lei constitucional danosa* como a *inconstitucional danosa* podem causar danos. Os danos podem atingir todos os destinatários da lei ou podem incidir sobre diminuto número de cidadãos. Se a *lei constitucional danosa* causar danos a seus destinatários, *in genere*, o Estado é irresponsável, porque o prejuízo se reparte por todos. Se causar danos a *um só*, ou a *restritíssimo número*, deixa a lei constitucional de ser “lei em tese” para erigir-se em ato administrativo e, nesse caso, o atingido pode recorrer aos Tribunais, mediante os adequados remédios jurídicos.

A *lei inconstitucional danosa*, *entretanto*, se causar danos possibilita, sempre, aos prejudicados, as providências jurídicas para que cessem os efeitos produzidos. Como deixar atuando dispositivos legais

inconstitucionais? Se o ato de legislar (não a matéria legislada) é regido pelo direito administrativo, não se equipara, no caso, ao serviço público? Se este, em qualquer esfera funciona mal, não deve o Estado arcar com a responsabilidade?

“Se da lei inconstitucional resulta algum dano aos particulares, caberá a responsabilidade do Estado, desde que a inconstitucionalidade tenha sido declarada pelo Poder Judiciário. Sendo a lei, em regra, comando genérico e abstrato, o dano aos particulares emergirá de atos praticados em decorrência de lei inconstitucional, exceto no caso excepcional de leis que determinam situações jurídicas individuais, de sorte que o dano será diretamente imputável à lei inconstitucional. Isso, entretanto, não altera, em absoluto, os termos da questão. O que é imprescindível é que se verifique onexo causal entre a lei inconstitucional e o dano ocorrido” (cf. nosso *O Estado e obrigação de indenizar*, 1980, ed. Saraiva, pág. 155).

Que é *lei inconstitucional*? Lei inconstitucional é a lei que, *no todo* ou *em parte*, ofende a Constituição (cf. Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, 1958, pág. 43). É a lei — federal, estadual, municipal — que se choca, que conflita de maneira clara com dispositivo expresso da Constituição Federal; “é a lei que contém, *no todo* ou *em parte*, prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição” (Lúcio Bittencourt, *O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª ed. Forense, 1968, pág. 53). *Inconstitucional* é ainda a lei que, embora pelo conteúdo não conflite com nenhum dispositivo expresso da Constituição, infringiu o processo, trâmite ou *iter legis*, contrariando ou saltando os passos prescritos para a tramitação legislativa, na própria Constituição, desde a iniciativa até a *promulgação* ou *sanção*.

“Só excepcionalmente poderá uma lei *inconstitucional* atingir o particular *uti singuli*, causando-lhe dano injusto e irreparável. Se tal ocorrer, necessária se torna a demonstração cabal da culpa do Estado, através da atuação de seus agentes políticos, mas isto se afigura indemonstrável no regime democrático em que o próprio povo escolhe os seus representantes para o Legislativo” (cf. Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 7ª ed., 1979, pág. 625).

A nosso ver, nas próprias palavras do autor citado, (a) se a lei inconstitucional causa dano (b) dano injusto e irreparável, (c) se houve demonstração cabal da culpa do Estado, por que motivo o Estado não responderia civilmente pelos prejuízos? Não interessa o processo de escolha democrática pelo próprio povo, porque também, mediante concurso, são escolhidos, democraticamente, objetivamente, os agentes públicos do Executivo e do Judiciário, com base no princípio da igualdade de todos perante os cargos públicos e, no entanto, cabe a responsabilização estatal. Nem por terem sido escolhidos democraticamente, os agentes políticos ou representantes do povo são perfeitos. Cometem erros, ao legislar, causando danos e obrigando, pois, o Estado

que representam. Não interessa a *causa* do erro. Interessa o *dano*, em primeiro lugar, depois, o *nexo causal*.

Elucida Guimarães Menegale que “o ato da autoridade legislativa deve confrontar-se com a Constituição e, se lhe contravier aos mandamentos, tem de ser expungido; e, se de sua promulgação ou execução proveio dano ou lesão, o Estado o reparará (*Direito administrativo*, 3ª ed., 1957, págs. 508-509). Em outras passagens, ressalta Guimarães Menegale: “Se o ato legislativo ofende direito individual, é lícito ao prejudicado chamar o Estado à responsabilidade pelo ato de um de seus poderes constituídos”. “Se o ato legislativo, cuja aplicação, por inconstitucionalidade, se recusou, acarretou danos a alguém, caberá ao prejudicado, em seguida, propor ação por perdas e danos” (cf. *Direito administrativo*, 3ª ed., 1957, págs. 508-509).

O direito positivo e a jurisprudência, no tempo do Império, proclamavam a regra de direito público de que os indivíduos não podiam reclamar indenização do Estado pelos danos que as leis porventura trouxessem aos seus direitos individuais, salvo se das próprias disposições legais não resultasse o reconhecimento de um direito à reparação (cf. Amaro Cavalcanti, *Responsabilidade civil do Estado*, 1905, pág. 510). Tal regra de direito público, fundamentada no princípio da *responsabilidade do Estado por leis prejudiciais*, sofre atenuações no tempo da República: cabe agora ao Poder Judiciário julgar da validade das leis, facultando-se ao indivíduo, lesado por seus dispositivos, recorrer ao referido Poder e, assim que tiver obtido a anulação da lei, poderá, conforme as circunstâncias do caso, exigir justa indenização pela lesão sofrida” (Amaro Cavalcanti, *Responsabilidade civil do Estado*, 1905, pág. 510).

Onde vigora o direito público federal, tal como, no Brasil, desde que as leis inconstitucionais não são aplicadas pelo Poder Judiciário e podem causar danos aos particulares, os danos causados por tais atos legislativos são ressarcíveis. A pessoa prejudicada por lei inconstitucional tem manifestamente o direito de pedir a reparação pelo dano sofrido (Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário*, 1915, pág. 164).

Aguiar Dias separa a *lei constitucional*, válida, perfeita, da *lei inconstitucional*, nula, inválida.

Com apoio em Duez, sustenta Aguiar Dias que “o ato legislativo, isto é, aquele que cria uma situação jurídica geral, objetiva, impessoal, abstrata, considera-se ao abrigo da responsabilidade. Bem entendido: sempre que silencie sobre as conseqüências danosas que possa acarretar” (cf. José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, 2ª ed., 1950, vol. II, pág. 238 e 6ª ed., 1979, vol. II, pág. 315). Assim, ainda seguindo Duez, afirma que “a responsabilidade extracontratual do Estado com base em ato legislativo só opera, quando o legislador expressamente a reconheça”.

A seguir, tratando da responsabilidade do Estado por danos causados por lei nula, inconstitucional ou inválida, conclui Aguiar Dias,

baseado em J. Guimarães Menegale, que tal modalidade de lei empenha a responsabilidade estatal por danos causados, porque temos um regime que nos permite impugná-la (cf. *Da responsabilidade civil*, 2ª ed., 1950, vol. II, pág. 241 e 6ª ed., 1979, vol. II, pág. 318).

Em síntese, grande parte da doutrina brasileira distingue entre a *lei constitucional* e a *lei inconstitucional*, concluindo que a primeira, mesmo ocasionando danos, não empenha a responsabilidade do Estado, por ser mandamento de ordem geral e impessoal, a não ser que, por exceção, passe a enquadrar situações especiais, ao passo que a segunda empenha sempre a responsabilidade do Estado, equiparando-se, de certo modo, ao serviço público que, por acidente, funciona mal.

10. Dano da lei e indenização

Dano é o resultado da lesão, consistindo a reparação civil na obrigação de indenizar. Verifica-se, no dano, sempre, o desequilíbrio sofrido pelo sujeito de direito, pessoa física ou jurídica, atingido no patrimônio em consequência da violação da norma jurídica por fato ou ato alheio. Ocorrido o dano, cabe a reparação.

No caso da *responsabilidade extracontratual por ato legislativo*, a reparação tem de ser considerada sob dois aspectos distintos: prejuízos causados diretamente pelo texto legislativo, ou seja, pelo próprio fato da edição da lei, ocasionando o dano e justificando a indenização e prejuízos causados em decorrência de medidas administrativas, tomadas com o objetivo de facilitar a aplicação da lei danosa (cf. Vedel, *Droit administratif*, 5ª ed., 1973, págs. 416-417).

A primeira hipótese é a da indenização pelos prejuízos causados diretamente pelo texto legal. Promulgada a lei, uma (ou várias) de suas disposições fere direitos de certo cidadão, em especial. Dirigida, muitas vezes, ao âmbito genérico da população, impessoalmente, a lei acaba tendo campo restrito, específico, prejudicando um só — ou alguns cidadãos — jamais cogitado pelo legislador. Funcionou para uns, de longe, abstratamente, “como lei” — a generalidade —, mas para outro atuou “com endereço certo”, enquadrando, assim, situações subjetivas concretas (ato administrativo), como, no exemplo citado, da decisão francesa La Fleurette, empresa atingida por texto de lei que, visando o equilíbrio geral do mercado de laticínio, acabou incidindo sobre uma só firma, em especial, prejudicando-a, ou, como no caso da decisão Caucheteux e Desmont, condenou o Estado legislador que, ao promulgar lei, aparentemente geral e impessoal, prejudicou uma só firma, fabricante de cerveja, ao proibir-lhe o emprego de certo tipo de glicose. Ou, como no caso Bovero, também citado, que incidiu somente sobre uma pessoa, que combatera na Argélia.

Para efeitos de indenização, em decorrência de danos causados por ato legislativo danoso, os requisitos exigidos assim se resumem: 1º) só haverá pagamento de indenização, se o próprio legislador a

fixou ou texto legal, de modo expresso ou tácito; 2º) cabe ao juiz decidir, conforme o que a lei preceituou, caso o legislador não tenha fixado a indenização ou se tenha omitido.

Se a lei silenciou a respeito da indenização, vigoram as regras seguintes: a) não se concede indenização, se a atividade proibida era imoral, ilícita ou contrária ao interesse público; b) não se concede indenização, a não ser que o prejuízo, por sua especificidade ou gravidade, ultrapassou a média dos sacrifícios impostos pelo texto, em questão; c) não cabe indenização se o sacrifício imposto pelo legislador tem por objetivo o interesse nacional.

Cabe, entretanto, indenização, se o sacrifício imposto pela medida legislativa incide sobre interesses particulares, com a finalidade de favorecer ou proteger outros interesses privados (cf. nossa monografia *Anulação do ato administrativo por "desvio de poder"*, 1978, pág. 208).

Quando se trata de indenização por danos causados não por dispositivos legais, em si e por si, mas por medidas administrativas destinadas à concretização da lei (regulamentos ou decretos), não se configura a hipótese da *responsabilidade do Estado legislador*, assunto que estamos examinando, mas de problema geral de reparação de danos, em decorrência de ilegalidades praticadas pelo Executivo, pela Administração, no exercício do poder regulamentar.

Se as medidas tomadas são legais, tudo se passa como se tais providências completassem o texto de lei. Se as medidas, embora legais, não tiverem sido determinadas pelo legislador, a Administração agiu, em virtude do poder discricionário de que dispõe, podendo, nesse caso, o prejudicado pleitear a reparação (Vedel, *Droit administratif*, 5ª ed., 1973, págs. 416-417).

11. Regulamento danoso

Regulamento não é lei. É ato administrativo geral, destinado a facilitar a aplicação da lei, devendo ser "secundum legem" e, jamais, "praeter legem" ou "contra legem". Logo, forma um todo único indissociável, um conjunto, com a lei, porque no Brasil não temos *regulamento autônomo*, como em outros países.

Por esses motivos, a generalidade da doutrina assimila o *regulamento à lei* e unifica a *responsabilidade legal* e a *responsabilidade regulamentar*, tratando-as conjuntamente.

O *exercício da função legislativa*, entretanto, não se identifica de maneira completa com o *exercício do poder regulamentar*, regendo-se, em vários casos, por diferentes princípios.

"Se o regulamento é legal", esclarece Vedel, "o problema é equacionado com fundamento no princípio da igualdade diante dos encargos públicos. Neste caso, o caráter geral e impessoal tem por efeito, na maioria das vezes, retirar dos prejuízos causados o caráter especial

e, pois, de excluir a reparação baseada na igual repartição dos encargos públicos. Por este elemento secundário, tão-só, é que a responsabilidade ocasionada pelos regulamentos se aproxima da responsabilidade motivada pelas leis" (Vedel, *Droit administratif*, 5ª ed., 1973, págs. 417-418). "Se o regulamento é ilegal e causa prejuízos, o problema equaciona-se com base no elemento *culpa* e, alicerçado nesta, resolvido" (Vedel, *Droit administratif*, 5ª ed., 1973, pág. 417).

Embora *lei* e *regulamento* apresentem, no Brasil, inúmeros pontos de contato (cf. a respeito nosso *Tratado de direito administrativo*, vol. I, pág. 298 e vol. II, pág. 129), o que é reconhecido até pela jurisprudência, tanto assim que o próprio Supremo Tribunal Federal, admitindo a responsabilidade civil da Administração por ato danoso, fundado em "decreto" estadual, depois julgado inconstitucional, decreto, aliás, com efeitos normativos (ver: STF, em RDA, 20:42), tratou o *regulamento* como se fosse *lei*, o mesmo tendo ocorrido, antes, com o antigo Tribunal de Apelação do Estado de São Paulo, como se depreende da ementa do acórdão, então prolatado (ver: TASP, em RDA, 8:133), na realidade, de maneira alguma, se confunde o *desempenho da função legislativa*, cujo resultado final é a *lei*, elaborada por todo um colegiado, com o *exercício da função regulamentar*, que se concretiza no *decreto*, editado por uma só pessoa, o Chefe do Poder Executivo. Em sentido amplíssimo, tão-só, mas sem rigor técnico, é que o termo *lei* abrange e absorve o *regulamento*, mas este é apenas auxiliar das leis, procurando explicitar-lhes o sentido, jamais podendo tomar-lhes o lugar.

Havendo, no *regulamento*, alteração ou extinção de direitos, não há *regulamento*, mas *abuso do poder regulamentar*, invasão na competência do Poder Legislativo, porque o *regulamento* exorbitou, ultrapassando o terreno em que deveria movimentar-se. Se o *regulamento* é ilegal ou inconstitucional, se o processo de edição do regulamento se *desvia* ("ultra", "praeter" ou "contra" legem) das normas traçadas para seu nascimento válido, ou se contém disposições conflitantes com o texto legal matriz, o *regulamento* é passível de revisão judicial para que seus efeitos danosos não afetem o patrimônio dos administrados.

Se o regulamento defeituoso, na forma ou no conteúdo, pode causar danos, o Estado responde pelos prejuízos advindos. No entanto, mesmo o regulamento imune de vícios, mas despidido do caráter de generalidade, acaba eventualmente por atingir uma só pessoa, física ou jurídica, o que também possibilita a responsabilidade da Administração, obrigada a ressarcir os danos ocasionados.

12. Conclusão

Estamos sustentando, neste trabalho, que o Estado é responsável pelos danos resultantes das atividades ocorridas no âmbito dos três Poderes, inclusive na esfera do Legislativo. Se o Legislativo, portanto, promulgar lei danosa, o Estado é civilmente responsável pelos

danos causados a um ou a número certo e identificado de administrados, o que, de maneira alguma, configura “antinomia inadmissível”, porque “dano injusto” não é “dano ilegal”, conforme acentua Bielsa (cf. *Derecho administrativo*, 5ª ed., 1957, vol. V, pág. 3). Nem tal colocação conflita com a noção de *soberania*, estranha ao caso, porque responsável não é o Estado, entendido como “síntese dos poderes soberanos”, mas o Estado definido como “pessoa jurídica pública, sujeito de direito”, no Brasil, a União, os Estados-membros, os Municípios.

Precisamente pela importância de que se reveste, o ato legislativo deve ser elaborado com toda a atenção exigida pela técnica de legislar, cabendo ao legislador o exame global do alcance da norma editada, inserindo-se no texto normas termostáticas de equilíbrio sócio-econômico, que restabeleçam, no caso de dano específico a um só, a justa distribuição dos encargos a todos os membros da coletividade, pelo pagamento da indenização.

Se apesar de todo o cuidado, o ato legislativo, mesmo perfeito, ocasiona lesão ao particular, o dano ocasionado empenhará a responsabilidade civil do Estado, já que o legislador claudicou em sua missão legislativa.

Extinção de empresa pública, quer a que preste serviço público, propriamente dito, quer a que desempenhe atividade econômica, industrial ou comercial, empenhará sem dúvida a responsabilidade patrimonial do Estado, se a iniciativa, lei, ou ato administrativo (art. 178 do Decreto-lei nº 200) causar danos a terceiros.

Famoso, no Brasil, o caso da Empresa Revista do Supremo Tribunal Federal, cujo contrato para a publicação de julgados de nossa Corte Máxima foi anulado pelo Poder Legislativo, em razão do que se apurou no inquérito que a Câmara dos Deputados mandara abrir. Absorvendo os haveres daquela Sociedade, a Câmara reconheceu a obrigação de indenizar os credores, de acordo com o exame dos livros da empresa, que deveriam revelar quais os créditos atingidos pelo benefício da lei (cf. Lei nº 2.981, de 18 de dezembro de 1925). Em decisão posterior, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito à indenização pelo material apreendido pela União e destinado aos fins da mencionada Revista, isto é, à execução do contrato (cf. Diário da Justiça de 10 de outubro de 1943).

Apesar de tudo, porém, não se admitiu a indenização pelas perdas e danos conseqüentes à anulação do contrato pelo Poder Legislativo. Não mereceu, no caso, acolhida, a tese da *responsabilidade do Estado por ato legislativo*, embora este houvesse anulado contrato em plena vigência e para cuja conclusão havia participado com a votação dos créditos necessários, mas cuja imoralidade foi apurada em inquérito instaurado (cf. Brandão Cavalcanti, *Tratado de direito administrativo*, 3ª ed., 1955, vol. I, pág. 432).

Em 25 de novembro de 1957, a Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo teve ocasião de examinar texto de lei expro-

priatória municipal, reconhecendo-lhe a inconstitucionalidade, determinando, depois, a remessa dos autos ao Tribunal Pleno, conforme a Constituição. Como da demanda resultassem despesas de vulto, tais despesas foram debitadas ao Município, “primeiro, por sua ação, promulgando-a, depois, por sua omissão ou inércia, deixando que se aniquilasse pelo decurso do tempo” (cf. TJSP, em RDA, 56:243).

Mais recentemente, a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos decidiu que “embora a doutrina brasileira tenha como insustentável a responsabilidade civil do Estado por ato legislativo, admite-se a responsabilidade por ato regulamentar” (TFR, em RDA, 144:162).

Na realidade, é inexata a afirmação, no tocante à posição da doutrina pátria, já que em todo o corpo do acórdão apenas dois autores são citados. Um deles, Brandão Cavalcanti, na verdade, é pela *tese da irresponsabilidade* do Estado apenas quando se trata de lei constitucional, mas, quando se trata de *lei inválida* ou *inconstitucional*, o mesmo autor se inclina pela *tese da responsabilidade* do Estado. Assim: “A nulidade da lei ou de apenas alguns de seus dispositivos, por violar garantias constitucionais, justifica a responsabilidade, quando, de sua aplicação, resultar prejuízo patrimonial. É a conseqüência lógica da aplicação de uma lei que, em todo, ou em parte, é inexistente porque fere de frente a norma constitucional” (cf. *Tratado de direito administrativo*, 3ª ed., 1955, vol. I, pág. 437).

Amaro Cavalcanti também se filia à mesma colocação, escrevendo: “Decerto, declarada uma lei inválida ou inconstitucional por decisão judiciária, um dos efeitos da decisão deve ser logicamente o de obrigar à União, Estado ou Município, a reparar o dano causado ao indivíduo, cujo direito fora lesado, quer restituindo-se-lhe aquilo que indevidamente foi exigido do mesmo, como sucede nos casos de impostos, taxas ou multas inconstitucionais, quer satisfazendo-se os prejuízos, provadamente sofridos pelo indivíduo com a execução da lei suposta” (cf. *Responsabilidade civil do Estado*, pág. 511).

No mesmo sentido, Pedro Lessa (*Do Poder Judiciário*, 1915, pág. 164) Aguiar Dias (*Da responsabilidade civil*, 6ª ed., 1979, vol. II, pág. 138), Guimarães Menegale (*Direito administrativo*, 3ª ed., 1957, págs. 508-509) sustentam a tese da responsabilidade civil do Estado, em decorrência de ato legislativo ilegal ou inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal a todo momento tem sido solicitado a manifestar-se a respeito de matéria concernente “ao mandado de segurança contra lei em tese”, que a Súmula 266 não admite, bem como sobre o tema, petrificado na Súmula 510 (“Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”).

A evolução do trabalho pretoriano da Corte Suprema suscitou prolongados debates, a partir de 1962, quando o então Ministro Antônio Gonçalves de Oliveira teve de julgar questão referente a outorga espe-

cial de trigo mediante Decreto, depois revogado, caso que envolvia problema do âmbito do poder regulamentar e possível direito adquirido, passando-se, depois, ao bem fundamentado voto vencido do Ministro Décio Miranda, em que, mediante interposição do recurso extraordinário, candidata a concurso público defendia o direito de inscrever-se, chegando-se, por fim, à orientação do Plenário, no julgamento de mandado de segurança que investia contra Decreto do Presidente da República, fixando níveis de salário mínimo.

O Ministro Rafael Mayer, analisando a Súmula 266, repeliu a invocada preliminar de descabimento do “writ”, salientando, em seu magnífico voto: “Também cabe desacolher o argumento relativo ao não cabimento do mandado, sob o color de que ele se propõe contra *lei de tese*, ou seja, de igual, o *decreto* ou *ato normativo de caráter geral*, emanado do Poder Executivo, que seria, ainda assim, *lei no sentido material*. A proposição é de ser admitida, em princípio; mas inaplicável à hipótese. Mesmo que o Decreto tenha por missão editar normas gerais, ele pode ser dotado de caráter próprio de execução, e concretude, capaz de, nessa formulação, afetar direitos. O Decreto sobre salário mínimo tem por objeto principal a instituição de escalas tarifárias, que são de aplicação imediata, alcançando, *per se*, a órbita dos interesses pessoais representados no direito ao salário mínimo, garantido pela Constituição e pela Lei. A simples edição do salário mínimo repercute no patrimônio dos assalariados. Portanto, é uma vantagem que lhes é conferida e, desde logo, assegurada, não se podendo, pois, assimilar a situação à de uma lei *em tese*, abstrata e geral, onde ainda não há efetiva constrição do direito como naquela outra. Cuido, assim, que o mandado de segurança não é inadequado para proteger contra o que é desenhado como danoso, de modo atual, ao direito do indivíduo. Não é, pois, de rejeitá-lo liminarmente”. Seus pares, os ilustres Ministros, Cunha Peixoto, Décio Miranda e Soares Muñoz, o acompanharam, salientando este último, em voto lapidar: “O Decreto, atacado no mandado de segurança, é ato executório; pois fixou o salário mínimo para as diversas regiões do país e, contra os atos executórios, cabe mandado de segurança. Até contra lei auto-aplicável cabe mandado de segurança”. Meu eminente e culto colega de Congregação na Faculdade de Direito de S. Paulo, o erudito Ministro Moreira Alves, votou, porém, em sentido contrário, por entender que “decreto que estabelece salário mínimo não é ato administrativo, no sentido de atribuir a determinadas pessoas um direito”.

Por fim, o plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar outro mandado de segurança, reconheceu a possibilidade de impetração daquele remédio heróico contra ato normativo que produz efeitos concretos, só não tendo sido reconhecido o “writ” por mero lapso do impetrante, consistente em defeito de técnica processual, não pela matéria suscitada.

No entanto, a colocação dos Ministros Cunha Peixoto, Décio Miranda, Soares Muñoz e Rafael Mayer, na vanguarda do controle juris-

dicional de qualquer ato do poder público que lese direito líquido e certo do administrado, mostra a relevância da progressiva construção pretoriana da Corte Suprema da Nação, constituída não só por professores de direito, como Alfredo Buzaid, Moreira Alves e Oscar Dias Correia, como de antigos integrantes do Tribunal Federal de Recursos, Décio Miranda, Neri da Silveira, Aldir Passarinho, especializados no julgamento de matéria administrativa, na Corte de que provieram, que é como um verdadeiro Tribunal Administrativo, como ainda por nomes que integraram os mais altos postos na Administração Direta Federal, Francisco Rezek e Rafael Mayer e, finalmente, pelos julgadores Djaci Falcão e Soares Muñoz.

Em síntese, com apoio em excelentes doutrinadores, sustentamos a responsabilidade civil do Estado em decorrência (a) de ato legislativo danoso, embora perfeito e constitucional desde que, configurando-se como medida geral e impessoal, na aparência, na verdade se apresente como pseudolei em tese; (b) de ato legislativo danoso imperfeito, ilegal ou inconstitucional; (c) de ato regulamentar ou decreto que exorbite da lei, em que se apóia, hipóteses esta que o Poder Judiciário tem examinado, inexplicavelmente, como “ato legislativo” e não como “ato administrativo”

Algumas Notas para a Reconstrução do Princípio da Legalidade

Eros Roberto Grau

Professor Adjunto do Departamento de
Direito Econômico-Financeiro da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

01. — O princípio da legalidade tem sido visualizado, pela maior parte da doutrina, como expressivo de uma regra de *limite* para a atuação estatal. Penso deva essa concepção ser objeto de revisão, o que conduzirá à própria reconstrução do princípio.

Esta perspectiva, que adoto, pode eventualmente sujeitar os que a ela se filiem a críticas alinhadas no sentido de apontá-los como detratores de princípio. A postulação de tais críticas, contudo, não é justa nem adequada.

O que se pretende, desde a perspectiva a que me refiro, é, no fundo, recuperar as virtualidades do princípio, de modo que passe ele a expressar garantia *material* — e não apenas *formal* — para os indivíduos e a sociedade.

É evidente que a exposição de tal perspectiva transita pela consideração de inúmeros pontos e aspectos, que não cabem nos lindes destas pequenas notas que passo a enunciar, sublinhando o caráter mítico do princípio. Compõe-se elas, no entanto, entre as emergentes desde uma — e não a única, evidentemente — das vertentes para a análise do princípio.

Tratando-se meramente de notas, não ficarei constrangido por dispô-las de modo sintético, cuidando tão-somente de preservar o adequado encadeamento que as relaciona.

02. — Em sua origem, o princípio consubstancia um dado fundamental para a construção da noção de Estado de Direito¹, esta enquanto noção meramente formal. E, desde aí, opera-se como que uma causação circular entre ambos, de modo que a *legalidade*, na acepção liberal, passa a cumprir a função de garantia dos particulares contra a atuação estatal — o que implica no impedimento de que o Executivo, por ato seu, possa estabelecer restrições à liberdade e à propriedade dos indivíduos, ou seja, em defesa dos indivíduos contra o Poder Público². O princípio é então visualizado em termos estrí-

1. Como observa FRANCESCO GALGANO (*Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1979, pág. 39), o conceito de Estado de Direito exprime, em relação ao burguês singular, aquela mesma exigência — de um limite à ação pública, para salvaguarda à iniciativa privada — que o conceito de *Estado Liberal* exprime em relação à burguesia no seu todo.

2. Vide CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, pág. 83 e ss. Note-se,

tamente formais, como corolário da separação dos poderes, importando exclusivamente na aposição de um limite à atuação do Estado.

Na falaciosa crença de que a teoria da separação dos poderes deveu-se, no seu lento processar, exclusivamente à necessidade de preservar as liberdades, à legalidade atribui-se o desempenho de duplo de papel: o de instrumento ancilar dessa preservação e o de substituto do princípio da legitimidade.

03. — Disso resultam algumas conseqüências, que me parece estejam a reclamar análise bem detida.

A primeira, na institucionalização — com a consagração do princípio da legalidade — da cisão entre o Estado moderno e a sociedade civil, que a noção de *liberdade pública*, tida só como noção formal, evidencia.

A segunda, no necessário — para que a consistência do princípio possa ser mantida — escamoteamento da evidência de que as liberdades modernas são *liberdades jurídicas*, ou seja, definidas pelo Direito, laicizadas³. E, no desdobramento deste escamoteamento, na fuga à compreensão de que a legalidade pode prestar-se, inúmeras e incontidas vezes, a servir como instrumento de opressão e opóbrio.

Daí uma conclusão que me parece bem nítida: a da insuficiência da concepção da legalidade em termos estritamente formais para prover a garantia das liberdades.

04. — A transformação (na verdade, involução) pela qual passa o princípio, desde a sua enunciação inicial, é desenhada por MASSIMO SEVERO GIANNINI⁴.

Originariamente implicava em que todo elemento de um ato da Administração deveria estar expressamente previsto como elemento de alguma hipótese normativa, devendo a norma fixar poderes, direitos, deveres, etc., modos e seqüência dos procedimentos, atos e efeitos em cada um dos seus componentes e requisitos de cada ato — do que resultava a concepção do Poder Executivo como *administração* e da Administração como *execução*.

Modernamente o princípio assume significado diverso, na expressão de GIANNINI “mais limitado num certo aspecto, porém mais afinado em outro”: atém-se à atividade administrativa enquanto esta se exprime em atos que possuem conteúdo autoritário.

Daí porque mudou o valor do princípio, que deixa de ser — se é que não foi apenas teoricamente — *regra de conteúdo* da atividade administrativa, para sobreviver como regra do seu *limite*, inserida na dialética da autoridade e da liberdade.

contudo, que esta visão, estrita, da legalidade, resulta superada pelo próprio CELSO ANTONIO em seu mais recente *Controle Judicial dos Atos Administrativos*, in RDP 65/27 e ss.

3. Vide meu *Autorização para o exercício de iniciativa econômica Agências de Turismo*, in Revista de Direito Mercantil, nº 49, pág. 23.

4. *Diritto Amministrativo*, volume primo, Giuffrè Editore, Milano, 1970, págs. 81/83.

Por isso que — como expõe GIANNINI — o princípio respeita aos procedimentos administrativos não já *em si*, mas tão-somente enquanto a eles seja correlata uma situação subjetiva do particular, sobre a qual tenha incidência um efeito de extinção ou limitação. Por isso, ainda, é que, nos casos em que a atividade administrativa não expressa aquela dialética, o princípio não é aplicado — tal como no caso da atividade de programação do Estado e de outros entes públicos, que não se exprimem em atos autoritários.

Conseqüência disso é a de que — repita-se — o princípio, atualmente, é concebido apenas como regra de *limite* para a ação da Administração, não operando, como observa GALGANO⁵, qualquer *garantia de fins públicos*, já que visa tão-somente à *proteção do interesse privado*.

Inescondíveis, destarte, nesta concepção do princípio da legalidade, as marcas profundas do pensamento liberal, que ideologicamente a estruturam.

Na consagração da legalidade como critério meramente formal, pois, a ereção de pilastra hábil a dar justificativa ao Direito posto, independentemente de qualquer valoração a propósito do seu conteúdo. Já não compete ao estudioso do Direito, desde então, a avaliação da justiça do poder — tal como exercido sob o manto da legalidade — ou da norma. Incumbe-lhe, pelo contrário, colocar o seu saber a serviço do objetivo de reduzir o quanto mais se possa a ação estatal e, na impossibilidade disso, ao sabor de valores bem definidos.

A política da legalidade, desta sorte, conduz à neutralidade axiológica do Direito e à anulação do direito de resistência contra o Direito injusto. O que importa, desde a perspectiva instalada na consagração do princípio, tal como atualmente concebido, é que as normas jurídicas sejam rigorosamente cumpridas. Por conseqüência, a legalidade assume o caráter de dogma.

Em um passo seguinte, a legalidade — tal como a noção de Estado de Direito — passa a funcionar como estereótipo e, de imediato, como mito do liberalismo burguês.

Alcançado este momento de minha exposição, posso — e devo — nela prosseguir por uma senda específica, na consideração da legalidade como expressão ideológica ou mítica⁶.

06. — Podemos aludir à ideologia como estrutura que se refere ao *modo* pelo qual os homens vivem o *todo* de suas *relações* com o mundo⁷ Para que essas relações se traduzam em *ações* — no sen-

5. Ob. cit. pág. 39.

6. "O mito é uma forma específica de manifestação do ideológico no plano do discurso" (cf. LUIS ALBERTO WARAT, *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*, Editora Síntese, Porto Alegre, 1979, pág. 127).

7. Foi de extrema valia, para a exposição que segue, minha freqüente troca de idéias e debate informal com PAULO AMÉLIO DO NASCIMENTO SILVA, professor de linguística da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, bem assim a leitura de sua tese de livre-docência, *Referência e Significação*, Rio, 1976, ed. mimeografada.

tido, aí, da palavra grega *dianóia* — devem ser mediatizadas pela linguagem.

A ideologia, mediatizada pela linguagem, é uma fonte de produção de sentido. Não, porém, na acepção comum de *sentido*, mas como *valor de referência*.

A ideologia não produz *significados* que valham por si mesmos, mas valores-verdade que se auto-referenciam, ou seja *valores referenciais* que são verdadeiros ou falsos conforme sua relação com as pautas ideológicas que compõem a sua instância de enunciação, seja como conformidade, seja como contraste. O valor do *verdadeiro* ou *falso*, assim, no âmbito da ideologia, é arbitrário, formal — não ontológico, conteudístico. Por isso mesmo a ideologia é *referencial* ou *monossignificativa*, desconhecendo no real, por não reconhecer, tudo quanto seja com ela incompatível.

Nisto é que o discurso ideológico e o discurso mítico se aproximam: ambos instauram um horizonte objetivo para os comportamentos e atitudes do homem, embora o primeiro se insira e viva da história e o segundo se desenvolva em uma realidade não-histórica, atemporal e sem espaço. Note-se que o mito aparenta ser uma *revelação* do que foi e permanece sendo.

Não obstante, o mito funciona como recurso lingüístico no discurso ideológico de quem tem condições de, através dele, exercer dominação.

07. — Os mitos são descritos como formas de fé popular que não nasceram da reflexão racional do povo, mas de sentimentos pré-racionais, emotivos.

Desvendados, porém, desnuda-se a racionalidade deles em quem os *inventa*, o que evidencia não serem senão uma manifestação cultural. O mito, em verdade, não passa de uma *invenção*, consciente ou inconsciente, do homem ou de um grupo de homens, cuja finalidade é a de instauração de uma (nova) ordem.

Penso possamos sustentar, assim, que o momento da “desmitização da cultura”, no iluminismo racionalista, sustentado sobre a afirmação da obscuridade dos mitos, característica — conforme se alegou — das Idades Antiga e Média, não consubstanciou senão um momento de *substituição de mitos*. Mitos irracionais ou inconscientes são então substituídos por outros, mitos também, porém definitivamente conscientes e racionais nos que os inventam.

Invenção do homem (ou de um grupo de homens), os mitos modernos — não o mito para o *homem*, como o mito drummondiano de “fulana”, mas o mito *para o povo ou para a sociedade civil* — são como expressões exotéricas, a serem “consumidas” pela sociedade. São impostos à sociedade, assim, funcionando como instrumentos lingüísticos de dominação, que tanto mais prosperam quanto mais são acreditados⁸.

8. De WARAT (ob. cit., 127) também a observação de que consubstanciam estereotipação semiológica da ideologia e instrumento de reprodução de formas sociais hegemônicas.

08. — Tanto quanto o discurso ideológico, o discurso mítico é exclusivamente referencial.

A proposição “Pégaso é um cavalo alado”, em si mesma, não é logicamente falsa nem verdadeira. Vale dizer: não tem *significado*, mas valor de referência *verdadeiro* quando na instância de enunciação da mitologia, *falso* quando em qualquer outra instância de enunciação.

Assim, assumindo a legalidade o caráter de mito, a proposição “a democracia só conhece a legalidade, não a legitimidade”⁹, na instância de enunciação jurídica, não é, em si mesma, verdadeira nem falsa. Não tem *significado*, mas tão só valor de referência: é tomada como verdadeira *naquela instância*.

Eis então a legalidade erigida em mito do liberalismo burguês, sob o qual repousa a afirmação, extraída à falaciosa leitura de MAX WEBER¹⁰, de que ela (legalidade), enquanto *legitimidade racional*, foi e permanece sendo. A legalidade, destarte, enquanto noção que substitui — execrando-a — a de legitimidade, opera a exclusão, do âmbito dos debates jurídicos, de qualquer consideração a respeito desta última.

O mito da legalidade, assim, retém o estudioso do Direito em um universo de “dever ser” axiologicamente neutralizado. No discurso jurídico¹¹, esvazia o real e pacifica a consciência dos juristas, inclusive dos juízes, fazendo com que todos se conformem com a situação que lhes foi imposta por quem detém o poder de criar o Direito.

09. — Em vista disso cumpre, a cogitarmos da reconstrução do princípio da legalidade, preliminarmente tratarmos de desmitificá-lo. Esse exercício, contudo, importa desmitificação também da noção de Estado de Direito.

Este — Estado de Direito — não pode ser visto como um sistema fechado e fixo, com valor em si próprio, mas como conceito temporalmente condicionado, aberto¹². Há que substituir a noção de Estado de Direito Formal pela de Estado de Direito Material, sustentado sobre a concreção do princípio democrático e de uma ordem jurídica legí-

9. Nesta estrutura, a proposição é formulada por ÁLVARO D'ORS (*Legitimidad*, Revista Chilena de Derecho, 1981, vol. 8, pág. 43).

10. WEBER (Economia y Sociedad, vol. I, trad de JOSÉ MEDINA ECHAVERRIA e outros, Fondo de Cultura Economica, México, 1969), em realidade, embora superponha as idéias de legitimidade racional e de legitimidade (pág. 30), em trecho posterior de sua obra (pág. 640) afirma: “Direito Natural é o conjunto de normas vigentes preeminentemente frente ao direito positivo e independentemente dele, que não devem sua dignidade a um estabelecimento arbitrário, mas, pelo contrário, legitimam a força obrigatória deste. Isto é, o conjunto de normas que valem não em virtude de porvir de um legislador legítimo, mas em virtude de qualidades puramente imanentes: forma específica e única conseqüente da legitimidade que fica quando decaem a revelação religiosa e a santidade hereditária da tradição. O direito natural é por isso a forma específica da legitimidade do ordenamento jurídico *revolucionariamente criado*” (grifo no original). Nisso, evidentemente, a alusão de WEBER a uma legitimidade que não se identifica, estando acima dela, com a legalidade.

11. A afirmação é de WARAT, ob. cit. pág. 129.

12. Vide JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, vol. II, Almeida, Coimbra, 191, pág. 14.

tima. Por isso que a noção de Estado de Direito não consubstancia um fim em si mesmo, mas o meio virtual para a realização da democracia e a construção de uma ordem jurídica legítima.

Pois bem: neste contexto, do Estado de Direito Material, é que se pode — e deve — operar a desmitificação do princípio da legalidade.

Por certo que a sua validade é inquestionável, mesmo enquanto garantidora da forma jurídica, inimiga declarada da arbitrariedade e irmã gêmea da liberdade, na inesquecível dicção de Von IHERING¹³. Imperioso é que não se faça uso da legalidade como mecanismo de escamoteamento do *conteúdo* da noção de Estado de Direito Material.

10. — De outra parte, a desmitificação da legalidade há também de nos levar, na sua conseqüente reconstrução, à instauração dela não como mera pauta de limite da atuação estatal, mas — tal como afirmei inicialmente — como regra de predeterminação do *conteúdo* dessa atuação.

Na tarefa a ser desenvolvida tendo em vista tal reconstrução, muito do que temos a fazer não apresenta sabor de inovação, antes, pelo contrário, consubstanciando mera recuperação de noções já consagradas no nível teórico, mas que, estranhamente, jamais foram levadas plenamente a concreção. Assim, v.g., com a recusa de acatamento à *vinculação negativa* da Administração pela lei. Esta — a doutrina do *negative Bindung* — é pacificamente substituída, no pensamento jurídico moderno, pela de *positive Bindung*, nos termos da qual a lei é *pressuposto* do atuar da Administração¹⁴.

De outra parte, nele visualizando a predeterminação do *conteúdo* da Administração, há de o princípio ser referido, como enfatiza EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA¹⁵, não há um tipo de norma específica e determinada, mas ao ordenamento todo, ao que HAURIOU chamou “bloco da legalidade” De onde, por conseqüência, a imperiosidade de concebê-lo como alcançando a Administração também pelos efeitos contidos na fórmula “*legem patere quam fecisti*”.

11. — As breves observações assim produzidas podem, segundo penso, ao lado de inúmeras outras, a serem colhidas desde outras perspectiva, efetivamente subsidiar a revisão construtiva do princípio, que se reclama. Que não se prestem, no entanto, a justificar senão o repúdio que se confira à concepção meramente formal da legalidade. A recuperação desta, para que subsista consagrada em termos materiais, tenho-a como indispensável à realização das vocações autênticas do Direito.

13. *O Espírito do Direito Romano*, vol. III, trad. de Rafael Benalon, Alba Editora, Rio de Janeiro, 1943, pág. 115.

14. Vide, a propósito, a exposição de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA y TOMAS-RAMÓN FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, quarta edición, Civitas, Madrid, 1983, pág. 413 e ss.).

15. *Ob. cit.*, pág. 413.

Recursos Administrativos

Odete Medauar

Professora Livre-Docente da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO: 1. *Introdução* — 2. *Noção* — 3. *O recurso administrativo e o controle interno da Administração* — 4. *O recurso administrativo e o processo administrativo* — 5. *O recurso administrativo e a defesa de direitos e interesses de administrados* — 6. *Vantagens para o administrado* — 7. *Como são disciplinados nos ordenamentos* — 8. *O que é suscetível de recursos administrativos* — 9. *Quem pode interpor recurso* — 10. *Condições de forma* — 11. *Prazo de interposição* — 12. *Prazo de decisão* — 13. *Efeito da interposição quanto à execução do ato impugnado* — 14. *Efeitos da decisão do recurso sobre o ato impugnado* — 15. *A questão da prévia exaustão das vias administrativas.*

1. Introdução

Numa época em que, pela amplitude de suas funções, o Estado, ao desempenhar sua atividade administrativa, afeta direitos e interesses dos indivíduos e num momento de “crise do Poder Judiciário”, parece oportuno estudar um dos meios pelos quais se torna possível obter alteração de decisões tomadas no âmbito da Administração Pública.

Ao examinarmos o tema dos recursos administrativos, trataremos de seus aspectos gerais, ou seja, dos pontos fundamentais do seu regime jurídico geral, sem abarcar cada uma das espécies. Para melhor compreensão dos preceitos vigentes no ordenamento pátrio e da “doutrina” dos recursos administrativos mencionaremos, por vezes, o direito estrangeiro.

2. Noção

Na lição de CRETELLA JUNIOR¹ recurso administrativo é o “*remedium juris* que consiste na provocação a reexame de um caso, na esfera administrativa, perante a mesma autoridade ou outra de superior hierarquia”

1. *Tratado de Direito Administrativo*, vol. VI, Ed. Forense, p. 235.

Ao interpor recurso administrativo o indivíduo pretende que a Administração altere uma decisão adotada, para, de regra, anulá-la, revogá-la ou modificá-la parcialmente.

Tais recursos tramitam, são decididos e se esgotam no âmbito da Administração Pública, sem vinculação direta com a função jurisdicional, tendo, portanto, regime jurídico próprio, que não se confunde com as notas características dos recursos perante o Judiciário.

3. O recurso administrativo e o controle interno da Administração

Propiciando, por provocação do interessado, o reexame de medidas adotadas, os recursos administrativos apresentam-se como um dos modos pelos quais a Administração fiscaliza seus próprios atos para que o interesse público seja atendido e a legalidade preservada. Sob este aspecto inserem-se em estudos dedicados ao "Controle da Administração", como ocorre na obra de DEBBASCH, "*Science Administrative*" (3ª ed., 1976, p. 649).

Na verdade, a vigilância exercida por órgãos superiores da hierarquia sobre atos dos subordinados foi historicamente e por longo tempo a única forma de controle incidente sobre a Administração; príncipes e depois governantes eleitos sempre invocaram e exercem direito de vigilância sobre atos dos escalões inferiores e consentiram, paralelamente, que particulares oferecessem reclamações contra tais atos; conhecer essas reclamações configurava meio de informar-se e também de corrigir erros; bem antes de ser afirmada a necessidade de submeter a Administração ao controle por provocação, do Poder Judiciário ou a outro órgão de controle externo, já se realizava o autocontrole, a auto-regulação da Administração pela própria Administração².

Atualmente o controle externo, sobretudo o controle jurisdicional, está organizado em toda parte, mas os meios de controle interno não desapareceram nem perderam sua utilidade.

4. O recurso administrativo e o processo administrativo

Os recursos administrativos aparecem mencionados também em obras ou capítulos destinados ao exame do processo ou procedimento administrativo, entendido como o conjunto de operações necessárias para que o ato administrativo seja editado e produza todos os seus efeitos jurídicos. Por exemplo, nos trabalhos de CRETELLA JUNIOR (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. VI, dedicado ao Processo Administrativo), VILLAR Y ROMERO (*Derecho Procesal Adminis-*

2. BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER, *Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, Paris, Ed. Cujas, 1973, p. 263.

trativo; Madrid, 2ª ed., 1948), GUY ISAAC (*La Procedure Administrative Nono-Contentieuse*, Paris, 1968) e HÉCTOR JORGE ESCOLA (*Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, 1981).

5. O recurso administrativo e a proteção de direitos e interesses de administrados

Sob ângulo subjetivo encontramos os recursos administrativos considerados como instrumentos de proteção ds direitos dos cidadãos eventualmente lesados pela Administração, como afirma CARLOS S. DE BARROS JUNIOR (Recursos Administrativos, "in", Revista de Direito Administrativo, nº 13, 1948, p. 41) e BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER (*Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, p. 279). Para GARCIA DE ENTERRIA "os recursos administrativos constituem uma garantia para os indivíduos afetados por decisões da Administração na medida em que asseguram a possibilidade de reagir contra elas e, eventualmente, de eliminar o prejuízo que comportam"³.

6. Vantagens para o administrado

Encarados sob o aspecto objetivo, como instrumento do controle interno ou sob o prisma subjetivo, na qualidade de meio para proteção de direitos e interesses dos cidadãos ou estudados como espécie de procedimento administrativo, tais recursos oferecem algumas vantagens aos administrados, sobretudo se comparados aos meios jurisdicionais.

Apresentando-se menos formalistas e onerosos que as vias jurisdicionais, tornam-se mais acessíveis aos indivíduos⁴. Por outro lado, o reexame ensejado pela interposição de recurso administrativo abrange questões atinentes à oportunidade e conveniência da decisão administrativa, o que não ocorre com a apreciação pela via jurisdiccional.

Expressão da relevância desses meios nos fornece o ordenamento francês, no qual o direito de interpor recurso administrativo consagrou-se como princípio geral do direito, tendo o Conselho de Estado firmado entendimento de que esse recurso existe de modo geral, em todos os assuntos, mesmo sem texto que o preveja expressamente (decisão no caso Queralt, junho de 1950); o recurso administrativo é de "direito comum", só podendo ser afastado por texto legal que o exclua de modo explícito.

Em nosso entender a mesma orientação deve predominar em todos os ordenamentos, admitindo-se, de regra, mesmo sem previsão expressa, a recorribilidade administrativa das decisões da Administração.

3. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, 1982, p. 436.

4. BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER, *Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, p. 263.

A importância de tais meios não deve, entretanto, conduzir a enganos quanto a sua eficácia na proteção dos direitos dos cidadãos. O fato de que é a própria Administração quem decide o recurso; a inexistência, em geral, da obrigação de decidir e também a possível solidariedade entre os diversos escalões da hierarquia permitem ponderar que o recurso administrativo é remédio limitado. Para GARCIA DE ENTERRIA⁵, “os recursos administrativos são, sem dúvida, uma garantia para os particulares, uma garantia nada desprezível, mas uma garantia limitada que em nenhum caso é lícito supervalorizar”.

7 Como são disciplinados nos ordenamentos

Presentes em todos os ordenamentos, têm modos diversificados de regulação. Há direitos em que o regime jurídico dos recursos administrativos encontra-se rigorosamente fixado pelo legislador nos Códigos ou Leis de Procedimento Administrativo, como ocorre na Espanha, Argentina e Alemanha Federal. Em outros, a exemplo da França, a disciplina foi, pouco a pouco, modelada pela jurisprudência. E existem ordenamentos nos quais os recursos administrativos têm disciplina incompleta. É o caso do direito brasileiro, em que se estabelecem normas para recursos de funcionários públicos no texto dos estatutos (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - Lei nº 1.711, de 28-10-1952 - arts. 164 a 173; Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo - Lei nº 10.261, de 28-10-1968 - arts. 239 a 240) e para recursos em alguns assuntos específicos, cuja decisão em geral compete também a órgãos específicos da Administração, cuja missão precípua é decidir apelos administrativos, como ocorre, por exemplo, em matéria fiscal (recursos perante Tribunais de Impostos e Taxas). Nos textos que regulam licitações e nos editais de concursos públicos é habitual a menção a recursos administrativos, somente com indicação dos prazos de interposição e autoridade competente para decidir.

8. O que é suscetível de recursos administrativos

Contra que atuações ou atos da Administração admitem-se recursos? Os vários aspectos dessa indagação são discutidos na doutrina, com muitas divergências, que se refletem no direito legislado dos vários ordenamentos.

a) Uma das questões controvertidas diz respeito à recorribilidade das chamadas “operações materiais” da Administração, das simples atuações concretas, tais como, jogar pedriscos em ruas não asfaltadas, guinchar veículos, tapar buracos do asfalto, etc.

5. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, 1982, p. 438.

No entendimento de GUY ISAAC⁶ só cabe recursos contra decisões jurídicas, contra atos administrativos. VILLAR Y ROMERO⁷, na mesma linha afirma que o recurso origina-se sempre de ato administrativo que se queira desfazer; recursos sempre impugnam atos.

Na verdade parece difícil conceber recurso administrativo contra operação material; de regra, tais atuações se exauram de imediato e também são irreversíveis. Aos indivíduos que se considerem lesados resta a utilização de requerimentos administrativos ou das vias jurisdicionais para solicitar reparação de danos. No entanto, caso as operações materiais sejam reversíveis ou então apresentem-se dotadas de continuidade, com atuações que se repetem várias vezes, entendemos ser cabível recorrer de tais operações, para que a autoridade administrativa determine seu desfazimento ou sua sustação.

b) Outro ponto debatido na doutrina diz respeito aos atos internos, tais como circulares, ordens de serviço, instruções, atinentes à organização dos serviços. Grande parte da doutrina manifesta-se pelo não cabimento de apelos contra tais atos, vistos esgotarem-se no âmbito das repartições e não lesarem direito ou interesse pessoal de administrado algum. É a opinião de CARLOS S. DE BARROS JUNIOR⁸, LAFAYETTE PONDÉ⁹ e VILLAR Y ROMERO¹⁰. Referidos autores certamente firmaram entendimento na suposição de que tais atos sejam editados com as finalidades apontadas na doutrina, visando, portanto, somente à ordenação interna de serviços, sem repercussão alguma fora do recinto das repartições. Com tais objetivos, não há que se falar de recursos contra tais atos, emanados de autoridades hierarquicamente superiores a subordinados. Mas se os atos concebidos como internos afetarem direitos de particulares, como sói acontecer no Brasil, parece-nos ser possível a interposição de recursos.

c) Pode-se recorrer da inércia ou silêncio da Administração? A inércia ou silêncio da Administração muitas vezes pode acarretar prejuízos tão graves aos indivíduos quanto um ato ilegal. Muitos ordenamentos admitem recurso quanto a Administração, após prazo determinado, não tomou decisão que deveria editar ou não respondeu a pedido que lhe foi dirigido, equivalendo a inércia e o silêncio a um indeferimento. Assim, por exemplo, no direito francês; após o prazo de quatro meses sem que haja decisão, o interessado pode recorrer ao superior hierárquico da autoridade que deveria ter emitido manifestação. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, no art. 239, V, prevê o cabimento do recurso hierárquico quando o apelo dirigido à mesma autoridade responsável pelo ato impugnado não receber decisão no prazo legal (30 dias), equivalendo o silêncio ao indeferimento.

6. *La Procedure Administrative Non-Contentieuse*, Paris, 1968.

7. *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, 1948, p. 124.

8. *Recursos Administrativos*, "in" RDA nº 13, 1948, p. 43.

9. *Princípios Gerais do Recurso Administrativo*, RDA nº 23, 1951, p. 21.

10. *Derecho Procesal Administrativo*, p. 124 e 126.

A possibilidade de recurso contra a inércia ou silêncio deve sempre existir e na ausência de prazo para a autoridade decidir o interessado aguardará tempo razoável, após o qual apelará ao órgão imediatamente superior.

9. Quem pode interpor recurso

A questão fundamental que se coloca no tocante ao sujeito que pode recorrer está na necessidade ou não de direito ou interesse individual, próprio, na alteração da decisão anterior.

No direito italiano exige-se que o “ato administrativo incida sobre um interesse próprio do recorrente, individual e não geral à coletividade, *uti singulus* e *non uti civis*”¹¹. O mesmo vigora no ordenamento espanhol, segundo expõe MARTIN MATEO (*Manual de Derecho Administrativo*, 1980, p. 388).

Para o francês GUY ISAAC a possibilidade de interposição não está sujeita a condição alguma relativa ao interesse, sendo nesse sentido a jurisprudência do Conselho de Estado francês. Segundo afirmam BAIBANT, QUESTIAUX e WIENER na maioria dos ordenamentos o “recurso é aberto a qualquer pessoa interessada na decisão, mesmo que não seja sua principal destinatária”¹².

Tendo em vista que a Administração atua para atender de modo imediato, contínuo e concreto, ao interesse da coletividade e ante o fato de que decisões de autoridades administrativas podem afetar interesses coletivos ou difusos, parece-nos que a possibilidade de recorrer deve guardar relação com a repercussão ou alcance dos efeitos da medida impugnada. Se a decisão da Administração afetar diretamente só uma determinada pessoa, a esta caberá, com exclusividade, a interposição de recurso. Caso o ato atinja diretamente um grupo de interessados ou a coletividade, a qualquer um dos integrantes desse grupo ou da coletividade seria aberta a via do recurso administrativo para tentar obter sua alteração.

10. Condições de forma

Inexiste, quanto aos recursos administrativos, rigorismo de forma. De regra não se exige forma especial, salvo expressa previsão de lei. Devem apresentar-se por escrito, embora nem todo escrito possa ser considerado recurso. LAFAYETTE PONDÉ bem observa que se tem recusado possa o recurso ter a forma de carta e cita manifestação do

11. LANDI E POTENZA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milão, 6ª ed., 1978, p. 641. Já em 1901, ORLANDO, no seu trabalho “*La Giustizia Amministrativa*”, inserido no vol. III do *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano* afirmava que o “recurso deve emanar de quem tenha um interesse pessoal na anulação ou modificação do ato impugnado” (p. 678).

12. *Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, p. 273.

DASP, no sentido de que “a carta particular não é meio hábil para pleitear decisões administrativas, como repetidamente tem sido decidido”¹³.

É de praxe que o instrumento de recurso contenha indicação do recorrente, da autoridade que editou a decisão impugnada, do ato recorrido, dos motivos pelos quais é solicitado o reexame e contenha também manifestação de ser revista a medida.

11. Prazo de interposição

Havendo prazo para interposição, este tem caráter peremptório. A não observância dos prazos de recurso é considerada de modo diverso, de acordo com a maior ou menor rigidez de tratamento da matéria nos diferentes ordenamentos. Assim, por exemplo, no direito espanhol a perda dos curtos prazos para recorrer (15 dias para o hierárquico e 30 dias para o pedido de reconsideração) acarreta não somente a impossibilidade para sempre de recorrer, mas também a condição de ato sanado de vícios à decisão da Administração, que permanece, desse modo, inatacável, não podendo o interessado utilizar-se da via jurisdicional para combatê-lo¹⁴; a regra, vigente no direito espanhol, de prévio esgotamento da via administrativa pela interposição de recursos, traz consequências graves no caso de não cumprimento dos prazos recursais.

Nos ordenamentos francês e belga não há limite de tempo para interposição de recurso administrativo; mas se o interessado pretender ir à jurisdição administrativa, se a decisão do recurso não favorecê-lo, deverá ingressar com o recurso no prazo fixado para ajuizar a ação, pois assim procedendo terá prorrogado o prazo da via jurisdicional até solução do recurso.

No direito brasileiro não há uniformidade nos prazos de recurso, mesmo no âmbito da Administração de cada esfera política; cada lei ou decreto regular de um tipo de assunto estabelece prazos específicos. Algumas tendências podem ser apontadas; os prazos de recurso para funcionários, relativos, portanto a decisões sobre direitos e deveres funcionais, são mais longos que os prazos de recursos contra atos do procedimento licitatório ou que os prazos de recursos de lista de classificação em concursos de ingresso ou acesso.

Aspecto que enseja indagação no ordenamento pátrio, em que não há lei geral de procedimento administrativo e no qual o recurso administrativo é um meio a mais oferecido ao particular para defesa de seus direitos, é o da conduta da Administração ante recursos oferecidos fora do prazo. À vista do preceito da peremptoriedade dos prazos de interposição a Administração, de regra não conhece do re-

13. *Princípios Gerais do Recurso Administrativo*, “in” RDA, nº 23, 1951, p. 22.

14. GARCIA DE ENTERRIA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 1982, p. 439.

curso; mas, tendo em vista que o recurso administrativo também é meio de exercício do controle interno, se a autoridade administrativa verificar, pela leitura do recurso, a incidência de ilegalidade ou de medidas que ferem o interesse público, poderá, de ofício, determinar a revisão do caso.

No tocante ao momento em que se inicia o curso dos prazos, vigora a regra da data de publicação oficial ou data em que o interessado conheceu a decisão, no caso de não divulgada publicamente.

12. Prazo de decisão

Os ordenamentos que têm códigos ou leis gerais de procedimento administrativo fixam prazos uniformes para a autoridade decidir os recursos; nos ordenamentos sem códigos ou leis gerais, para cada matéria podem ser estabelecidos prazos diferentes. No entanto, em qualquer dos modos de tratamento, não há, para a autoridade administrativa, conseqüência alguma pelo desatendimento dos termos. Para salvaguarda dos direitos dos administrados, especialmente quando há vínculo entre a via administrativa e a via jurisdicional, costuma-se equiparar a indeferimento ou rejeição o silêncio da autoridade após certo lapso de tempo. Por exemplo: o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo fixa o prazo de trinta dias para a decisão do pedido de reconsideração; decorrido esse tempo, sem decisão, o funcionário poderá interpor recurso hierárquico. No direito espanhol após três meses e um mês respectivamente da interposição do recurso hierárquico e do pedido de reconsideração, sem que haja comunicação de sua solução, consideram-se rejeitados os recursos.

13. Efeito da interposição quanto à execução do ato impugnado

O preceito predominante é o da não suspensão dos efeitos do ato impugnado pela interposição do recurso. Essa regra encontra fundamento na presunção de legalidade do ato administrativo, na sua característica de auto-executoriedade e no princípio de que a Administração atua para atender ao interesse público. Entretanto, caso a executoriedade possa acarretar, ao recorrente, dano irreparável, a autoridade administrativa determinará a suspensão da eficácia do ato. No direito brasileiro a norma é a não suspensão dos efeitos, salvo o caso de texto expresso que estabeleça, em certa matéria, o efeito suspensivo do recurso. Exemplo de efeito suspensivo encontra-se na Lei paulista de licitações e contratos — Lei nº 89, de 27-12-1972 — que deu efeito suspensivo para o recurso contra habilitação ou inabilitação de licitante (art. 68, inciso I, alínea “a”).

No direito estrangeiro aparecem algumas exceções à não suspensividade. No direito austríaco a suspensão é a regra, quando não foi excluída por uma lei ou afastada pelo órgão de recurso por razões

de urgência devidamente justificadas; na Alemanha Federal a interposição de recurso impede, em princípio, a execução dos atos que imponham obrigações a um particular¹⁵.

14. Efeitos da decisão do recurso sobre o ato impugnado

O recurso administrativo visa a provocar o reexame de uma decisão da Administração, pretendendo, o interessado, em geral, alteração de medida anterior.

A solução do recurso expressa-se por um ato administrativo no qual a autoridade competente pode não dar provimento ao recurso ou, acolhendo-o, pode determinar a anulação, revogação ou modificação parcial do ato.

Em síntese, a solução do recurso vai acarretar ou a manutenção da medida impugnada ou sua alteração.

Se à autoridade competente para conhecer o recurso atribui-se o poder de alterar o ato impugnado, cabe indagar se essa faculdade é ilimitada.

O interessado ao interpor recurso evidentemente busca benefícios, melhorias, vantagens, reconhecimento de direitos, satisfação de interesses.

O recurso limitaria o poder de decisão da autoridade competente somente aos termos aí contidos? Pode a Administração, ao decidir o recurso, piorar a situação do interessado? Ou melhorá-la?

Essa questão tradicionalmente é discutida sob o ângulo da reforma para pior, ou seja, da "reformatio in pejus"

Ao estudarem o problema BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER¹⁶ observam que o recurso administrativo pode ser considerado sob ângulo essencialmente subjetivo, como instrumento de defesa de direitos e interesses do indivíduo; em decorrência a Administração seria obrigada a apreciar o recurso nos termos em que foi interposto; o recorrente não teria agravada sua situação.

Sob prisma objetivo o recurso configura meio de assegurar a regularidade e correção da atividade administrativa, cabendo à autoridade competente não só apreciar as alegações do recurso, mas reexaminar, no seu conjunto, "o ato impugnado; por conseguinte, a proteção de interesses do administrado é apenas um elemento da situação submetida ao órgão de recurso; o recurso desencadeia o controle, mas não condiciona a extensão do controle"¹⁷. Surgindo a

15. BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER, *Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, p. 276.

16. *Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, p. 278.

17. BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER, op. cit., p. 278.

necessidade de reformar para pior, há conflito entre o aspecto subjetivo e o objetivo do recurso.

A tendência geral faz prevalecer o aspecto objetivo sobre o subjetivo, admitindo a “reformatio in pejus”.

Na França o Conselho de Estado firmou jurisprudência no sentido de que a autoridade superior tem a faculdade de reformar ou anular decisão do subordinado mesmo em sentido contrário à pretensão do recorrente. Nos ordenamentos austríaco, alemão e italiano, da mesma forma, vigora a ilimitação para reformar. O direito brasileiro admite igualmente a “reformatio in pejus”, excepcionando-a em poucas hipóteses, como ocorre com a revisão do procedimento administrativo disciplinar; por exemplo, o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo (art. 313) e do Município de São Paulo - Lei nº 8.989, de 29-10-1979 - (art. 220, § 2º) vedam que a pena seja agravada em consequência da revisão.

Há ordenamentos em que vigora o preceito inverso. Assim, no direito espanhol jurisprudência fixada a partir de 1972 proíbe a “reformatio in pejus” de atos administrativos objeto de recurso; as exceções deverão estar previstas em lei¹⁸.

Quanto à possibilidade de reformar para melhor, concedendo-se ao recorrente mais do que solicitou, é amplamente admitida, não se registrando então, conflito entre os aspectos subjetivo e objetivo do recurso.

15. A questão da prévia exaustão das vias administrativas

O problema da exigência de exaurir primeiro as vias administrativas para depois utilizar a via jurisdicional aparece suscitado nos estudos dedicados aos recursos administrativos, porque mediante tais recursos obtém-se posição definitiva da Administração em determinado caso.

O tema surge tratado também sob a designação de “coordenação das garantias jurisdicionais e não contenciosas”¹⁹ sob o nome de “atuação da via administrativa de recursos e da via jurisdicional”²⁰.

A questão é de grande relevo, pois, como afirma ADA PELLEGRINI GRINOVER “a exaustão das vias administrativas configura uma das condições da ação e exatamente o interesse de agir”²¹, trazendo

18. GARCIA DE ENTERRIA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 1982, p. 457. Referido autor, vendo o recurso predominantemente como garantia para o administrado, discorda da possibilidade da “reformatio in pejus”, aplaudindo a jurisprudência do seu país, pois contradiz a “própria essência institucional do recurso administrativo” (p. 455).

19. GUY ISAAC, *La Procédure Administrative Non-Contentieuse*, p. 647.

20. GARCIA DE ENTERRIA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 1982, p. 438.

21. *O Contencioso Administrativo na Emenda nº 7/1977, “In” O Processo em sua Unidade*, 1978, p. 63-64.

repercussão no acesso ao Poder Judiciário para defesa de direitos violados.

Nota-se, ao estudar o direito estrangeiro, diversidade acentuada no modo de disciplinar matéria. Examinaremos, de modo sintético, o sistema de três ordenamentos para depois considerar o tratamento dado pelo direito pátrio.

No direito francês exige-se, para o ingresso na jurisdição administrativa, uma decisão prévia da Administração, uma única instância administrativa, com a finalidade de obtenção de pronunciamento anterior da Administração a respeito do caso. A obrigatoriedade da "décision préalable" teria aspectos vantajosos, segundo GUY ISAAC: para a Administração — não ser conduzido à via jurisdicional sem antes tomar posição sobre o assunto; para o particular — impedi-lo de ingressar na jurisdição administrativa para discutir matérias que a tanto não se prestam ou pontos que a autoridade estaria disposta a satisfazer; para o juiz - facilitar sua missão" ²².

A exigência de decisão prévia não se impõe, no entanto, para o ingresso aos tribunais da jurisdição ordinária; somente para a jurisdição administrativa (contencioso administrativo).

E a obrigatoriedade da decisão prévia não se confunde com a exaustão das vias administrativas ou exaustão dos recursos administrativos. No direito francês, a regra é a não obrigatoriedade de interposição de recursos administrativos, salvo alguns casos, como por exemplo, em matéria fiscal e previdenciária.

No direito italiano, não se impõe o prévio esgotamento tratando-se de atos lesivos de direitos subjetivos públicos, a serem apreciados pela jurisdição ordinária; cogitando-se de interesses legítimos, o acesso à jurisdição administrativa depende da prévia exaustão das vias administrativas.

Na Espanha o ingresso na via contenciosa administrativa condiciona-se ao esgotamento dos recursos administrativos que se apresentam, na expressão de GARCIA DE ENTERRIA, como "um privilégio da Administração e um correlato ônus para os administrados" ²³. O mesmo autor tece crítica a esse sistema, pregando a revisão da exigência, para tornar facultativa a via recursal administrativa, especialmente com a finalidade de facilitar o acesso ao Poder Judiciário.

No direito brasileiro, pode-se afirmar, vigora o princípio da não exigência de exaustão prévia das vias administrativas.

A segunda parte do § 4º do art. 153 da Constituição Federal aventa a *possibilidade* de condicionar-se o ingresso em juízo ao prévio esgotamento das vias administrativas, desde que não exigida garantia de

22. *La Procédure Administrative Non-Contentieuse*, p. 658 e segts.

23. *Op. cit.*, p. 438.

instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão do pedido. Mas, a possibilidade não se concretizou até o presente, nem de modo genérico, nem em matérias específicas (arts. 110 e 203 da Constituição Federal).

No momento em que se pretender, em qualquer assunto, condicionar o acesso ao Judiciário à prévia exaustão das vias administrativas a observação de ADA PELLEGRINI GRINOVER deve prevalecer: “o § 4º do art. 153 constitui um todo, que deverá ser interpretado em harmonia com o regime constitucional: a exaustão das vias administrativas, prevista na segunda parte do dispositivo, só será legítima na medida em que não infringir a primeira parte do artigo, que garante o acesso às vias jurisdicionais em caso de lesão de direitos individuais. Toda vez que o prévio esgotamento das vias administrativas acarretar tal lesão, haverá de imediato interesse de agir (interesse-necessidade) e conseqüentemente possibilidade imediata de acesso ao Judiciário”²⁴.

No tocante ao impedimento de interposição de mandado de segurança contra ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independe de caução, configura, a nosso ver exceção ao preceito de não exigência de exaustão prévia, devendo ser entendida, mesmo assim, nos termos das considerações supracitadas, expendidas por ADA PELLEGRINI GRINOVER.

24. Op. cit., p. 65.

Representações Públicas

Antônio Chaves

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

SUMÁRIO: 1. *Conceito* — 2. *O contrato de representação* Natureza *Partes intervenientes* — 3. *Obrigações e direitos do empresário* — 4. *Obrigações e direitos do autor* — 5. *Recebimento e Impenhorabilidade* — 6. *Participação de artistas remunerados e intuito de lucro* — 7. *Subvenções, ajudas de custo, etc., integram a renda bruta da peça teatral* — 8. *A venda de "posters" e programas ilustrados (e que transcrevem trechos da peça teatral) fazem parte, também, da renda bruta da peça* — 9. *Duração do contrato. Suspensão e resolução* — 10. *A representação, de lege ferenda.*

1. Conceito

As empresas teatrais são de origem antigüíssima, tendo mesmo constituído o ponto de partida não só da lei pioneira francesa de 1871, para o surto de disposições legislativas relacionadas com o direito de autor, como também para a fundação da primeira entidade de defesa: a Sociedade dos Autores e Compositores Dramáticos, por SCRIBE, aos 07-03-1829.

Certamente, comédias e dramas podem ser representados independentemente da sua reprodução em caracteres tipográficos, tal como se verifica, com maior nitidez ainda, com a execução das peças musicais.

Quando, porém, ocorre semelhante multiplicação em exemplares, a aquisição de um deles não esgota sua finalidade pela leitura privada: permite também sua representação pública, que, tal como a execução em público de um disco ou de um cassete, não é lícita a não ser com o consentimento do autor.

O art. 27 da lei francesa, enumera como meios de comunicação direta da obra ao público:

- recitação pública;
- execução lírica;
- representação dramática;

- apresentação pública;
- difusão por qualquer processo das palavras, dos sons ou das imagens;
- projeção pública;
- transmissão da obra radiodifundida pelo meio de um alto-falante e eventualmente de uma tela de radiotelevisão colocada em lugar público.

São todos meios de comunicação incorpórea, ou direta, por entrar a obra em contato com o público sem a intermediação de um exemplar ou suporte material que possa manusear.

Não definiram o que sejam representação e execução nem a lei nº 5.988 nem o Código Civil, que se limitava a dispor, no antiquado art. 657, entender-se anuir o autor, publicada e exposta à venda uma obra teatral ou musical, a que se represente, ou execute, onde quer que a sua audição não for retribuída.

Por representação, na acepção que nos interessa, entende-se pois a execução artística por meio de espetáculo público, ou, como quer VALERIO DE SANCTIS, “apresentar a obra ao público, numa sua realização interpretativa, auditiva ou audiovisual.”

“De um modo geral” — elucida a *Guide de la Convention de Berne*, Genève, Ompi, 1978, pág. 74 —, “representação” aplica-se às obras dramáticas ou dramático-musicais porque etimologicamente significa a ação de desempenhar peças numa cena; assim tanto obras teatrais puramente dramáticas, como acompanhadas de música (ópera, operetas, comédias musicais, etc). Por outro lado, a palavra “execução” é antes empregada para as obras musicais, porque ela implica a idéia de interpretação da partitura.

A Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, revista em Paris a 24-07-1971, que, por ter sido promulgada entre nós pelo Dec. 75.699, de 06-05-1975, também é lei interna, com relação aos jurisdicionados dos países signatários, reconhece aos autores de obras dramáticas, dramático-musicais e musicais o direito exclusivo de autorizar:

1º — a representação e a execução públicas das suas obras, inclusive a representação e a execução pública por todos os meios e processos;

2º — a transmissão pública por todos os meios da representação e da execução das suas obras.

Os mesmos direitos são concedidos aos autores de obras dramáticas ou dramático-musicais, por toda a duração dos seus direitos sobre a obra original, no que respeita à tradução das suas obras (art. 11).

Estabelece a lei francesa diferença entre a comunicação direta, que ocorre quando os destinatários são convocados a perceber a interpretação de uma obra, como no caso da obra dramática, — e a comunicação indireta, constituída através da reprodução de uma criação literária, musical, artística (edição gráfica), ou a gravação de uma interpretação (edição sonora).

Critica HENRI DESBOIS a terminologia da lei, considerando que teria sido melhor recorrer à idéia de comunicação do que ao direito chamado de representação, muito embora ao conceito de reprodução, que atinge o fato da cópia ou da gravação, contraponha-se ao direito de comunicação direta ou indireta:

“Se o Parlamento sacrificou a propriedade das expressões, é muito verossimilmente, porque a noção de representação beneficiava da autoridade de uma tradição muito longa, mas para remediar à estreiteza do conceito, concretizou longo seu pensamento dando numerosos exemplos daquele dos dois direitos que ela opunha ao direito de reprodução”.

Basta percorrer o dispositivo do art. 27 da lei francesa — adita — que apresenta uma lista não exaustiva de iniciativas submetidas ao direito de representação, para concluir que os redatores, com a expressão — representação — cobrem toda uma gama de prestações, diferentes por natureza de um espetáculo dramático.

Realça outrossim que o modo técnico de designação das iniciativas, que são tributárias do direito chamado de representação, é o que figura desde a primeira linha do mencionado dispositivo: “comunicação direta da obra ao público”, em oposição à “fixação material da obra por todos os processos que permitem comunicá-la ao público de uma maneira indireta”, isto é, a reprodução.

Põe em realce o defeito da terminologia, uma vez que muitas comunicações, qualificadas de diretas pelo vocabulário do art. 27, tem lugar por intermédio de um suporte material, ao invés de ser o fato de intérpretes ou de atores que se apresentam diante do público, como é o caso da audição de discos e da projeção de filmes.

Conseqüentemente, comunicação direta e indireta teriam podido designar, com mais exatidão, respectivamente, a representação ou a interpretação propriamente dita, de uma parte, e a audição de um disco ou a projeção de um filme, de outra parte. E mesmo, no quadro da comunicação indireta tomaria lugar a emissão radiofônica ou televisual, que é tratada como uma representação propriamente dita: um agente de difusão se interpõe entre a execução e a percepção, uma vez que as ondas transmitem as emissões através do espaço como os discos ou os filmes garantem a duração a impressões fugídias.

Recrimina ainda que o inventário não tenha sido levantado com mais atenção. A “representação dramática” correspondente aos espetá-

culos de execução lírica e recitação pública, porque, diferentemente da audição de um disco ou da projeção de um filme, não implicam a intervenção de um suporte material, sobre o qual tenham sido fixados os sons ou as imagens. Tratar-se-ia, mais propriamente, de uma comunicação imediata, entre presentes, do intérprete aos espectadores ou aos ouvintes:

“É em virtude de uma tradição firmemente estabelecida que as *execuções líricas* foram assimiladas às interpretações de obras teatrais, devendo-se por isso entender, não somente as óperas ou as óperas-cômicas, mas todas as obras de canto, acompanhadas ou não por instrumentos”.

Subordina o art. 30 da lei nº 5.988 à permissão do autor de obra literária, artística ou científica, qualquer forma de sua utilização, exemplificando:

- I. a edição;
- II. a tradução para qualquer idioma;
- III. a adaptação ou inclusão em fonograma ou película cinematográfica;
- IV. a comunicação ao público, direta ou indireta, por qualquer forma ou processo.

Como tipificação desta última modalidade, limita-se a indicar:

- a) execução, representação, recitação ou declamação;
- b) radiodifusão sonora ou audiovisual;
- c) emprego de alto-falantes, de telefonia com fio ou sem ele, ou de aparelhos análogos;
- d) videofonografia.

Acrescenta o parágrafo único que se essa fixação for autorizada, sua execução pública, por qualquer meio, só se poderá fazer com a permissão prévia, para cada vez, do titular dos direitos patrimoniais de autor.

O dispositivo, evidentemente, compreende toda e qualquer gravação, e não apenas, como poderia parecer, a videofonografia.

Pelo art. 35, são independentes entre si as diversas formas de utilização da obra intelectual, deixando por essa forma fora de dúvida que para cada uma delas deverá o interessado obter a indispensável licença de aproveitamento.

Cinge-se, a mesma lei, no Capítulo II, sob a epígrafe “Da representação e execução”, a compendiar, arts. 73-79, os dispositivos vigentes por ocasião da promulgação do diploma em textos legais esparsos.

2. O contrato de representação. Natureza. Partes intervenientes

Não é regulamentado pela Lei nº 5.988, que apenas prevê, genericamente, no art. 52, poderem os direitos do autor ser total ou parcialmente cedidos a terceiros.

Define-o a lei francesa, art. 43, I, como

aquele pelo qual o autor de uma obra intelectual e seus sucessores e cessionários autorizam uma pessoa física ou moral a representar mencionada obra das condições que determinarem...

É, pois, *contrato geral de representação* aquele pelo qual autores, por si ou pela sua associação, confere a um empresário de espetáculos a faculdade de representar pela duração do contrato, suas obras atuais ou futuras, nas condições determinadas pelo contrato, pela lei ou pelos costumes.

Separa a alínea seguinte, dos demais, o contrato geral de representação, como tal considerado “aquele pelo qual um organismo profissional de autores confere a um empresário de espetáculos a faculdade de representar, pelo tempo de duração do contrato, as obras atuais ou futuras que constituem o repertório do mencionado órgão nas condições determinadas pelo autor ou seus interessados”.

Qual a natureza do contrato de representação?

Lembra ROBERT PLAISANT ser sinalagmático: coloca o autor em relação com um empresário de espetáculos que assume a incumbência do aproveitamento da obra ou das obras. Implica cessão de direito submetida a condições determinadas e subordinadas ao respeito de obrigações recíprocas:

Não se trata nem de uma associação, nem de uma venda, nem de uma cessão incondicional. Não se trata, além disso, de uma locação de serviços, porque o autor não promete ao empresário de espetáculos a criação de uma obra, mas proporcionar-lhe a fruição de uma obra composta e acabada. Poderia tratar-se de uma locação de coisas: o autor continua proprietário de sua obra e, por meio de uma remuneração, assume o compromisso de proporcionar ao empresário de espetáculos durante um certo tempo o gozo de sua coisa.

Podem todavia existir contratos de representação a título gratuito e isto seja de um lado como de outro.

A dúvida deixou de ter sentido depois que as leis começaram a considerar o de representação como um contrato típico, de prestações correspectivas, oneroso, de concessão de direitos.

Nas suas relações com o empresário de espetáculos, o autor não faz um ato de comércio, ao passo que as empresas de espetáculos são considerados comerciais.

O compromisso do empresário tem caráter estritamente pessoal, não permitindo o art. 44, alínea 4ª, da lei francesa, que o transfira sem o consentimento formal por escrito do autor ou do seu representante, procurando evitar, por essa forma, especulações.

Assinala J. HEIFETZ que o contrato de representação diferencia-se do de edição, principalmente pelo seu conteúdo econômico:

“O aproveitamento de uma obra dramática, e, até certo ponto, também o de uma obra musical, verifica-se com a sua própria execução. Essas obras exercem suas influências culturais sobre grandes massas de povo, não pela leitura que delas se pode fazer, mas através de sua representação cênica, e o proveito portanto, que delas obtenham os respectivos autores, decorre não da difusão das obras, mas do seu sucesso teatral.

Do ponto de vista literário podem, assim, estas obras não ter um grande valor, embora sejam capazes, ao mesmo tempo, de constituir objeto do contrato de edição.

Outra série de obras, como pantomimas, coreografias, etc., pode, porém, constituir somente objeto do contrato de representação: o texto eventual pode não ter nenhuma difusão pela imprensa, nem valor algum cultural”.

Nessa mesma ordem de idéias insiste, EUGÈNE POUILLET, “Traité”, pág. 738:

“O direito de representação não compreende, para o autor, senão o direito de autorizar a audição, a execução de sua obra; o direito de publicação compreende o direito de reproduzir a obra por meio de exemplares impressos, gravados ou manuscritos destinados a passar de mão em mão”,

para daí tirar várias conseqüências, avultando a de que a cessão de um não importa a cessão de outro direito. Assim, o diretor de teatro, autorizado a representar uma obra dramática não poderia sustentar estar revestido do direito de publicá-la e, conseqüentemente, do direito de copiá-la para executá-la.

A respeito do contrato geral de representação esclarece que, para facilitar a exploração de certas obras, os autores são levados a confiar o exercício do seu direito de representação a entidades profissionais, geralmente designados como “associações de autores”, habilitados a concluir contratos gerais de representação com os empresários de espetáculos.

O exercício do direito de autor, neste caso, torna-se coletivo.

Tratando-se de uma cessão de direitos de autor, como as demais, totais ou parciais, deverá ser feita sempre por escrito, nos termos do art. 53 da lei, que a presume onerosa. Para valer perante terceiros

deverá ainda ser averbada à margem do registro a que se refere o art. 17.

Pelo contrato de representação e de execução cede o autor o exercício das suas faculdades de natureza patrimonial para o fim de ser representada em público uma obra dramática, dramático-musical, coreográfica, pantomímica ou outra qualquer destinada à representação, como se expressa o art. 136 da lei italiana.

As partes intervenientes são basicamente duas: de um lado o criador ou os criadores da obra, de outro lado, o concessionário. Com esta expressão, observa AMEDEO GIANNINI, *Diritto di Autori*, 1955, pág. 293, o legislador não entendeu aludir somente ao empresário teatral, embora seja esta hipótese mais freqüente na prática, mas também a uma entidade, uma agência teatral, uma agência comissária, uma entidade intermediária etc.

Entre as obras que possam formar objeto do contrato de representação típica não pode ser enquadrada a cinematográfica.

Não se pode afirmar, em tese geral, observa FRANCO BILE, que o concessionário seja obrigado a pagar um correspectivo pela concessão: pode acontecer que a retribuição seja constituída somente pela obrigação de representar a obra, ou até mesmo que autor e concessionário dividam os riscos decorrentes da representação.

Com efeito o risco varia de caso para caso e é particularmente acentuado na representação de obras novas, daí resultando ser fácil compreender como nessa hipótese resulte influenciado o inteiro conteúdo do contrato.

Pelo que diz respeito à extensão da faculdade concedida pelo autor, afirma-se que, salvo convenção em contrário, o direito do concessionário limita-se à representação teatral, não se estendendo também às outras utilizações permitidas pela técnica (difusão por meio do cinema, dos discos, da televisão etc.) (PIOLA GASELLI, De SANCTIS).

Do ponto de vista contratual, o conteúdo do contrato se ocupava especificamente apenas da representação dramática, regulada nos arts. 1.359-1.362.

Mas o surto de novas invenções, o disco, o filme mudo e falado, os gravadores, o rádio e a televisão foram paulatinamente confundindo os conceitos e, ao mesmo tempo, modificando e potencializando esse velho contrato, exigindo sucessivas adaptações do texto legal, já de per si assistemático e inadequado.

3. Obrigações e direitos do empresário

Representam as obrigações do empresário de espetáculos a contrapartida dos direitos do autor, que serão analisados em seguida.

A primeira será requerer a aprovação do espetáculo ou da transmissão, apresentando à autoridade policial o programa, acompanhando da autorização e dos documentos necessário (art. 73, § 2º da Lei nº 5.988);

Deve fixar prazo para a representação ou execução. (art. 74) se não o fizer, permite o art. 74 ao autor, observados os usos locais, assiná-lo ao empresário.

Não pode comunicar, sem licença do autor, o manuscrito da obra a pessoa estranha à representação, ou execução.

Cumpra-lhe anunciá-la previamente ao público na forma usual, indicando o título da obra, o nome do autor, e, se for o caso, nome do tradutor ou adaptador (lei italiana, art. 138, 1).

Deve realizar a representação da obra sem adições, cortes ou variações não consentidas pelo autor. Trata-se de um dever de fidelidade bem retratado no art. 47 da lei francesa: "O empresário de espetáculo deve garantir a representação ou a execução pública em condições técnicas próprias a assegurar o respeito dos direitos intelectuais e morais do autor".

Assume ele, na observação de ROBERT PLAISANT um dever de fidelidade absoluta. Se teme que a obra não tenha sucesso por causa do estado no qual ela lhe foi apresentada, não contrate.

Reproduz em seguida estipulações das associações de direitos autorais francesas, com relação aos teatros, descendo aos pormenores relativos à afixação de cartazes e à alteração das obras. Consigna que a jurisprudência francesa aplica de maneira constante esses princípios. A obra dramática não deve ser deformada.

Dentro do critério que já consignavam o art. 25 do Decreto nº 18.527, de 10-12-1928, e o art. 31 do Decreto nº 5.942 de 16-07-1928, garante expressamente o art. 75 da lei pátria, ao autor, o direito de opor-se à representação ou execução que não esteja suficientemente ensaiada, bem como o de fiscalizar o espetáculo, por si ou por delegado seu, tendo, para isso, livre acesso, durante as representações ou execuções, ao local onde se realizam.

Por exceção, o autor deve manifestar uma certa tolerância e até mesmo facultar determinadas modificações secundárias quando as circunstâncias o tornem necessário.

Obrigação primordial do empresário é ainda pagar ao autor a retribuição avançada.

Dela decorre ainda a da prestação de contas.

Nos termos do art. 46, alínea 1ª da lei francesa, "O empresário de espetáculos é obrigado a declarar ao autor ou aos seus representantes o programa exato das representações ou execuções públicas e a fornecer-lhes um registro justificado de suas receitas. Deve pagar ao autor

ou a seus representantes, nos vencimentos previstos, o montante das percentagens estipuladas”.

Deve ainda permitir ao autor fiscalizar o espetáculo, por si ou por seu delegado, dando-lhe, para tanto, livre acesso, durante as representações ou execuções, ao local onde se realizam.

Não determinar a substituição, salvo se abandonarem a empresa, dos principais intérpretes e dos diretores de orquestra ou coro, escolhidos de comum acordo com o autor, sem consentimento deste (art. 78).

Caso tenha obtido transferência de direitos de outra empresa, ou fundir, com esta a sua, assumir os compromissos contraídos pela primeira, para com os autores, artistas e auxiliares (art. 74 do Dec. nº 18.527, de 10-12-1928).

Representarem as companhias líricas, nos dias de festa nacional, óperas de autores brasileiros, com libreto na língua pátria (Dec.-Lei 4.641, 01-09-1942).

Representarem as companhias de teatro nacionais, durante suas temporadas, uma peça de autor brasileiro, em cada série de três, no mínimo (Lei nº 1.565, de 03-03-1952).

O diploma encontrou resistência por parte de alguns empresários. Mas contribuiu, certamente para tornar mais conhecida a nossa produção teatral.

O Serviço Nacional de Teatro (hoje Instituto Nacional de Artes Cênicas - INACEN) não poderá conceder benefício algum a Companhia ou Empresário que não observe o aludido dispositivo.

Não há, por outro lado, como deixar de reconhecer determinados *direitos* ao empresário. Além daqueles que são inerentes à função que desempenha, um dos essenciais, é o de fixar o número de representações.

Salienta **POUILLET** a este respeito, que se o contrato não o estabelece, o diretor é o único juiz do momento em que não deve mais continuá-las. Não é provável, por outro lado, que as interrompa em pleno sucesso e quando elas estão atulhando a caixa. “Seu interesse responde por sua boa vontade.”

Lembra julgado no sentido de que, em falta de compromisso especial, não se poderia admitir que o diretor de um teatro possa parar, a seu arbítrio, o número das representações mesmo em pleno sucesso e deixando o autor livre de retirar a sua peça e levá-la a um outro teatro. Deve-se interpretar o contrato tácito, intervindo entre o autor dramático e o diretor do teatro no sentido de que, no pensamento das partes, a peça deve ser levada a efeito durante todo o tempo em que ela proporcione a um e a outro receitas rendosas. Mas será sábia e conforme aos acordos implícitos a administração que abandonar uma peça que não obtém mais o favor do público.

Tem o empresário o direito de *não ver retirada a permissão dada pelo autor*, não necessitando, enquanto uma obra permanece no repertório de um teatro, solicitar a autorização do autor para cada vez.

4. Obrigações e direitos do autor

As obrigações do autor de uma obra dramática, ou de qualquer outra que possa ser incluída no contexto do art. 73 da lei, são, *mutatis mutandis*, as que vinculam os autores em geral, com o complemento de algumas que lhes são específicas.

São duas, essencialmente: 1º) colocar à disposição do empresário a obra literária e artística em seu corpo material; 2º) garantia do aproveitamento pacífico dos direitos cedidos durante toda a vigência do contrato.

O art. 1.359 CC consignava uma só: não fazer alteração na substância da obra dramática sem acordo com o empresário que a faz representar.

Passou, com insignificante alteração de redação, para o art. 76 da Lei nº 5.988.

O dispositivo conflita com o direito de modificação consignado no art. 25, V da lei, e mesmo de arrependimento, inscrito no nº VI, reconhecendo serem direitos morais do autor o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada, e o de retirá-la de circulação, “ou de lhe suspender qualquer forma de utilização já autorizada”, permitindo-lhe reconsiderar a cessão consentida. Todavia, se depois do exercício do direito de arrependimento, o autor decide voltar a colocar sua obra em circulação, deve, nos termos da lei francesa, art. 32, § 2º, oferecer prioridade dos direitos de utilização, em igualdade de condições, ao cessionário que havia originariamente escolhido.

Por parte do concessionário, ou por parte dos artistas sim, existe semelhante obrigação, consignada expressamente no Dec. legislativo nº 5.492, de 16-07-1928, art. 67, *caput*:

Os artistas não poderão alterar, suprimir ou acrescentar, nas representações, palavras, frases ou cenas sem autorização por escrito, do autor ou sub-rogado nos direitos deste, sob pena de multa de 5% do seu ordenado mensal em favor da Casa dos Artistas, ou, na falta desta, de qualquer sociedade beneficente da classe.

O primeiro *direito*, não especificado na lei nº 5.988, mas implícito, no que diz respeito às prerrogativas patrimoniais gerais aos criadores de todas as obras (art. 29) é o de autorizar a representação da sua peça teatral ou a execução da sua obra musical.

Constava da Lei nº 4.970 de 02-01-1924:

“Art. 2º — Nenhuma composição musical, tragédia, drama, comédia ou qualquer outra produção, seja qual for

a sua denominação, poderá ser executada ou representada em teatros sem autorização para cada vez de seu autor, representante ou pessoa legitimamente subrogada nos direitos daquela”.

Nos contratos de representação e execução da obra autoral são partes — lembra MILTON FERNANDES —, de um lado o criador da obra e, de outro, o usuário da peça teatral ou musical. Refere-se, especificamente, ao mencionar o *usuário*, ao promotor da utilização pública do trabalho artístico:

“Pela própria natureza jurídica, o direito de autor é oponível *erga omnes*. Neste sentido *exerce o artista um jus prohibitionis* do uso de sua criação diante de toda a coletividade.

Existe, em conseqüência, para todo aquele que pretende utilizar a produção intelectual em reuniões públicas, com intuito de lucro direto ou indireto, a obrigação de obter a outorga autoral, ou o dever de contratar. Ao autor fica o direito de celebrar ou não o ajuste pretendido, isto é, de permitir ou não o emprego de seu trabalho”.

Lembra que este direito exclusivo de utilização, garantido pelo art. 153, § 25 da Constituição Federal implica necessariamente, em sentido contrário, o de não utilização, levando à conclusão de que o autor é o juiz supremo do emprego de sua obra.

“Pode permiti-lo ou não; autorizando-o, livremente fixar as condições que pretende estipular. A contratação, que para o usuário é dever, para o autor é faculdade”.

Em seguida é que vem o apontado no art. 73 da Lei 5.988, consolidando análoga norma de vários outros diplomas legais: conceder autorização para que sejam transmitidos pelo rádio, serviço de alto-falantes, televisão ou outro meio análogo, representados ou executados em espetáculos públicos e audições públicas, que visem a lucro direto ou indireto, drama, tragédia, comédia, composição musical, com letra ou sem ela, ou obra de caráter assemelhado.

Desdobrando os princípios que o Projeto BARBOSA-CHAVES havia enfeixado no art. 85, reconhece a lei 5.988, ao autor os direitos de:

- assinar ao empresário prazo para a representação ou execução, caso não tenha sido fixado, observados os usos locais (art. 74; art. 1.360 CC);

- opor-se à representação ou execução que não esteja suficientemente ensaiada, bem como o de fiscalizar o espetáculo, por si ou por delegado seu, tendo, para isso, livre acesso, durante as representações ou execuções, ao local onde se realizam (art. 75);

- não admitir que sem licença sua comunique o empresário o manuscrito da obra a pessoa estranha à representação, ou execução (art. 77; art. 1.362 CC);

- não ver substituídos, por ordem do empresário, sem consentimento seu, os principais intérpretes e os diretores de orquestra ou coro, escolhido de comum acordo, salvo se abandonarem a empresa (art. 78);

- não ver penhorada a parte do produto dos espetáculos a ele reservada, direito que assiste também aos artistas (art. 79; art. 1.361 CC).

Por outro lado alterou, focalizando de maneira diferente, o direito que o art. 85, I, daquele projeto, reconhecia ao autor de obra lírica, dramática, teatral ou dramático-musical popular de introduzir na obra as alterações necessárias, desde que não prejudiquem a sua substância, nem diminuam o seu interesse, ressalvado o direito à indenização prévia, não as podendo fazer, sem ser de acordo com o empresário, enquanto este a esteja representando.

Não foram todavia integralmente aproveitadas outras sugestões constantes daquele Projeto:

I. de introduzir na obra as alterações necessárias; desde que não prejudiquem a sua substância nem diminuam o seu interesse, ressalvado o direito a indenização prévia, não as podendo fazer, sem ser de acordo com o empresário, enquanto este a esteja representando;

II. de assistir aos ensaios e fazer indicações que julgar necessárias;

III. de fixar o prazo da representação, não podendo este ser tão restrito que contravenha as normas usuais na espécie, ou prive os resultados esperados pelo empresário;

IV. de não permitir quando se tratar de obra inédita, ainda não utilizada, que ela se torne conhecida antes da primeira apresentação, nem do seu conteúdo se utilize o empresário para os efeitos de propaganda, sem prejuízo da sua comunicação às autoridades públicas competentes”.

POUILLET ainda acrescenta mais alguns direitos, como o de fixar o dia da primeira representação e o de impedir anúncios prejudiciais à sua honra, à sua reputação e à sua boa fama.

Claro que a revisão do projeto BARBOSA-CHAVES podia e devia melhorar a redação. Mas a preocupação de síntese transformou o direito do autor em obrigação de caráter negativo, na feitura que lhe deu a já mencionada lei, que lhe proíbe alterar a substância da obra, sem acordo com o empresário que a faz representar.

5. Recebimento e repartição dos direitos autorais - Impenhorabilidade

Tem ainda o autor direito de receber a remuneração correspondente, caso não queira conceder a permissão a título gratuito.

Tanto pode ser estipulada numa quantia determinada, como numa participação da renda bruta, da líquida, ou qualquer outra modalidade em uso.

O Código Civil exigia três requisitos para que fossem retribuídas as execuções ou representações públicas:

1. que a obra tivesse sido publicada e posta à venda;
2. que houvesse intuito de lucro na execução ou representação;
3. que as mesmas se verificassem em reuniões públicas.

O critério que permanece na Lei nº 5.988, é dos mais infelizes. Não pode, manifestamente, satisfazer a idéia de *intuito de lucro* ou de *entrada paga* como elemento indispensável para caracterizar a violação do direito pecuniário do autor.

É pouco relevante, na verdade, a existência de um provento direto ou indireto por parte de quem executa a obra. A gratuidade não é razão para isentar quem quer que seja do pagamento devido, justamente porque assim como não há lei que obrigue ninguém a fazer caridade, não existe dispositivo que faculte quem quer que seja fazer beneficiência à custa dos eventuais proventos alheios.

O caminho certo já estava indicado pelo art. 348 do Código Penal de 1890, cominando pena de multa aos que executassem ou fizessem representar em teatros ou espetáculos públicos, com posição musical, tragédia, drama, comédia ou qualquer outra produção, seja qual for a sua denominação, sem consentimento, para cada vez, do dono, do autor.

O advento do Código Civil assinala um sensível recuo na proteção de direito de autor de execução musical, repercutindo a fundo, ainda hoje, no desenvolvimento de nossa produção artística, pois, tolhendo aos autores a possibilidade de auferirem rendas da maior parte das execuções de suas obras, não poderia servir de estímulo para a produção musical, quase impunemente saqueada.

A legislação posterior, Decreto nº 4.790, de 02-01-1924, nada mais fez senão retomar o mesmo conceito, no art. 2º já transcrito.

Para prevenir, tanto quanto possível, a realização de espetáculos públicos não acompanhados da devida retribuição, autoriza o art. 6º do Decreto nº 4.790, de 02-01-1924, ao titular do direito de autor requerer a apreensão das receitas brutas da representação ou exibição, se a execução se fizer sem a autorização, para cada vez, de seu autor, representante ou pessoa legitimamente sub-rogada nos direitos da-

quele, mediante os requisitos e formalidades indicados no parágrafo único.

Mas a evolução da técnica, divulgando meios como o toca-discos, a radiodifusão, a televisão, cassetes, etc. que excluem a necessidade de uma reunião de espectadores, num determinado local e numa hora certa, para participarem da execução de uma obra, tornaram obsoleto esse dispositivo. Daí ter vindo o parágrafo único tanto do art. 26 do Decreto nº 5.492, de 16-07-1928, como do art. 47 de seu Regulamento, Decreto nº 18.527, de 10-12-1928, com disposição idêntica, definir o conceito e ampliar o amparo já outorgado, considerando realizadas com intuito de lucro "quaisquer audições musicais, representações artísticas ou difusões radiotelefônicas em que os músicos, executantes ou transmitentes, tenham retribuição pelo trabalho".

Já vimos nada justificar que alguém com direito de desfrutar a execução apenas pessoalmente, ou dentro do limitado círculo de seus parentes e amigos, em seu lar ou local restrito venha a transmitir um espetáculo dessa natureza a um grupo mais extenso de pessoas.

Entra em jogo, nessa hipótese, o fator de publicidade, impondo a obrigação de retribuir o autor cujas obras são executadas, não se concebendo disponha alguém, sem a devida licença, do que não é seu.

Abriendo uma exceção ao princípio geral que manda ocorra o pagamento dos direitos autorais anteriormente ao seu aproveitamento econômico, determina o § 3º do art. 73 da Lei 5.988 que quando se tratar de representação teatral o recolhimento seja feito no dia seguinte ao da representação, à vista da frequência ao espetáculo.

Tem sido realçado o duplo inconveniente da fórmula. Por um lado, não poderão os criadores das peças aproveitadas furtar-se à contingência de autorizar a representação antes de receberem seus direitos autorais. Por outro, presta-se a abusos principalmente por parte de circos e companhias teatrais ambulantes, que percorrem as pequenas cidades do interior. Terão que sofrer os representantes das sociedades autorais o desaponto de freqüentemente não encontrar ninguém de quem cobrar o devido, "no dia seguinte" ao da representação.

É o que acentua CLAUDIO DE SOUZA AMARAL, *Dos Antecedentes Históricos às Implicações Atuais da Nova Lei sobre Direito Autoral*, Revista do Direito Autoral, Rio de Janeiro, SBAT, nº 9, 1973. Antes de mais nada, porque os teatrólogos ficarão obrigados a conceder a licença da representação anteriormente ao pagamento de seus direitos autorais, espécie de licença compulsória, que conflita com o regime geral. Em segundo lugar, haverá sempre o risco de, "no dia seguinte" àquele da representação, não receber o titular do direito o que lhe é devido, o que ocorrerá principalmente nos casos de companhias teatrais itinerantes pelo interior do País.

Problemas delicados dá lugar a *repartição* dos direitos autorais em matéria de obras dramático-musicais.

Tratando-se de trabalho em colaboração divisível, não cabe o disposto no art. 653 CC., que apenas na hipótese contrária atribui a ambos os colaboradores, não havendo convenção em contrário, direitos iguais.

A Lei 5.988 no texto correspondente, que é o art. 31, não lhe reproduziu a menção a essa igualdade.

Teria revogado o Código, quanto a esse particular?

Entendemos que não, pois a nova lei não contém qualquer norma incompatível com o princípio, única hipótese em que o art. 134 tem por revogadas as disposições anteriores.

Acrescenta o art. 655 CC., também não reproduzido, mas que nem por isso deixa de estar em vigor, em virtude das mesmas razões, que o autor de composição musical, feita sobre texto poético, pode executá-la, publicá-la ou transmitir o seu direito, independente de autorização do escritor, indenizando, porém a este, que conservará direito à reprodução do texto sem a música.

Ora, a obra dramático-musical é divisível. Se não houver acordo, como serão computados os direitos autorais dos compositores da música, frente aos criadores da letra?

Modificando o critério igualitário da lei italiana de 1925, a atual, de 1941, outorga, no art. 34 ao autor da parte musical o exercício dos direitos de aproveitamento econômico, ressalvados, entre as partes, os direitos derivados da colaboração, aditando que

O benefício do aproveitamento econômico será distribuído em proporção ao valor da contribuição literária ou musical respectiva.

Nas óperas considerar-se-á que o valor da parte musical representa três quartas partes do valor da obra em conjunto.

Nas operetas, melopéias, composições musicais com letra, danças e balé, considerar-se-á igual o valor de uma e outra contribuição.

Julga HERMANO DUVAL, *Obra dramático-musical (óperas e revistas)*, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Rio, Borsoi, vol. 35, sem data, págs. 16-20, não dever ser igual, entre nós a repartição do lucro, à vista da prevalência que o art. 655 dá à parte musical.

Invocando NICOLA STOLFI, *Il Diritto di Autore*, 1932, vol. I, 497, propõe $\frac{2}{3}$ para a música e $\frac{1}{3}$ para a letra, ou consistir na indenização que for atribuída ao escritor pelo compositor em acordo amigável ou por via de arbitramento judicial.

A importância maior de suas considerações é a conclusão de que cabe o exercício do direito pecuniário, com reserva do direito moral do escritor, indiscutivelmente ao compositor, que assim poderá auto-

rizar sua adaptação ao cinema, rádio e televisão, independentemente do consentimento do literato, mas sujeito a responder por perdas e danos a favor deste.

Procurando assegurar o recebimento dos direitos devidos, vale-se a nossa lei, tradicionalmente, de três critérios, que foram adotados no já transcrito § 2º do art. 73:

1. aprovação do programa, acompanhada, de:
2. autorizações dos:
 - a. autor;
 - b. intérprete ou executante;
 - c. produtor do fonograma; bem como do
3. recibo de recolhimento do valor dos direitos autorais em agência bancária ou postal, ou documento equivalente.

O art. 89 da Lei 5.988 garantiu a impenhorabilidade da parte do produto dos espetáculos reservada ao ator e aos artistas.

Lamenta MILTON FERNANDES, depois de frisar quão parco foi o legislador de 1973 com o autor, ao disciplinar a manifestação de sua vontade nos contratos de representação e execução públicas da obra intelectual, especialmente ao manter o intuito de lucro como requisito para a outorga da licença, que os direitos patrimoniais não tivessem tido a mesma proteção oferecida ao direito moral.

O fato do próprio autor de uma peça teatral assumir a função de encenador e de desempenhar ainda a de ator, será motivo para que não receba os correspondentes direitos autorais?

A essa interessante questão deu, com todo acerto, resposta negativa a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 68.190, do Maranhão, relativo a uma ação proposta pela Sociedade Brasileira de Autores Teatrais contra o Grêmio Lítero Recreativo Português que se eximia do pagamento sob pretexto de que, além do autor participar do elenco, não conseguira a apresentação o lucro esperado.

Frisou o relator do acórdão unânime de 09-04-1973, Ministro ALIOMAR BALEEIRO (DJ da União de 25 de maio seguinte, pág. 3.626) que apenas a inclusão de cláusula contratual expressa em contrário poderia levar a conclusão diferente da ementa:

“Direitos Autorais — O fato de a peça teatral ter sido encenada pelo próprio autor, como ator e executor, mediante remuneração por espetáculo, não exclui seu direito correspondente à propriedade literária e musical, se o contrário não foi estipulado. O recurso extraordinário não tolera reexame da interpretação de cláusulas contratuais”.

Outra prerrogativa de ordem material é reconhecida pelo art. 70 da Lei 5.988 tanto ao autor como aos artistas: a impenhorabilidade

da parte que lhes cabe do produto dos espetáculos, que o art. 1.361 do Código Civil reconhecia apenas ao primeiro.

Acrescenta ROBERT PLAISANT que para ter a possibilidade de passar com os usuários contratos gerais (chamados, conforme o caso, tratados, contratos-tipo, assinaturas, etc.), as associações de autores tomam duas ordens de providências:

1º — Antes de mais nada, para constituir seus repertórios, elas exigem dos autores ou dos cessionários a “declaração” ou “depósito” de suas obras conforme processos particulares a cada organismo. Esses depósitos têm igualmente a vantagem de fixar as partes que cabem a cada um dos autores de uma obra em colaboração e aos cessionários eventuais e, de outro lado, proporcionar provas em caso de plágio ou de contestação.

2º — Elas proibem a seus membros tratar fora da sociedade.

“Associações de autores” — acrescenta — “não são sempre cessionários do direito de exploração. No que concerne à associações de autores e compositores dramáticos, o autor ou compositor não lhes aduz senão a administração dos direitos de representação sobre suas obras dramáticas e, conseqüentemente, conserva sempre e em qualquer lugar, nos limites dos tratados gerais dessas associações o direito de proibir a representação de sua obra.

Por outro lado, no que diz respeito às associações de autores de música, o autor concede o direito de autorizar ou de proibir a execução ou a representação pública de suas obras, desde que criada”.

Determina o art. 74 do Decreto 18.527, de 1928, caso uma empresa transfira os seus direitos a outra ou se funda com esta, assuma a segunda os compromissos contraídos pela primeira, para com os autores, artistas e auxiliares.

6. Participação de artistas remunerados e intuito de lucro

A referência a artistas remunerados constante do § 1º do art. 73 está relacionada com o intuito de lucro, direto ou indireto a que faz alusão o caput do dispositivo, já estudado em páginas anteriores.

Observa PEDRO VICENTE ROBBIO que ao mesmo tempo que o conceito de publicidade adquire elasticidade mais acentuada, o requisito patrimonial e lucrativo é abrandado e estendido a formas indiretas e não unicamente patrimoniais, de vez que, no art. 80, VIII, o Dec.-Lei nº 2.049, de 24-01-1946 fala em *vantagens* ou *lucro*, obtidos direta ou indiretamente.

É exclusivamente com relação aos espetáculos públicos “ao vivo” que prevalece o art. 73, § 1º da Lei nº 5.988, ao considerar a remuneração

neração de artistas como elemento caracterizador da obrigação do pagamento dos direitos autorais.

Quando houver transmissão de um espetáculo por qualquer meio, prevalecerá o *caput* do mesmo artigo, exigindo a necessária autorização, prevalecendo pois, a lição de que o autor de obra musical tem interferência assegurada em todas as execuções de sua obra que se realizem fora do ambiente familiar e doméstico habitual do respectivo promotor e que, direta ou indiretamente, lhe possam proporcionar vantagens ou lucro, presumindo-se, *ipso facto*, a intenção lucrativa sempre que a execução for confiada a pessoa ou pessoas retribuídas.

Mas, lembrando-se que o art. 52 da Lei nº 5.988 considera a possibilidade de os direitos do autor serem total ou parcialmente cedidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representante com poderes especiais, chega-se à conclusão de que poderão também os sucessores, adquirentes ou cessionários tornarem-se titulares desses direitos, passando então por sua vez, a permitir a terceiros o aproveitamento da obra, permissão essa que, pelo nosso sistema, tem que ser prévia à execução.

Isto ocorreu pelo sistema vigente desde 1928, em virtude do Dec. nº 18.527, de 10 de dezembro, confirmado pela Lei nº 5.536, de 21-11-1968, que dispõe sobre a Censura de Obras Teatrais e Cinematográficas, cria o Conselho Superior de Censura e dá outras providências, e compendiado no § 2º do art. 73 da Lei 5.988 já aludido:

Ao requerer a aprovação do espetáculo ou da transmissão, o empresário deverá apresentar à autoridade policial, observando o disposto na legislação em vigor, o programa, acompanhado da autorização do autor, intérprete ou executante e do produtor de programas, bem como do recibo de recolhimento em agência bancária ou postal, ou ainda documento equivalente em forma autorizada pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, a favor do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, de que trata o art. 115, do valor, dos direitos autorais das obras programadas.

Reconhecendo que todas as execuções ou irradiações de composições musicais, quando levadas a efeito em reuniões públicas, contém implícita a presunção de que obedecem a intenção lucrativa, o Dec. nº 5.492, alterando o critério da entrada paga do art. 657 CC, confirmado pelo Dec. 4.790, de 1924, submeteu, no art. 26, à prévia autorização dos autores as execuções ou irradiações de composições musicais quando realizadas com intuito de lucro, em reuniões públicas, partindo do pressuposto de obedecerem à intenção lucrativa decorrente de músicos ou os que transmitem a execução receberem retribuição pela atividade desenvolvida. Uma vez que aí já não se cogita em audição retribuída diretamente, sendo suficiente que se execute música em local público com pagamento de entrada, seja a música o principal ou o acessório,

estaria o aludido artigo do Código Civil derogado pelo decreto 4.790, que também introduziu o conceito de publicidade, que o Código Civil ignorava, por ser desnecessário ao seu critério rigidamente econômico e utilitário.

Embora também não se refira ainda expressamente à obra cinematográfica, o art. 2º do Dec. 4.790 de 2 de janeiro de 1924 inclui evidentemente esse tipo de produção, ao dispor que “nenhuma composição musical, tragédia, drama, comédia ou qualquer outra produção, seja qual for a sua denominação, poderá ser executada ou representada em teatros ou espetáculos públicos, para os quais se pague entrada, sem autorização, para cada vez, de seu autor, representante ou pessoa legitimamente sub-rogada nos direitos daquele”.

Com mais precisão, o art. 27 do decreto 5.492 de 16 de julho de 1928 estatui: “Os proprietários ou empresários de quaisquer estabelecimentos de diversões, salões de concerto ou festivais são responsáveis pelos direitos autorais das produções aí realizadas”.

Como não haverá praticamente caso em que, em execuções dessa natureza, não haja retribuição de músicos, ou pelo menos, de operadores, a conclusão é que já na vigência do Dec. 5.492 dependia da licença do autor a generalidade das execuções públicas.

7 Subvenções, ajuda de custo, etc., integram a renda bruta da peça teatral

Renda bruta de um espetáculo teatral é a quantia resultante de todo produto operacional que constitui receita; o total recebido. Se desse montante deduzirmos as despesas relacionadas com a própria realização do espetáculo: impressão de bilhetes e dos programas, propaganda, consumo de energia elétrica, taxas, impostos, pagamento de empregados, etc., teremos a renda *líquida*.

Mas, na prática, a coisa não se passa com tanta simplicidade.

Como é sabido, nem sempre o público acode aos espetáculos teatrais, fenômeno que vem se acentuando nos últimos decênios, após a difusão cada vez maior dos cinemas e dos espetáculos transmitidos pelo rádio e pela televisão.

Reconhecendo, porém, a grande importância que os espetáculos teatrais representam em prol da arte e da cultura, entidades existem que, amparam iniciativas dessa natureza, por meio de subsídios, que podem ser separados em duas grandes categorias:

Subvenções por entidades públicas, que tanto podem ser *Federal* (providas do Serviço Nacional de Teatro, SNT), como *Estaduais* (Secretaria de Cultura ou órgão equivalente), ou *Municipais*.

São regulamentadas por meio de contrato, através do qual o órgão público costuma exigir uma redução de pelo menos dois terços do

preço normal do ingresso, ou quando o auxílio se destina a cobrir todas as despesas, mediante proibição terminante de venda de ingressos.

Na primeira eventualidade, os órgãos públicos adquirem a totalidade dos ingressos da bilheteria de um determinado espetáculo, ao preço normal, revendendo-os depois, em bilheterias volantes, sob o patrocínio desse mesmo órgão oficial, a um preço correspondente a cerca de um terço daquele.

Alguns órgãos oficiais propõem-se gratificar com um prêmio extra os empresários da peça cujos ingressos alcancem grande procura, p.ex. mais de 2.000, recebem mais uma quantia suplementar por cada ingresso excedente àquele limite.

Complementos que se inserem naturalmente no preço de entrada, no caso de subvenção por entidades públicas, oferecem ainda a característica de provirem, em última análise, das contribuições oriundas do pagamento de taxas de impostos que incumbem a todos os cidadãos: é bem de ver que destinando-se a proteger e amparar o espetáculo teatral em si, não há razão plausível para que redundem em benefício exclusivo dos empresários, que embolsam tais importâncias como se a eles fossem destinadas, quando constitui um imperativo de justiça não excluir de uma participação das mesmas os autores das peças, sem os quais não haveria representações, nem teatros, nem, evidentemente, empresários.

As subvenções por entidades particulares são feitas geralmente mediante a compra pura e simples do espetáculo teatral, oferecidas em seguida as entradas aos funcionários, aos clientes, ou ao público em geral, quando se tratar de publicidade dos produtos das empresas interessadas.

Integrando-se no próprio contexto do valor da entrada, participam da renda bruta de bilheteria.

Nesse e em outros setores, principalmente entre nós, por falta de diretrizes uniformes coerentes, acumularam-se nos últimos anos dúvidas, malentendidos e controvérsias, sempre em grave prejuízo dos autores.

Na França ao que informava em agosto de 1974 *Intersociétés — Bulletin de liaison et d'information des sociétés confédérés et de la Secrétaire Générale*, Cisac nº 11, os Centros Dramáticos e Casas de Cultura reconhecem que as particulares condições de aproveitamento dos estabelecimentos de Ação Cultural, graças a subvenções que possibilitam localidades baratas bem como um aproveitamento calculado antecipadamente, não devem impedir que o autor receba a justa remuneração por seu trabalho. Considera-se pois normal que um mínimo superior às autênticas possibilidades de lucro seja reclamado para os autores e aceito pelos diretores. Esse mínimo é fixado em cada caso

de comum acordo entre autor ou a Associação de Direitos Autorais e o Diretor do Centro ou Casa de Cultura interessado.

Semelhante disposição já figurava no preâmbulo do contrato que o SACD celebrou em 1973 com as companhias de animação cultural francesas, belgas e suíças e permitiu aumentar consideravelmente as arrecadações dos grupos de animação cultural, sem obstáculos por parte dos usuários.

Refere DJALMA BITTENCOURT, Rev. de Teatro n° 380, Março-Abril 1971, págs. 23 e 24 que as Sociedades de Autores e Compositores da França, tanto a SACEM, que controla os direitos autorais de execuções musicais, quanto a SACD, que tem o seu cargo a defesa econômica dos direitos dos autores teatrais, dos elementos essenciais como receita bruta:

- a) a venda dos bilhetes, inclusive as assinaturas;
- b) as somas recebidas pela locação de lugares ou pela reserva de mesas;
- c) os suplementos recebidos por ocasião de permuta de lugares;
- d) a venda de programas ou de bilhetes de tómbola, sempre que eles derem direito à entrada, servindo assim de bilhete de ingresso.

A essa receita bruta se ajunta, ainda, uma receita presumida, representada pelos convites, cadeiras cativas ou entradas de favor quando excedam de 5% do total de lugares vendidos e calculados ao prêmio médio das entradas.

As outras receitas são constituídas por quaisquer meios não indicados acima e, em particular, por:

- a) venda de consumação ou "*buffet*", na sala de espera, compreendida na área que dá acesso o bilhete de entrada;
- b) a venda de programas, surpresas de bolso, insígnias, etc., quando em proveito do organizador do espetáculo;
- c) a venda de bilhetes de tómbola, quando realizada na sala e desde que tenha relação com o organizador do espetáculo;
- d) as barracas de jogo.

Considera o articulista nada ser mais justo do que associar o autor à vida de sua obra. Se o negócio da representação redundar num desastre completo de bilheteria, o autor é o maior prejudicado porque dificilmente conseguirá colocar uma segunda peça. O empresário jamais se esquecerá de prejuízo que teve. E todos os outros empresários esquecerão imediatamente os sucessos anteriores desse mesmo autor para conservarem na memória apenas o último fracasso.

Refere o caso de um empresário que comprou por quantia fixa uns tantos espetáculos a uma Companhia de São Paulo e levou-a a excursionar entre o Triângulo Mineiro e Goiás, conseguindo resultados de bilheterias muito superiores ao total da quantia paga à Companhia. E ficou muito surpreso quando a SBAT lhe exigiu os direitos autorais relativos à diferença obtida entre a quantia paga à Companhia e aquela acusada pela bilheteria de cada espetáculo.

O caso dos sócios cotistas obrigou a recorrer ao poder judiciário. Uma empresa contrói um teatro à base de cotas e promete aos cotistas ingresso gratuito durante dez ou vinte anos, etc. Uma Companhia que vá ocupar num teatro nessas condições, terá ônus de milhares de ingressos, por mês, concedidos pela Empresa aos seus sócios cotistas. E o mais curioso é que os sócios cotistas poderão dar ou vender o seus ingressos. E o autor da peça? Não teria direito a coisa alguma, porque a Empresa deu uma casa de espetáculo à Cidade... Mas o patrimônio representado pelo imóvel-teatro, — ah! este pertence à Empresa, logicamente!

Pleiteou a Sociedade Brasileira de Autores Teatrais, SBAT o recebimento de percentagem sobre a subvenção recebido por Paulo Nolding Produções Artísticas, conforme comprovante.

Reformando sentença de primeira instância, decisão unânime da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada da Guanabara, apelação nº 25.507, reconheceu à unanimidade, por acórdão de 08-11-1973, Rev. de Teatro nº 396, novembro-dezembro desse ano, págs. 23 e 24, acompanhando o voto do relator, Juiz FABIANO DE BARROS FRANCO, que o contrato determina que os autores da peça teriam direito à percepção de 10% sobre toda quantia recebida de entidades públicas ou particulares, direta ou indiretamente em espécie ou representada por auxílio-viagem etc. desde que obriguem a empresa a “fornecer ingresso gratuito ou a realizar um ou mais espetáculos gratuitos ou com redução de preços”. Do próprio edital do Conselho Estadual de Cultura, que estabeleceu as condições para o recebimento de auxílio financeiro, consta item que a empresa fornecerá ao Departamento de Cultura “localidades até o valor do auxílio, em dias de menor frequência a fim de serem distribuídos por estudantes ou professores” e o número de representações populares, 52 em 135 indica que os preços foram reduzidos para atender, também, às condições do edital.

Não havia, pois, como fugir às condições do contrato, que faz lei entre as partes desde que não contrarie disposição legal.

Na Alemanha Federal foi constituída uma comissão paritária de inquérito, composta por quatro membros da Associação de Teatros Alemães, dois autores dramáticos e dois editores cênicos para examinar os dados relativos a uma reforma do sistema de retribuição para os direitos de representação.

Estabeleceu-se um “modus vivendi” no sentido de que a maioria dos contratos celebrados com os 195 teatros subvencionados prevê

uma arrecadação numa base de 12% sobre os ganhos de bilheteria. Ao mesmo tempo está prevista uma “garantia” (isto é, uma arrecadação mínima) ou por representação ou por uma série de representações: de 150 a 1000 marcos por representação para as obras dramáticas; de 500 a 3000 marcos por um sarau de ópera ou opereta.

Tais quantias são as mínimas e correspondem a uma arrecadação de 12 a 14% na conformidade da afluência do público sobre os ganhos reais de bilheteria.

O sistema apresenta, segundo DANIEL ROCHA, *O Direito de Autor em Companhias Subvencionadas*, Rev. de Teatro, janeiro e fevereiro de 1977, as seguintes características:

“1. Os teatros subvencionados garante para cada lugar ocupado por um convidado uma soma fixa como direito de autor para cada espectador.

2. Essa soma se calcula conforme as despesas do teatro com seus artistas. Ela varia entre 1,00 e 2,70 DM para as obras musicais, e entre 0,75 e 1,50 DM para os dramas e as comédias, por espectador, isto é, as grandes óperas (Berlim, München, Hamburg) pagam 2,70 DM para cada espectador, os grandes teatros (Berlim, München, Hamburg, Dusseldorf, Colônia) pagam 1,50 DM, os pequenos teatros de província pagam por exemplo 1,00 e 0,75 DM respectivamente, não importando que o lugar seja vendido a preço normal, a preço reduzido, ou que seja oferecido de graça.

3. A soma desses direitos de autor em forma de garantia para cada lugar ocupado deve ser a equivalente pelo menos a 12% da renda da bilheteria. Caso a soma supere 18% da receita de bilheteria o excedente não será contado.

4. De dois em dois anos, esse sistema será objeto de um exame e se for necessário, sofrerá uma adaptação aos índices de salários e preços.

5. Esta prática incide somente sobre os teatros subvencionados pela administração pública (federal ou municipal).

Os teatros particulares (por exemplo o “Theater am Kurfürstendamm”, e a “Romodie” de Berlim) e as tournées teatrais continuam pagando os direitos autorais de 10%.

De acordo com o novo sistema, conclui os membros do “VERBAN DEUTS CHERBÜHNEN VERLEGER” não fazem mais seus cálculos na base das receitas de bilheteria, mas sobre o total das receitas auferidas pelos teatros das diversas fontes.

Tal ponto de vista encontrou consenso no Conselho Internacional de Autores e Compositores Dramáticos da *Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs*, CISAC. Reunido em Atenas, no dia 27-09-1977, considerando que da política de subvenções

em favor dos teatros em rebaixar o preço das entradas com a finalidade de facilitar o maior acesso possível ao espetáculo teatral, que redonda numa considerável diminuição de sua remuneração, com à criação dramática contemporânea.

Estimando que compete às Associações de autores dramáticos buscar com energia e urgência soluções, baixou, sob o título “Participação das subvenções na remuneração dos atores dramáticos”, recomendação de que as Associações realizem, em harmonia com as entidades gremiais ou sindicatos de autores de seus países, diligências para chamar a atenção dos Poderes Públicos sobre o problema, que exige pronta solução, pois do contrário poderiam ocorrer graves conseqüências para o futuro de uma profissão já ameaçada, e, de maneira especial, que se inclua no montante relativo aos rendimentos de direito de autor, não somente os ingressos de bilhete, incluindo o produto dos descontos, mas também a totalidade das subvenções concedidas, seja pelos Poderes Públicos (Estados, Câmara de Deputados, Municípios, etc.) ou por organismos particulares.

No Brasil, a SBAT introduziu, nos contratos de autorização para a representação de obras teatrais por seu intermédio, uma cláusula em virtude da qual a direção do teatro lhe reconhece expressamente uma participação de 10% sobre “toda e qualquer quantia paga por entidades públicas ou particulares, ou pessoa física, a título de ajuda, subvenção ou a qualquer outro título, em espécie ou representada por auxílio de viagem, de estada, alojamento, passagens, ou quaisquer outros benefícios, desde que tais ajudas ou subvenções obriguem a EMPRESA a fornecer ingressos gratuitos ou a realizar um ou mais espetáculos gratuitos ou com redução de preço ou, ainda, quando tais recebimentos se refiram a espetáculos já realizados”.

Posta em dúvida a validade de semelhante cláusula, foi ela admitida por decisão de primeira instância de 16-04-1973 do Rio de Janeiro, confirmada por acórdão de 08-11-1973 do Tribunal de Justiça.

8. A venda de “posters” e programas ilustrados (e que transcrevam trechos da peça teatral) fazem parte, também, da renda bruta da peça

A pequena margem de remuneração concedida aos autores, a facilidade com que a parcela que lhes é devida é subtraída a uma fiscalização rigorosa, e as múltiplas modalidades de eludí-la, constituem um verdadeiro desafio que tanto o legislador como o magistrado precisam se esforçar por resolver de maneira satisfatória.

A venda de “posters” e de programas da peça, por ocasião do espetáculo, representa uma renda indireta de bilheteria, podendo atingir quantias consideráveis, que, não se precaverem os autores ou seus representantes legais, beneficiarão exclusivamente os empresários, ou terceiros, sem que os autores — insista-se, parte fundamental e razão

de ser de todo o mecanismo — delas participem ou sequer venham a tomar conhecimento.

Os “posters”, impressos em geral no formato de 1,00 por 0,60 m, retratando cenas da peça, não seriam evidentemente vendidos, não dessem lucro, além de constituir precioso veículo de propaganda.

Os programas, em média com 10 páginas, reproduzem fotos de cenas de peça, com biografia do autor, indicação do elenco e outros pequenos textos. Normalmente explorados pelos empresários, contém aproximadamente dois terços de suas páginas de ampla publicidade comercial, sendo vendidos dentro do teatro.

Sobre as importâncias, tanto relativas a subvenções pagas direta ou indiretamente pelo Poder Público ou por empresas privadas, como as provenientes de venda de posters, programas, flâmulas, medalhas, imagens, bonecos, etc., alusivas à peça teatral, têm que incidir os direitos de autor.

A razão é sempre a mesma.

A criação intelectual do autor da peça é que movimenta não só o organismo principal, que, no caso, é a própria realização da peça teatral, como, ainda, todos os maquinismos e válvulas suplementares ou complementares que atuam em função dela, seu fundamento, sua própria razão de ser.

A simples consideração de que, se não existisse a peça, jamais haveria como cogitar de tais *posters* ou de tais programas, convence de que, assim como o autor participa de uma percentagem sobre o principal, não há razão para que não compartilhe também dos complementos daquela criação.

Não se trata senão a aplicação do princípio, universal do reconhecimento da participação do autor em todas as manifestações, e, pois, em todos os proventos que a sua criação possa proporcionar, e que a Lei nº 5.988 sanciona energicamente:

“Art. 29 Cabe ao autor o direito de utilizar, fruir e dispor de obra literária, artística ou científica, bem como o de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte”.

Publicar e multiplicar fotos da montagem da peça, transcrever passagens dela, para fins comerciais, com evidente intuito de lucro, não é fruição por terceiros, de parte da obra? Não é ao seu autor que esse dispositivo reserva a exclusividade de utilizar e fruir, e quando não queria fazê-lo pessoalmente, “dispor” de sua obra e autorizar sua utilização ou fruição por terceiros?

Como duvidar, então, que semelhante forma de aproveitamento deve ser autorizada pelo titular, e que, ainda quando sua permissão possa ser presumida tácita, à ele deve reverter, proporcionalmente, uma parte dos rendimentos?

Têm, portanto, os autores, direito a uma percentagem sobre todo e qualquer rendimento, direto ou indireto, que a obra possa proporcionar-lhes.

Temos, de resto, uma primeira luminosa manifestação jurisprudencial confirmadora de tudo quanto ficou exposto.

A Sociedade Brasileira de Autores Teatrais - SBAT, representando os tradutores da obra de S. I. WITKIEWICZ, "Mãe", contratou com Tereza Rachel Produções Artísticas Ltda. a representação teatral da mesma, mediante o pagamento de direitos autorais de 10% sobre a renda bruta de cada espetáculo ajustado, na conformidade da seguinte cláusula:

"A Empresa reconhece expressamente à SBAT, independentemente de qualquer juízo ou interpretação, a participação percentual de 10% (dez por cento) sobre toda e qualquer quantia por ela recebida ou a receber, de entidades públicas ou particulares, direta ou indiretamente, em espécie ou representada por auxílio de viagem, de estada, alojamento, que tais entendimentos obriguem a EMPRESA a fornecer ingressos gratuitos ou a realizar um ou mais espetáculos, gratuitos ou com redução de preço, ou, ainda, quando tais recebimentos se refiram a espetáculos já realizados".

Vindo a saber que a referida firma comercial recebeu do Estado da Guanabara uma subvenção de Cr\$ 72.000,00, como auxílio para montagem dessa peça teatral, sob o compromisso de realizar temporadas a preços populares e de distribuir ingressos até o valor da subvenção, em dias de menor freqüência, o que realmente ocorreu, deixando, no entanto, de pagar os direitos autorais, na forma pactuada, moveu-lhe ação ordinária para cobrar-lhe Cr\$ 7.200,00.

Defendeu-se a requerida, sustentando ser nula tal cláusula pois, inserta no instrumento impresso, desde 1964, jamais se teria executado; assinado o contrato sob esse clima de confiança, estaria configurada a simulação, e a autora seria, assim, carecedora da ação.

Ainda que inválida não fosse, a subvenção dada pelo Governo da Guanabara teria por fim incrementar a divulgação da cultura, certo que a participação do autor, nessas subvenções, foi debatida e negada.

Afinal, a subvenção seria para montagem da peça. Teria finalidade de compensar os riscos do empresário, cuja fortuna é incerta, ao contrário da do autor que ganha sempre, independentemente do sucesso, da sua produção intelectual.

Em sucinta, mas precursora sentença de 16-04-1973, o então M. Juiz em Exercício na 14ª Vara Cível do Estado da Guanabara, ONURB COUTO BRUNO (Rev. de Teatro de novembro e dezembro de 1973, págs. 27 e 28), repeliu a defesa, demonstrando nada ter de simulado o ato. A ré havia firmado um contrato para representação

da obra, obrigando-se a pagar direitos autorais sobre tudo quanto recebesse e que pudesse repercutir na arrecadação da bilheteria.

Nem mesmo a reserva mental, não referida expressamente no Código, mas que pode considerar-se abrangida pelo nº II, do artigo 102, estava configurada, porque nenhuma intenção de não exigir o cumprimento da cláusula, conhecida da ré, houve por parte da autora, que, ao contrário, tem exigido o percentual, nas mesmas condições, de outros empresários.

“Irrelevante ao deslinde da causa que a Comissão Especial de Teatro não tenha atribuído, ao autor da obra, parte da subvenção. Se o tivesse feito, certamente a cláusula nº 6 não existiria.

Ela foi incluída no contrato padrão exatamente para proteger o direito do autor de uma indireta expropriação da sua propriedade intelectual, frustrando o Estado, através de subvenção aos empresários, as rendas sobre as quais vai incidir o percentual relativo ao direito autoral.

E a incidência da alíquota correspondente a esse direito não se condicionou à apuração de qualquer resultado econômico, em face da subvenção, motivo por que era dispensável a prova pericial perseguida pela ré”.

O último fundamento em que se abroquelava a ré podia ser muito válido como um argumento do que as partes deveriam ter contratado. Não lhe cabia, porém, julgar em face do que *deveria ser*, mas compor o conflito à luz da norma em que se converteu, para os litigantes, a cláusula nº 6 do contrato.

Se a subvenção, em todo seu quantum, repercutiu na renda; se a renda é a base da remuneração do autor, pela exploração da sua propriedade intelectual, não restava a menor dúvida de que os 10% devem incidir sobre a contribuição dada pelo Estado.

“Aliás, essa contribuição, se teve em mira favorecer a divulgação da cultura, não foi, às escâncaras, o seu objetivo, prejudicar o autor, que é o núcleo de onde essa cultura se irradiava.

Embora se projete muito mais a imagem do autor, do técnico, do especificador, do tradutor, eles todos seriam nada sem o gênio criador do autor da obra literária, artística e científica.

Essa obra, muito ao contrário do que insinuou a ré, na audiência, não tem pátria. Ela é patrimônio do seu criador, que tem direito exclusivo de lhe ligar o seu nome, de explorá-la, encenando-a ou autorizando-a que o façam; de reproduzi-la”.

Julgou, por essa forma, procedente a ação, condenando a ré a pagar à autora a quantia de Cr\$ 7.200,00, juros de mora, que se consideram implícitos no pedido, contados da citação, custas e honorários advocatícios, arbitrados a 15% sobre o valor da causa, *ex vi* do disposto no art. 64, do C.P.C., redação da Lei nº 4.632/65.

9. Duração do contrato. Suspensão e resolução

Não contém a nossa lei dispositivo correspondente ao da lei francesa de 11-03-1957:

Art. 44. O contrato de representação é concluído por uma duração limitada ou por um número determinado de comunicações ao público.

Salvo estipulação expressa de direitos exclusivos, ele não confere ao empresário de espetáculos monopólio algum de aproveitamento.

A validade dos direitos exclusivos concedidos por um autor dramático não pode exceder cinco anos; a interrupção das representações no decurso de dois anos consecutivos lhe põe fim de pleno direito.

Depois de lembrar que não se apresenta, portanto, problema algum quando chegar o prazo estabelecido, e que, se houver recondução do contrato, este não poderá ser, novamente, senão por uma duração limitada ou por um número determinado de comunicações ao público, separa ROBERT PLAISANT as hipóteses de força maior ou caso fortuito da suspensão ou ruptura relacionadas ao fato de um dos contratantes.

Como exemplos colhidos da jurisprudência de casos em que o empresário de espetáculos pode ser exonerado de sua obrigação se o aproveitamento tornou-se impossível, apresenta a da doença ou morte do artista contratado.

De julgados não reconhecendo nem caso fortuito, nem de força maior:

- a recusa pelo artista, do compromisso que lhe é proposto, a greve dos artistas ou do pessoal da empresa de espetáculos;
- a proposta de modificações de textos introduzidas pelo autor e não aceitas pelo diretor;
- o receio de um revés quando a peça tenha sido recebida a título definitivo.

Quanto à suspensão ou ruptura decorrente do fato de um dos contratantes, lembra que o exercício do direito moral por parte do autor, principalmente, o de arrependimento e de retirada, pode acarretar

a suspensão ou a ruptura do contrato e sob certas condições obrigar o autor a indenizar o cessionário.

Mas também a modificação da situação jurídica do empresário de espetáculos ocasiona eventualmente a suspensão ou a resolução do contrato concluído a título pessoal.

Para demonstrar que a ruptura do contrato de representação decorrente de fato de um dos contratantes é relativamente freqüente, cita acórdão de 19-06-1963 do Tribunal do Sena, relativo à concessão a representação de uma peça dramática num teatro de Paris, que devia ter início nas proximidades de 20-05-1958.

Os acontecimentos públicos que se produziram nessa ocasião podia justificar numa certa medida algumas hesitações do diretor do teatro; ele protestou todavia, em seguida, dificuldades de decoração, e ainda a mobilização de um jovem comediante.

Decorridos alguns meses, tendo passado o período das férias, a peça poderia ter sido representada no mês de outubro, mas o tempo passou sem que o contrato tivesse sido executado. O diretor foi então condenado por ruptura de contrato às perdas e danos de 10.554 francos, por prejuízo material e 3.000 por prejuízo moral.

10. A representação, de lege ferenda

Se embargo do obsoletismo dos dispositivos do CC, com poucas alterações, foram aproveitados no Projeto de Código de Obrigações de 1965, que se limitou a introduzir três inovações.

A do art. 703, outorgando ao empresário a faculdade de promover outras representações pelo tempo e nos lugares convencionados, e, em falta de ajuste, segundo os usos e as circunstâncias; a do art. 706 não permitindo ao produtor ou empresário, sem licença do autor, fazer alterações no texto original, e a do art. 707, esta sim digna de encômios:

O autor da obra artística ou literária tem direito a ser remunerado pela sua representação ou difusão por qualquer meio, ainda que promovida sem finalidade lucrativa.

Parágrafo único. Igual direito é reconhecido aos artistas que, por exibição ao vivo, gravação ou qualquer processo mecânico, realizam a difusão da obra alheia.

Não lhe aproveitou as sugestões o Anteprojeto de CC de 1973, muito mais apegado ao texto de Código. Aditou o duvidoso parágrafo único do art. 770, que complementando o art. 1.360 (que reconhece ao autor, quando não tenha sido fixado prazo à representação, o direito de intimar o empresário para tal fim, cominando-lhe em pena a rescisão do contrato), propõe não poder “o autor assinar prazo que contravenha às normas usuais na espécie, ou prive o contrato dos resultados esperados pelo empresário”

Teve porém o Projeto de 1975 o bom senso de retirar os dispositivos referentes à representação dramática, deixando assim a regulamentação da matéria à legislação específica, que, no entanto, terá fatalmente que ser revista e atualizada.

Bibliografia aproveitada

- BILE, Franco — Rappresentazione e Esecuzione (Contratto di) Novissimo Digesto Italiano, Turim, Utet, vol. XIV, 1967, págs. 875-879.
- BOBBIO, Pedro Vicente — Direito Autoral de Execução, Representação e Irradiação, São Paulo, Sbacem, 1947, págs. 5-13.
- CHAVES, Antônio — Tratado de Direito Civil, Contratos, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1984, nº 40.
- CHAVES, Antônio — Direito Autoral de Radiodifusão, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1952, págs. 126-226.
- DESBOIS, Henri — Le Droit d'Auteur en France, Paris, Dalloz, 2ª ed., 1966, págs. 293-334.
- DUVAL, Hermano — Direitos Autorais nas Invenções Modernas, Rio, Andes, 1956, págs. 215-270.
- FERNANDES, Milton — Contratos de representação e de execução públicas de obras intelectuais, Revista Internacional do Direito Intelectual, RIDI, 1(2), 1978, págs. 140-149.
- LE TARNEC, Alain — Manuel de la Propriété Littéraire et Artistique, Paris, Dalloz, 1966, págs. 90-102.
- PIZARRO DAVILA, Edmundo — Los Bienes y Derechos Intelectuales, Lima, Arica, 1974, págs. 315-326.
- PLAISANT, Robert — Le Droit Pécuniaire. Le droit de représentation, Juris Classeur de la Propriété Littéraire et Artistique, Paris, Ed. Techniques, fasc. 14, 1965, 20 págs.
- PLAISANT, Robert — Radiodiffusion et Télévision in Juris Classeur de la Propriété Littéraire et Artistique, Paris, Editions Techniques, fasc. 16, 1963, 15 págs.
- POUILLET, Eugène — Traité Théorique et Pratique de la Propriété Littéraire et du Droit de Répresentation, Paris, Librairie Générale, 1908.
- RUDAKOV, Yu. S. — Protection du droit d'auteur afférent aux oeuvres littéraires interprétées sans musique dans des concerts, cirques et programmes analogues, relatório apresentado aos 11-05-1982, no Congresso de Viena da Comissão Jurídica e de Legislação da Confederação Internacional das Associações de Autores e Compositores.
- STRASCHNOV, Georges — Le Droit d'Auteur et les Droits Conexes en Radiodiffusion, Bruxelas, Bruylant, 1950, págs. 19 e seguintes.

TRABALHO DE ALUNO

A Crise Financeira das Nações Unidas

Paulo Borba Casella

Aluno do Curso de Pós-Graduação,
Área de Direito Internacional

SUMÁRIO: 1. *Introdução* — 2. *A estrutura financeira da ONU* — 3. *A ONU e seu orçamento* — 4. *A gênese da crise financeira* — 5. *A politização do orçamento* — 6. *Jurisprudência em matéria de finanças* — 7. *O veto jurídico e o veto financeiro* — 8. *As operações para manutenção da paz: perspectivas* — 9. *Conclusão*.

1. Introdução

O desempenho da principal atividade da Organização das Nações Unidas, a manutenção da paz e da segurança internacionais (de que trata o Art. 1º, nº 1 da Carta das Nações Unidas) tornou-se extremamente problemático nos últimos 25 anos e chegou a colocar em risco a própria existência da Organização.

O que mais nos assombra e desconserta é analisar as causas que levaram a esse impasse. Os objetivos que nortearam a criação da Organização e toda a sua atuação se viram comprometidos pelo déficit financeiro crônico, que se prolongou por muitos anos.

Ficaram pateticamente evidenciadas as distorções que marcam o mundo contemporâneo e a fragilidade da chamada ordem internacional. A Organização das Nações Unidas, viu suas possibilidades de atuação na iminência de paralisação, uma vez que sua receita depende das contribuições dos Estados mesmos (somadas a eventuais contribuições voluntárias e outras fontes de receita de menor expressão), e, que essas contribuições poderiam ser restringidas ou interrompidas por parte de diversos Estados ou grupos de Estados, sendo utilizadas como instrumento de pressão política.

O fenômeno da *politização* no setor financeiro mostrou-se arma eficiente colocando-se de lado a questão da apreciação ética de um tal comportamento — e foi empregada no momento em que os canais normais de discussão de decisão no seio da Organização se mostravam difíceis de serem manobrados, fosse em razão da sua estrutura de funcionamento ou em razão da inconveniência de tomada de atitude tida como impopular ou inoportuna no âmbito internacional.

As mudanças ocorridas no cenário mundial, desde o fim da II Guerra Mundial, levando ao aumento do número de membros da Organização e a atitude da Assembléia Geral, trazendo para discussão em seu seio assuntos antes tradicionalmente tratados pelo Conselho de Segurança acarretaram diminuição da “importância” dos membros permanentes do Conselho, reduzindo as possibilidades de influírem decisivamente nas decisões tomadas pela Organização. O *direito de veto* perdeu parte de seu poder e de seu prestígio na medida em que a Assembléia Geral passou a tratar de assuntos antes discutidos pelo Conselho de Segurança e que, no plenário da Assembléia, nenhuma das grandes potências tinha capacidade de determinar decisões, mobilizando maioria. Mas se o *veto jurídico* mostrou-se ineficaz, era possível deter a ação da Organização, travando a possibilidade de execução das decisões tomadas, pelo emprego do expediente que se veio denominar de *veto financeiro*.

Muito embora exista consenso da grande maioria dos Estados, admitindo como coletiva a responsabilidade pelo custeio das operações para manutenção da paz, não foram ainda estabelecidos mecanismos plenamente satisfatórios e estáveis, muito embora se tenha conseguido estruturar quadro de repartição de despesas, entre diferentes grupos de países.

Ainda não foi encontrada solução para o problema do financiamento da Organização como um todo. A subordinação do orçamento da ONU às contribuições dos Estados traz para o seio da Organização um índice alto de incerteza, decorrente das flutuações das políticas nacionais dos diferentes Estados.

2. A estrutura financeira da ONU

A Organização das Nações Unidas não é um Super-Estado mundial. As suas limitações em face das soberanias nacionais ficam patentes, ainda mais do que em outros setores, no campo financeiro. Seu orçamento, votado anualmente no plenário da Assembléia Geral, depende, para sua execução, do pagamento das contribuições por parte dos Estados-membros. Neste sentido, a lição de Maxime CHRÉTIEN (*Les Recueils fiscaux de la S.D.N. et de l'O.N.U.*):

“Si elle possède un budget propre, qui est voté par l'Assemblée générale (son principal organe), ce budget reste alimenté par les cotisations des États membres”.

3. A ONU e seu orçamento

Durante muito tempo a votação do orçamento da Organização das Nações Unidas não apresentou problemas. A votação do orçamento era uma tarefa técnica rotineira, levada a cabo sem maiores dificuldades. O orçamento era *instrumento de funcionamento* e não

um instrumento de ação. O orçamento da ONU era pura e simplesmente um *orçamento administrativo*. Ele seguia seu caminho habitual, passando pelo Secretário Geral e, a seguir, pelo Comitê Consultivo, para exame de questões administrativas e orçamentárias. Ao término dos tramites orçamentários e costumeiros, a Assembléia Geral se limitava a confirmar as cifras adotadas,

Nas grandes linhas que compunham o orçamento pouca margem restava para uma eventual politização. A possibilidade de ocorrência de uma politização do orçamento ficaria limitada a uma pequena parcela do total.

As despesas politizáveis eram supridas por créditos provenientes de contas especiais alimentadas por contribuições voluntárias. As divergências estavam longe de ser consideráveis. Não aconteciam confrontos dramáticos, nem tampouco escrutínios orçamentários disputados.

Este é o quadro que a questão do canal de Suez e muito especialmente a questão do Congo vieram conturbar. Estes acontecimentos marcam o início da politização das decisões financeiras.

A decisão de efetuar intervenções armadas com forças da Organização e os gastos decorrentes da manutenção dessas tropas, levou ao aparecimento de despesas de caráter totalmente novo.

4. A gênese da crise financeira

O ponto de partida foi o financiamento da força expedicionária das Nações Unidas (FUNU, encarregada de servir de tampão entre os elementos egípcios e os israelenses, após a retirada das tropas francesas e inglesas.

Surgiu a controvérsia em torno da questão das despesas com a manutenção das tropas. Pela primeira vez, uma discussão financeira assumia o caráter de uma questão de princípios. Não se tratava de discussão em torno da redução de despesas de determinado posto ou do aumento de um crédito. Tratava-se de contestar o caráter de "*despesa da Organização*" no que se referia às despesas da FUNU. Isto marcou a politização do orçamento. Todos os anos, produziram-se contestações semelhantes, quando as finanças da FUNU eram examinadas. Quando as operações para manutenção da paz se multiplicaram, o volume de contestações assumiu proporções graves para a vida política da Organização.

A questão do Congo e o envio de elementos militares à região pelo Conselho de Segurança levou à repetição de fatos semelhantes, tornando necessário criar fundo *ad hoc* em virtude da firme oposição por parte dos Estados socialistas à inclusão dessas despesas no orçamento normal.

Por ocasião da questão da força armada da ONU na questão da ilha de Chipre foi impossível obter consenso permitindo a assimilação das despesas da UNFICYP como despesas da Organização.

A questão da Cachemira, em 1965, levou à criação da UNIPOM, encarregada de observar o respeito ao cessar-fogo por parte da Índia e do Paquistão.

A sucessão de diversas questões internacionais e o aumento das somas envolvidas, tornaram clara a importância crescente, em vigor e em frequência, de críticas referentes aos projetos de inclusão no orçamento de despesas decorrentes das operações de manutenção da paz.

5. A politização do orçamento

O poder de decisão em matéria orçamentária era unanimemente reconhecido como competência da Assembléia Geral, até 1960. A partir desta data, desenvolveu-se uma tese, segundo a qual o poder orçamentário da Assembléia não poderia ser geral, não poderia incluir toda e qualquer atividade da Organização.

A competência geral da Assembléia Geral para determinar as *despesas* no orçamento da ONU, traz consigo a competência para determinar os encargos contributivos de cada membro pela aplicação de quotas por ela estabelecidas.

A competência orçamentária da Assembléia Geral foi tema em torno do qual se fez amplo debate onde entraram em choque teses discordantes. Também a Corte Internacional de Justiça se manifestou sobre esta questão a 20-07-1962.

O debate, girou principalmente, em torno da amplitude a ser dada ao § 2º do art. 17 da carta da ONU, e da alegação de que o poder de decisão da Assembléia não pode ser exercido fora das "atividades normais" da Organização. Esta argumentação, apresentada pela França, pela União Soviética, pelo bloco dos países da Europa Oriental e por alguns outros Estados, se baseia em interpretação restritiva do art. 17 da carta, que somente seria aplicável ao "orçamento administrativo" da Organização, excluindo as despesas com envio de forças da Organização, "de caráter extraordinário, juridicamente e quantitativamente".

Esta discussão chegou à Corte Internacional de Justiça, que rejeitou a argumentação que limitava o art. 17 a um assim chamado orçamento administrativo, ou a pretensas despesas ordinárias.

Contudo, a manifestação da Corte pouco contribuiu para uma mudança de posições.

6. Jurisprudência em matéria de finanças

C.I.J. — Avis 20-07-1962.

A Corte Internacional de Justiça (C.I.J.), manifestou-se sobre esta questão em 20 de julho de 1962, no que concerne a interpretação dos parágrafos 1º e 2º do art. 17 da Carta da ONU:

“l'exercice du pouvoir de répartition crée pour tous les membres l'obligation expressement énoncée à l'article 17, § 2”.

A manifestação da C.I.J. foi apresentada nos seguintes termos:

“Le § 1 de l'article 17 donne à l'Assemblée générale le pouvoir non seulement d'examiner le budget de l'organisation mais aussi de l'approuver. La décision d'approuver le budget est étroitement liée au § 2 de l'article 17 car, en vertu de ce paragraphe, l'Assemblée générale a également le pouvoir de répartir les dépenses entre les membres et l'exercice du pouvoir de répartition crée pour tous les membres l'obligation expressement énoncée à l'article 17, § 2 de supporter la quote part des dépenses qui leur incombe selon la répartition fixée par l'Assemblée générale”.

Esta passagem do *Recueil* da C.I.J., 1962, p. 254, esclarece de que forma a questão se colocou para a Corte Internacional:

“Par dessus tout. une question politique: celle de la politique financière dans les affaires qui touchent au maintien de la paix et, rattachée à cette question, celle des pouvoirs et des responsabilités des principaux organes des Nations Unies, dont on ne saurait guère contester le caractère politique”.

A doutrina também viu desta forma a questão.

M. VIRALLY, por exemplo, no seu *L'Organisation Mondiale* (pp. 499-500 e 506), lembra que:

“Il s'agit fondamentalement d'une crise politique, bien que les problèmes financiers en aient constitué le point de cristallisation”.

e insiste no fato de que:

“en s'efforçant de résoudre le *problème reflet* du financement, on a surtout traité les symptômes et non le mal lui-même”.

7 O veto jurídico e o veto financeiro

A crise financeira da ONU mostra uma evolução no seu funcionamento e a presença do déficit crônico tem o valor de um símbolo.

A Resolução 377 (de 03-11-50) conhecida como “Resolução Acheson” ou “União para a manutenção da paz” resultou do esforço dos países ocidentais para superar o bloqueio do Conselho de Segurança resultante do exercício sistemático do direito de veto pela União Soviética, durante a guerra da Coréia em 1950.

Este texto autoriza a Assembléia Geral, em caso de bloqueio do Conselho de Segurança, a trazer para o plenário a questão. A despeito do art. 11 § 2 *in fine* da carta, que prevê monopólio da ação para o Conselho de Segurança, a Assembléia Geral outorgou competência a si mesma, para decidir questão internacional chegando a incluir a aplicação de medidas coercitivas.

A Assembléia Geral não se apossou da competência do Conselho de Segurança. A Assembléia Geral só emite *recomendações* não obrigatórias, enquanto que o Conselho conserva o poder de decisão (conforme salienta Jacques SOUBEYROL, *Considérations sur la crise financière de l'ONU*).

A União Soviética se insurgiu contra este expediente que a privava de sua arma mais eficaz no seio da Organização, reduzindo violentamente os efeitos do direito de veto.

Os protestos formais e a argumentação jurídica da União Soviética foram reforçados por uma abstenção financeira que, somada à abstenção dos países da Europa Oriental, significou corte da quinta parte das fontes, das quais dependia a Organização, para pagamento dos custos de uma operação para manutenção da paz. A França também adotou a mesma atitude que a União Soviética e a atuação conjunta (aumentando a porcentagem da redução) aumentou o alcance da medida soviética. Desta forma foram contornadas as dificuldades, de emprego do *veto jurídico* clássico pela eficácia de um *veto financeiro*.

No momento em que o veto jurídico se fazia mais necessário surgem dificuldades crescentes ao seu emprego. Tornava-se necessário para os membros permanentes do Conselho de Segurança evitar assumir posições inoportunas no contexto mundial, correndo o risco de assumir uma posição politicamente desvantajosa empregando o veto em assuntos envolvendo países do Terceiro Mundo. Como bem frisa Jacques SOUBEYROL (*op. cit.*):

“Les États du Tiers Monde ne constituant pas à l'ONU un bloc sans fissures, loin de là. Un veto satisfiera les uns, et scandalisera les autres; peut-être même indisposera-t-il les deux camps(.) C'est un risque qu'il est très délicat de prendre”.

Outro fator que veio dificultar o emprego do veto foi o aumento do número de membros da Organização.

Apesar dos vários motivos apontados, o veto é um instrumento extremamente útil e todos os membros permanentes do Conselho de

Segurança tem motivos particulares para se apegar às possibilidades oferecidas por ele. A participação no "Diretório" internacional criado em 1945 oferece vantagens demais para ser sacrificada.

Em virtude das mudanças ocorridas no mundo desde o fim da II Guerra Mundial e da evolução da ONU, o veto financeiro às decisões da Assembléia Geral é talvez um golpe baixo, mas é certamente um golpe que atingiu plenamente seus objetivos. Ele é um instrumento inigualável para combater a influência crescente que vem ganhando o bloco dos países do Terceiro Mundo, na ONU, nos últimos anos.

A experiência mostrou que na ONU as soluções financeiras são suscetíveis de alterar o equilíbrio entre o Conselho de Segurança e a Assembléia Geral.

A análise do quadro atual nos leva a pensar na legalização do veto financeiro. É inegável a aceitação que vem encontrando a idéia de um veto financeiro, compensando a extensão da competência da Assembléia Geral. Contudo, o aparecimento do veto financeiro, legalizado ou não, pode conduzir à paralisia total da Organização, se ele for respeitado e, à ruína completa, se ele for ultrapassado.

8. As operações para manutenção da paz: perspectivas

As operações para a manutenção da paz e a responsabilidade dos Estados quanto a essas operações e seu financiamento foram objeto de acirradas discussões. Os Estados não conseguiram entrar em acordo com relação ao que entendiam por operação para a manutenção da paz e este fato torna facilmente compreensível o desacordo quanto a *qualificação* a dar a essas despesas.

As perguntas acerca da natureza jurídica das operações para manutenção da paz levam a discussão sobre o regime jurídico das despesas para a manutenção da paz. A ONU viveu um impasse:

"Il y avait des dépenses. Restait à les couvrir".

Conforme Jean-Claude MARTINEZ (*Le financement des opérations de maintien de la paix de l'ONU*), que coloca com bastante clareza o fato de que:

"La question du financement de la paix est un prétexte, pour vider sur un terrain technique une querelle politique".

Toda a discussão em torno deste assunto se resumiria em três Resoluções da Assembléia Geral:

Res 3101 (na XXVIII Sessão da Assembléia Geral, 1973), Res 3211 (XXIX, 1974) e Res 3374 (XXX, 1975). De acordo com Jean-Claude MARTINEZ:

“Tout en étant collective la responsabilité à l'égard de la charge du financement des opérations pour le maintien de la paix est aussi d'étendue variable. Cette discrimination dans la charge financière de chacun des contribuants s'opère, en fonction de leur capacité de paiement”.

A Resolução 3101, confirmada pelas Resoluções 3211 e 3374, representa o estabelecimento de uma solução estável. Posteriormente, podem vir a ser introduzidas modificações nas cifras percentuais, mas as bases de cálculo ficaram claramente definidas.

Com relação ao encargo de financiar as operações para manutenção da paz, é possível afirmar que a grande maioria dos Estados está de acordo em reconhecer que elas devem ser coletivamente partilhadas. Da mesma forma se admite a divisão das despesas entre os Estados de acordo com a respectiva capacidade de pagamento, cabendo aos membros permanentes do Conselho de Segurança, parcela significativa do total, levando-se em conta o fato de que estas potências têm responsabilidades muito especiais nesta questão.

9. Conclusão

O problema do financiamento das operações para manutenção da paz e, em maior escala, o do financiamento da Organização Mundial no seu conjunto não encontraram até agora solução definitiva.

A situação de crise financeira que se vem prolongando no seio da Organização precisa ser combatida. A ONU precisa dispor de fontes de receita independentes da vontade dos Estados, para financiar operações para manutenção da paz e, para consolidar uma estrutura firme e autônoma, que assegure o financiamento da Organização, e possibilite maior liberdade de ação e maior independência para a Organização mundial.

DISCURSOS E CONFERÊNCIAS

O Direito na Formação do Diplomata^(*)

Vicente Marotta Rangel

Diretor da Faculdade de Direito da USP

O tema que nos propomos aflorar não tem sido subordinado a consideração sistemática e integral. Iremos focalizá-lo de forma preliminar. Será uma explanação, por assim dizer, tão-somente exploratória de tópicos que mereçam estudo mais detido e acurado.

Quais os vínculos entre direito e diplomacia? Colocada a indagação numa perspectiva histórica, veremos serem eles muitos e estreitos, conquanto variáveis em intensidade na seqüência do tempo. Tem sido o direito considerado relevante na formação do diplomata, pelo menos até o primeiro quartel de nosso século. Com o desencanto em torno dos estudos jurídicos, subsistente principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, ao menos no concernente ao âmbito das relações interestatais, e com a crescente importância de outras disciplinas sociais — ocorreu, infelizmente, uma certa depreciação da função do direito no contexto das atividades diplomáticas. Sendo essa depreciação resultado de equívocos, parece-nos oportuno focalizá-los no âmbito não a rigor da comunidade brasileira mas no contexto geral em que se situam, por se reportarem a problemas globais da sociedade contemporânea e dizerem respeito, enfim, à natureza do fenômeno jurídico, ao próprio conceito do direito. Na última parte de nossa exposição, pretendemos referir-nos a fatos atuais que acentuam a necessidade de ter o diplomata conhecimentos básicos de direito e a conveniência de tê-los, se e quando possível, de forma especializada.

I

Parece oportuno registrar, de modo preambular, que todos os ramos do direito acabam sendo passíveis de relacionamento com a diplomacia e, no decurso desta exposição, será possível discerní-lo. Não há dúvida, porém, que dentre esses ramos, o que tem mais próxima conexão, por assim dizer íntima e essencial, é o direito internacional público. Tal conexão nos levaria mesmo a fazer uma opção entre as diversas definições até agora propostas sobre diplomacia. Poderemos,

(*) Conferência proferida no Instituto Rio Branco, do Ministério das Relações Exteriores, em fevereiro de 1983.

nesse sentido, pôr de lado as quatro acepções de diplomacia, como nos indica Nicolson (*Diplomacy*, 1939, p. 12, ed. esp.), como sinônimo ou de política exterior, ou de negociação internacional, ou de processos mediante os quais se leva a cabo a negociação, ou enfim, como qualidade ou habilidade na condução da mesma negociação. Poderemos também deixar de questionar se a diplomacia — conforme debatem os autores — seria “ciência”, ou “arte”, ou “processo”, ou “método”, ou “negócio”. Poderemos, igualmente, abdicar de argüir se a ênfase da definição deveria ser posta nesta ou naquela função que a diplomacia abrange: representar, ou preservar, ou proteger, ou negociar. Dado o estreito liame existente entre direito internacional e diplomacia, bastaria, para o objetivo desta exposição, e tendo em conta a perspectiva do tema ora exposto, acolher a acepção oferecida por Cogordan, recolhida por Rubens Ferreira de Mello (I, p. 12), segundo a qual a diplomacia “é o direito das gentes aplicado”.

Embora tenham ocorrido indagações e dúvidas sobre o nível de adequação dos conhecimentos jurídicos para o exercício das funções diplomáticas, o certo é que direito e diplomacia conquanto distintos — têm marchado juntos e mantido colaboração recíproca fecunda. É o que um olhar sobre o pretérito, ainda que rápido e de conjunto, para confirmá-lo.

Tanto nas origens como em seu desenvolvimento, a diplomacia esteve intimamente associada com o direito e se poderá dizer ter sido quase imperceptível, muitas vezes, o traçado da fronteira entre ambos, assim como entre os agentes respectivos: o diplomata e o jurista. A razão está, em grande parte, no fato de que, nas relações entre nações, o progresso da civilização pode ser definido como um movimento da força para a diplomacia, e da diplomacia para o direito. Como assinala LOUIS HENKIN, força, diplomacia e direito não representam estágios separados no curso da história. “Eles têm coexistido, crescendo a diminuindo, em diferentes proporções, em diferentes épocas, entre diferentes nações, em diferentes contextos (*How Nations Behave*, New York, Praeger, 1970, p. 4).

Desde o século VI a.C., os estados-cidades gregos adotaram o costume de escolher como embaixadores os oradores mais eloqüentes, os advogados forenses mais hábeis da comunidade. Preferiam-se os que tivessem u’a memória retentiva e uma voz muito sonora. A tarefa dos enviados consistia em advogar a causa de sua cidade perante as assembléias populares das confederações ou perante cidades estrangeiras. As origens da advocacia coincidem, desse modo, com as origens da diplomacia. O desenvolvimento desta se beneficiou, por outro lado, do aprimoramento gradual da ciência e da arte jurídica, de que romanos, mais ainda que os gregos, se tornaram exímios cultores. Como assinala Nicolson (op. cit., p. 20), a contribuição romana à diplomacia não deve buscar-se no campo da negociação mas no âmbito de um ramo do direito, o direito das gentes. Os romanos — aduz ele (p. 32) — converteram em universal ou ecumênico não apenas o direito mas também a teoria diplomática.

A influência do direito na evolução da diplomacia não cessou mas se prolongou — embora modificada — com o surgimento das embaixadas permanentes. Apareceram estas, como se sabe, nas nações européias e ao fim da Idade Média, ao mesmo tempo em que se constituíram os Estados modernos, com tudo o que significavam: um exército, uma burocracia e uma fazenda governamentais.

A permanência da representação ensejou às embaixadas a intensificação tanto das atividades de negociação como da proteção dos interesses do país acreditante. Ensejou-lhes, outrossim, o cumprimento das tarefas de informação. Tais atividades, em grande parte, novas, não foram, de início, exercidas senão com dificuldades e suspeitas, acrescidas pelo fato de inexisterem normas disciplinadoras de relações diplomáticas, estáveis e constantes. No decurso do século XV, a república de Veneza ameaçava com o desterro e mesmo com a morte os seus cidadãos que mantivessem relações com qualquer membro de uma legação estrangeira. Até os meados do século XVIII, um membro do Parlamento inglês era passível de pena se falasse com diplomata estrangeiro e era mesmo susceptível de destituição. Como lembra JACQUES CHAZELLE, os diplomatas eram tratados, quer em Moscou quer em Constantinopla, como prisioneiros de guerra. Alguns se expunham, ao regressar a seu próprio país, a serem postos em quarentena pelo risco de contagiarem seus concidadãos com os modos de pensar estrangeiros. Apesar do crescimento de seus recursos e do progresso de seus métodos, a diplomacia da Renascença permanecia profundamente imbuída de tradições bastante primitivas, assediada por um clima nefasto de receios e rivalidades. A colaboração dos juristas não tardou, porém, a se fazer notar de modo a contribuir para que esse clima se desanuviasse. Necessário era, então, precisar as normas regulamentares das atividades dos diplomatas, a determinação das competências entre os Estados acreditantes e acreditados, o sistema de direitos e deveres entre ambos. A contribuição dos cultores do direito foi então decisiva para que as funções diplomáticas passassem a exercer-se com desembaraço, segurança e eficácia. Como assinalou VAUGHAN WILLIAMS no segundo curso organizado pela Academia de Direito Internacional de Haia, ou seja, em 1924, sobre “Les Méthodes de Travail de la Diplomatie”, esta se apresentava em contato constante com o direito internacional, cujos princípios timbrava em reconhecer e assegurar.

Um dos mais antigos juristas a cultivar esse direito foi Alberico Gentili (1551-1608), nascido em Ancona, protestante refugiado na Inglaterra. A sua contribuição se deu em publicações como o *De Jure Belli* (1589) e o *De Legationibus* (1583), este último redigido em razão de consulta do governo inglês sobre as unidades a que teria direito o embaixador Mendoza, da Espanha. Era este acusado de ter tomado parte em conspiração contra a rainha Elizabeth, do país em que estava credenciado. Poderia o embaixador ser julgado e condenado à morte? Resposta negativa deu-a Gentili em parecer que, no ano seguinte, desenvolveu em dissertação, composta de três livros, em que faz digres-

são de ordem histórica sobre as embaixadas, as espécies em que elas se desdobram, as imunidades de seus titulares e as qualidades de que eles devem ornar-se. Normas liberais aí se precisam. Não se pode impedir a passagem do diplomata, em território de terceiro Estado, quando ele se destina a seu posto. O soberano não pode recusar-se a receber embaixada senão por “justa causa”. O direito de embaixada independe de religião; ele se estende a protestantes, maometanos e judeus. Embora sujeito à jurisdição civil do país acreditado, pelo menos em relação aos contratos celebrados durante sua missão o embaixador usufrui nesse país de imunidade de jurisdição criminal.

Contribuição relevante deve-se também a Hugo Grócio (1583-1645), cuja vida esteve intimamente relacionada, no plano da teoria e da prática, com funções diplomáticas. Pouco tempo após haver, com apenas quatorze anos, defendido na Universidade de Leyden, com êxito, teses públicas sobre as matemáticas, a filosofia, a jurisprudência, integrou ele embaixada de seu país, a Holanda, que demandou a França para convencer Henrique IV a não concluir paz em separado com a Espanha. Permaneceu então nesse país por quase um ano, período em que recebeu o título de doutor em direito pela Faculdade de Orleans. Após exercer a advocacia, e ter sido, em razão de vicissitudes de lutas políticas, condenado à prisão perpétua, refugiou-se da fortaleza de Loevenstein e partiu para a França, onde se abrigou, e onde escreveu o seu tratado clássico, *De Jure Belli ac Pacis Libri XIII*, publicado em 1625. Encantado com o livro memorável, Gustavo-Adolfo desejara nomeá-lo embaixador em Paris. Impedido pela morte de fazê-lo, a execução desse desejo foi confiada ao chanceler sueco Oxenstiern. Os poderes do chanceler não sendo suficientes, segundo o governo francês, Grócio foi compelido a retirar-se da porta de Saint Denis, pela qual passavam os embaixadores que deveriam ser acreditados. Teria Oxenstiern recebido do senado da Suécia os poderes necessários para nomear um embaixador? A discussão doutrinária e prática se prolongou por algum tempo, extinguindo-se ante a confirmação, pela rainha da Suécia, das credenciais do jurista.

Editado no alvorecer da Idade Moderna, o livro de Grócio serviu de inspiração às negociações do Tratado de Westphalia (1648), concluído três anos após a morte do jurista insigne. Desde então, a contribuição do cultor do direito se tornou marcante na fixação das regras sobre a diplomacia. É que juntamente com os tratados internacionais e o costume, a doutrina do direito das gentes, embora em grau de menor relevância, constitui fonte do direito diplomático.

Quando, cinco anos após a independência do Brasil, se criaram os cursos jurídicos no país, a lei de 11 de agosto de 1827, que os instituiu, estabeleceu o rol das matérias a serem prelecionadas no espaço de cinco anos e através de nove cadeiras. Prescreveu a mesma lei que a primeira dessas cadeiras devia denominar-se “Direito natural, público, análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia” Eis aí como, desde o alvorecer dos cursos jurídicos no Brasil, a diplomacia veio a ser estudada nas duas primeiras escolas

de direito que tivemos, a de Olinda ao norte do país e a de São Paulo, ao sul. Eis aí como muitos dos antigos diplomatas brasileiros puderam ter o benefício de uma formação jurídica, alcançada nesses centros universitários, forjadores da nacionalidade.

II

Até os fins do século XIX, o direito se afigurava em relativa estabilidade, suas normas e instituições conservavam a fisionomia dos ordenamentos destinados à perpetuidade. Como assinalou Santiago Dantas (“Renovação do Direito”, Discurso de 25 de outubro de 1941, comemorativo do cinquentenário da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil), “a ordem jurídica parecia formada de um corpo de normas, tão estáveis nos seus fundamentos éticos e econômicos, tão interdependentes e coesas, que o Direito vigente podia ser julgado uma conquista definitiva da civilização. No Direito Privado, a autoridade constante dos textos romanos e da legislação filipina, sobre que se vinham depositando, ao longo dos anos, as inovações legislativas processadas lentamente, dava a sensação de que o Direito era mais um fruto da história do que a obra do legislador. No domínio do Direito Público, os princípios do governo democrático representativo se haviam identificado de tal forma com a técnica jurídica, que nenhuma distinção era possível fazer entre o pensamento político e o pensamento jurídico, a não ser na esfera daqueles atos de governo que se processam fora do império da lei. O Direito era um mundo criado, seus alicerces estavam assentes, sua evolução se processava sem quebra de continuidade, e a legitimidade de cada norma estatuída provinha não só da outra, que autorizava a sua promulgação, como da coerência interna que integrava a nova regra no sistema, em cujo seio não era possível conceber antagonismos”.

“No século passado” — confirma JEAN CARBONNIER, em texto inserido no tomo XX da *Encyclopédie Française, Le Monde en Devenir*, Larousse, 1959 — “o direito podia ser ensinado como um encadeamento de certezas. Havia poucas leis, que quase não se modificavam. Se elas existiam, eram respeitadas, se não existiam, não eram reclamadas. As reações jurisprudenciais eram lentas e muito estudadas. Alguns princípios, enfim, faziam a coerência do conjunto: os princípios do liberalismo, autonomia da vontade, respeito dos direitos adquiridos, responsabilidade pessoal. ”

Todavia, essa admirável e serena ordem social, política e jurídica não tardou, a modificar-se. Ficou ela sujeita à transformação profunda e substantiva. A sociedade, tanto interna como internacional, sofreu o impacto de câmbio drástico. Os valores tradicionais foram postos em causa. As normas jurídicas não mais se ajustavam aos novos valores e estruturas sociais, postulando, a seu turno, revisões em profundidade. Os juristas passaram a denotar suas inquietudes, em face da evolução da sociedade e das normas que a regiam. Assim o testemunhara LEÓN DUGUIT, dois anos antes de deflagrada a Pri-

meira Guerra Mundial. Terminada esta, multiplicaram-se os ensaios que aludiam à chamada “crise” do direito, e que se reportavam ao descompasso entre a realidade social, os valores e a norma jurídica, crise essa que se tornava mais aguda com a aproximação dos eventos da Segunda Guerra. Gaston Morin passou a se referir à revolta dos fatos contra o direito cujo declínio fora arguido por George Ripert e cujas metamorfoses foram apontadas por René Savatier. O tema da “crise do direito” era largamente versado e, sobre ele discorreram entre nós, Orozimbo Nonato, Miguel Reale, Orlando Gomes. Como assinalou Jean Carbonnier, a “angústia histórica”, a que experimentam os homens quando, mais ou menos confusamente, se sentem arrastados ao futuro da história, tomou conta dos juristas diante das transformações de sua própria ciência, transformações essas que introduziram o vírus da incerteza ao nível tanto do direito objetivo quanto dos direitos subjetivos, acarretando dúvidas sobre a natureza e sobre as fontes do direito, e gerando intranqüillidade no domínio dos negócios e da segurança pessoal e da sociedade.

Essa crise social e política não se limitava aos setores do direito privado ou do direito público mas se ampliava — dir-se-ia até com mais graves ressonâncias — aos quadrantes do direito internacional. A crise estendia-se também à própria diplomacia cuja feição clássica, iniciada no século XVII, se prolongava até a Primeira Guerra Mundial. Até então os diplomatas representavam tradicionalmente os Chefes de Estado respectivos perante às Cortes estrangeiras e intervinham como plenipotenciários em congressos oficiais.

Os diplomatas pertenciam, então, a um mesmo corpo social, haviam tido uma mesma experiência profissional e ostentavam educação semelhante. Falando a respeito deles, e em relação a seu país, escreveu o Conde de Saint-Aulaire (*Je suis Diplomate*, Paris, 1954, pp. 32/33), que a unidade de origem por concurso e de formação. “os tornava uma grande família por um *esprit de corps* mais forte que as diferenças sociais, as divergências políticas e mesmo religiosas. Burgueses ou nobres, todos eram *gentlemen* pelo caráter, a educação, as maneiras” O mesmo se poderia dizer, em geral, do Corpo Diplomático no século XIX, pois no dizer desse autor, “os laços de sangue se acrescentavam por vezes aos laços profissionais para fazer de todos uma verdadeira família. ”. Destarte, ao referir-se a sua época e a seu continente, assinalou Guizot em suas *Mémoires*, que datam de 1867, (vol. II, p. 266, Bruxelas), formarem os diplomatas, “dentro da comunidade européia, uma sociedade que se regia por seus próprios princípios, costumes e aspirações”. Em meio a diferenças e mesmo a conflitos entre Estados, essa sociedade mantinha uma tranqüila e permanente unidade própria. E lograva suavizar as rivalidades nacionais e reduzir as tensões entre os governos.

Tais características da diplomacia clássica, que encontraram seu esplendor no Congresso de Viena de 1815, passaram, gradualmente, a diluir-se à medida que a história convergia seus rumos para os eventos precursores da Primeira Guerra Mundial. Certo, na Conferência de

Algeciras, de 1906, todas as delegações compreendiam exclusivamente diplomatas. Todavia, pouco a pouco as reuniões internacionais passavam a compor-se também de personalidades políticas e de peritos. Aliás, já no século XIX se havia posto em marcha o sistema das conferências que se ocupam de questões internacionais de caráter não essencialmente político, mas técnico, nas quais aparece logo, por exigências de suas finalidades, um caráter de periodicidade que termina por reclamar sua própria institucionalização.

Entrementes, a diplomacia tradicional declinava, quer em virtude da contraposição, que o Presidente Wilson enfatizou, entre diplomacia pública e diplomacia secreta, esta última por ele objeto de censura; quer em razão das transformações políticas, sociais e econômicas sobrevindas desde a Primeira Grande Guerra e acentuadas após a Segunda Guerra Mundial; quer, enfim, por motivo de criação de organizações internacionais, base de uma nova forma de diplomacia multilateral: a parlamentar.

Como se disse, o processo de transformação atingiu também o direito internacional. Foi esse direito, durante a Idade Moderna, essencialmente europeu. Era um sistema homogêneo e, ao mesmo tempo, hegemônico. Não fora afetado durante o século XX — lembra TRUYOL y SERRA (“L’Expansion de la Société Internationale au XIX  et au XX  si cle”, *Recueil des Cours*, A.D.I., 1965, p. 158) — nem por sua extensão ao continente americano nem pela incorpora o da Turquia   vida internacional pois, num caso e noutro houve a assimila o dos “standards” ocidentais. Mas a modifica o qualitativa desse direito se operou com a revolu o russa de 1917. A transforma o de uma das grandes potências do antigo conceito europeu em pa  socialista acarretou conseq ncias não apenas em termos de confronta o mas também em termos de proselitismo. Essa modifica o qualitativa acabaria posteriormente ainda mais se acentuando com o processo de descoloniza o dos países da África e da Ásia que tratariam de repudiar os “standards” ocidentais, tão essenciais   concep o eurocêntrica do direito internacional.

Em publica o datada de 1927 (Paris, Hachette), dizia Nicolas Politis (*Les Nouvelles Tendances du Droit International*, p. 17-18) que o cataclismo de 1914 quebrava os velhos quadros da vida e do direito das gentes e compelira   revisão dos princípios que, desde a época de Gr cio, eram considerados absolutamente essenciais. A brusca transforma o da sociedade internacional, além de suscitar a necessidade de rever conceitos tradicionais do direito, tinha por efeito demandar a contribui o de enfoques e perspectivas não limitados aos até então prevaletentes.

Após a Primeira Guerra Mundial, de fato, alguns livros se publicaram buscando examinar temas de rela oes internacionais numa perspectiva diferente da tradicionalmente usada nas publica oes de história, filosofia e direito. Procurava-se, aos poucos, refugir ao enfoque normativo e valorativo clássico. Através da geopolítica, por

exemplo, o novo enfoque passou a ser perquirido, em obras como *Democratic Ideals and Reality* (1919), de HALFORD J. MACKINDER; *Civilization and Climate*, de ELLSWORTH HUNTINGTON (New Haven: Yale University Press, 1924). Ou através da psicologia, em livro como *World Politics and Personal Insecurity*, que HAROLD LASSWELL publicou em 1934. A geopolítica voltou a ser centro de interesse no decurso da Segunda Guerra Mundial, em obras como as de STRAUSZ-HUPÉ e de NICHOLAS SPYKMAN. Em 1942 foi publicada a obra marcante de HANS MORGENTHAU, *Politics Among Nations*, o primeiro estudo sistemático de relações internacionais e a partir do qual o autor se propunha a reexaminar as premissas metodológicas com as quais a ciência do direito internacional havia começado.

Em livro posterior, editado em 1951, intitulado *In Defense of the National Interest*, Morgenthau critica se não o direito pelo menos determinadas concepções jurídicas. É o que também faz Georges Kennan, em obra publicada no mesmo ano: *American Diplomacy* (1900-1950). Os dois autores se unem na objeção ao que chamam de “legalistic approach to power politics”. A perspectiva jurídicista se identificaria, segundo esses autores, conforme acuradamente indica Covey T. Oliver, com a tendência de pensar em termos de categorias estanques e rígidas, com ranço de maniqueísmo, facilmente inferido de soluções teóricas e mesmo utópicas; em suma, com a tendência de pensar em termos de fórmulas desvinculadas da realidade. Além disso, a perspectiva legalística seria usualmente acompanhada de uma aura de moralismo untuoso, resultante de sentimentalismo ingênuo ou de deslocado moralismo. Para George Kennan o “legalistic approach” percorreria como u’a meada vermelha a política exterior de seu país durante as cinco primeiras décadas do século XX, tendo algo da antiga ênfase dos tratados de arbitragem, algo das conferências de Haia e esquemas de desarmamento universal, algo dos mais ambiciosos conceitos estadunidenses sobre o papel do direito internacional, algo da Liga das Nações e das Nações Unidas, algo do Pacto Kellog, algo da idéia de um pacto universal baseado no artigo 51, algo da crença no Direito Mundial e do Governo Mundial. Tinha algo, não tudo. Era a crença, segundo Kennan, “de que seria possível suprimir as aspirações caóticas e perigosas de governos no campo internacional pela aceitação de algum sistema de regras e restrições jurídicas”. Essa crença representara em parte “uma tentativa de transpor o conceito anglo-saxônico de direito individual ao contexto internacional e torná-lo aplicável a governos como ele é aplicável inteiramente aos indivíduos” (*American Diplomacy*, pp. 95/96).

A crítica ao “legalistic approach” se assentava ademais na premissa de ser o direito predominantemente hirto. Em *Politics among Nations*, o direito em geral e o direito internacional em particular são descritos como “força social estática” (p. 64). Também aí se diz que os tribunais somente podem agir “como agentes do status quo” (p. 350).

Tiveram esses dois autores profunda repercussão tanto em seu país, como nos demais, entre os quais o nosso, e suas obras contribuíram para que os temas de interesse interestatal, inclusive os referentes à arte de diplomacia, fossem cada vez mais aproximados de um enfoque próprio de ciência política e mesmo de economia política. Contribuíram para que a ciência e a arte do direito passassem a ter, no âmbito da diplomacia e das relações internacionais, posição secundária e mesmo subalterna.

Importa notar, porém, que as teses de ambos os autores, se procedentes, o eram apenas em relação a determinado tipo de concepção jurídica, por sinal errônea, equivocada, unilateral, à luz da própria ciência do direito. Tal concepção partia de uma visão simplista e unilateral, inaceitável à medida que reduzia o direito à mera dimensão da norma ou do valor, quando é certo que ele não pode ser desvinculado tanto dessas duas dimensões como de uma terceira, que lhe é inerente, a do fato social. Apartado da realidade da vida em sociedade, dos fenômenos palpitantes das relações *intra* e *interestatais*, o direito acabou sendo apresentado com fisionomia deformada, caricatural, inautêntica. Além de ser equivocadamente conceituado, passou a ser considerado desvinculado de outras disciplinas, auto-suficiente, completo em si mesmo, como um sistema hierático que não se relacionasse com os demais ramos das ciências sociais. Tais relacionamentos poderiam mesmo — segundo os postulados da Escola de Viena — tornar o direito deformado e até impuro. Buscava-se uma espécie de asepsia para o fenômeno jurídico toda vez que fosse envolvido por elementos políticos. Era natural que o direito assim concebido se mostrasse cada vez mais dissociado da realidade da natureza e dos homens e inadequado para o equacionamento dos problemas complexos a que deve atender.

Por outro lado, a sucessão de crises internas e internacionais extremamente graves, irrompidas sem cessar, na primeira metade de nosso século, conduziam ao ceticismo e à própria negação do direito, especialmente de um de seus ramos, o direito das gentes. Também o desconhecimento dos princípios gerais e o deslocamento do homem, do centro para a periferia, do ordenamento jurídico, contribuíam para a carência e incerteza dos estudos do direito. Não é de surpreender que, irrompida a Segunda Guerra Mundial, esse ceticismo chegasse ao apogeu. Assim a Carta do Atlântico não fez nenhuma referência ao direito internacional. Nem a ele nem à justiça fez sequer menção o projeto da Carta das Nações Unidas, preparado em 1944 em Dumbarton Oaks pelos representantes da China, URSS, Grã-Bretanha e Estados Unidos da América. Foi graças a esforço redobrado ulterior que a Carta das Nações Unidas acabou por sanar no preâmbulo e nos artigos 1º e 2º as omissões do projeto respectivo.

Os efeitos do ceticismo dissolvente não cessaram de imediato mas se prolongaram no tempo. No *Festschrift* em homenagem a Hans Kelsen, publicado em 1953, Clyde Eagleton notava que então se havia atingido o nadir do direito internacional. O tema da crise do direito

passou a ser de novo retomado, como o fez JOSEPH L. KUNZ no curso professado três anos mais tarde na Academia de Direito Internacional de Haia, a que chamou precisamente de “La Crise et la Transformation du Droit des Gens” (*Recueil des Cours*, v. 88, 1955, pp. 1/104).

Felizmente, o empenho em restaurar a verdadeira identidade do direito e de evitar deturpar-lhe a natureza acabou por produzir os seus frutos. Seria longo e fastidioso restabelecer a trajetória desse esforço através de um itinerário traçado e executado por juristas da estirpe de um Duguit, de um Scelle, de um Max Huber, de um Schindler, de um Schwarzenberger, esforço esse que se completou em obras como “*Théories et Realités en Droit International Public*”, de Charles de Visscher (1953). “*Legal Controls of International Conflict*”, de Julius Stone (1954), em obras de um Corbett (1955), de um Bart (1966). Timbram esses livros, em geral, em levar em conta o impacto dos fatos políticos e econômicos sobre as normas jurídicas, deploram todo formalismo dogmático na ciência jurídica, insistem na adequação das normas ao dinamismo dos fenômenos sociais, sem, no entanto, subordiná-las a esses fenômenos.

Tendo permanecido essencialmente formal, o “legalistic approach”, tal qual entrevisto por seus críticos, não era senão a visão deformadora do direito, porquanto o isolava dos dados morais, sociais, políticos, que compõem seu meio de aplicação e condicionam sua efetividade. Era perspectiva equivocada uma vez que o direito não se constitui e não progride senão em contato com a realidade social, política e econômica que lhe serve de base.

Premissas em que se baseavam quer Morgenthau, quer Kennan, se mostravam, por sua vez, precárias e particularistas. Para Morgenthau, quando uma controvérsia entre Estados surge, “o que está em causa não é quem está certo ou quem está errado mas o que deve ser feito para reconciliar os interesses particulares das nações com o interesse geral da paz e da ordem. A questão — diz o mesmo autor — a ser respondida não é o que o direito é, mas o que deveria ser, e essa questão não pode ser respondida pelo advogado mas pelo estadista”. Trata-se, a nosso ver, de um modo simplificado e parcial de ver o problema. De um lado, porque não é de excluir, completamente, a solução judicial ou arbitral de controvérsias, a qual pode ser recomendada para determinados tipos de litígios e para determinadas ocasiões, como a própria história da diplomacia brasileira está a demonstrar no tocante, por exemplo, à delimitação das fronteiras de nosso país. De outro lado, porque o processo político de solução de litígios não está afastado do direito mas se encontra nele inserido de forma nuclear e inerradicável. Outrossim, o que o direito deve ser constitui domínio essencial ao jurista que atua tanto no plano das funções judicantes como no das funções legislativas, tanto no plano estático quanto no plano dinâmico da sociedade contemporânea. No tocante às teses de Kennan, importa notar ademais que, mesmo se proce-

dentem, elas dizem respeito a situações peculiares à história de seu país e cuja transplantação alhures nem sempre é oportuna e pertinente. Diga-se, todavia, em relação a ambos os autores, que o mérito deles reside em ter buscado analisar problemas interestatais, de interesse comum à diplomacia e ao direito, através de uma perspectiva renovadora, afastados os critérios de uma visão idealista e ingênua da sociedade e da ordem jurídica, visão essa que, por sinal, é a denegação do próprio direito.

A contraposição acolhida pelos mesmos autores, entre o caráter dinâmico da sociedade e o caráter estático do direito, também não resiste a uma análise mais detida e arguta uma vez que a única antinomia válida entre sociedade e direito reside no ritmo de transformação, quer da sociedade, quer do direito, maior naquela do que neste. Em verdade, a vocação do direito não está apenas em ser instrumento para a composição de interesses conflitantes mas também em servir de alavanca propulsora do progresso social.

Em abono à reintegração do direito a si próprio, com o propósito de restaurar-lhe a fisionomia perdida, disse-o Vicente Ráo, com sua experiência de professor e de estadista, de cultor do direito e de chanceler, na introdução ao seu clássico *Direito e a Vida dos Direitos*, publicado em 1952, ao completar o exercício de vinte e cinco anos de cátedra: “as transformações, quando não se processam por meios revolucionários, processam-se por vias de legislações desordenadas, tumultuárias, que só com o tempo se condensam e restabelecem a continuidade histórica do Direito. É nessa fase, mais do que em qualquer outra, que o jurista deve intervir e reafirmar os princípios básicos do Direito, cujo sacrifício importaria o da inteira ordem jurídica e o rompimento brutal com o passado. Ante o tumulto legislativo contemporânea, os mais pessimistas proclamam o declínio do Direito. Mas, nem o Direito está em declínio, nem os seus princípios estruturais faliram. Quem ousa sustentar o contrário confunde *princípios*, que são normas universais e abstratas, com regras, que são preceitos particulares, mutáveis segundo as necessidades especiais de cada povo, de cada época, de cada necessidade social”.

Impõe-se reconhecer que o descrédito a que se viu relegado o direito, inclusive em setores da diplomacia, não tinha e não tem razão de ser. Mostrou-o, aliás, LOUIS HENKIN, tanto no curso professado em Haia, em 1965, sobre “International Law and the Behavior of Nations” como no livro mais abrangente que, três anos depois, publicou nos Estados Unidos, intitulado “How Nations Behave”. O direito é, aliás, elemento indispensável para que o estadista possa conhecer com clareza as situações sujeitas a seu exame; dado informador essencial, tanto para a análise dos problemas em perspectiva, quer estática, quer dinâmica; instrumental valioso para a formação e aprimoramento pessoal do próprio diplomata; elemento imprescindível entre os componentes de uma decisão.

Essas considerações nos conduzem irresistivelmente a ter em mente o exemplo marcante do Barão do Rio Branco. Revelou-se ele não apenas advogado capaz de vencer demandas, como as das Missões e Amapá, senão também enquanto advogado que prefere evitá-las, por admitir que, em certos casos, como na questão do Acre, apesar dos sólidos fundamentos jurídicos da tese brasileira, o envolvimento de terceiros interessados assim como a imprecisão dos contornos do litígio recomendavam uma solução política. Quer numa hipótese e noutra, Rio Branco não foi apenas admirável jurista mas foi também, ao mesmo tempo e no mesmo alto nível, diplomata e estadista.

III

Em ensaio redigido sobre “The Status of the International Legal Profession and the University Teaching of International Law”, (p. 79 e segs.) inserido em livro publicado em homenagem ao Professor Alf Ross (*Festskrift til Professor Alf Ross*, Kopenhagen. Jurist for bundets, FORLAG, 1969), HILDRING EEK observa que a especialização em direito compreende o exercício de atividades profissionais de quatro diferentes modalidades. A primeira dessas modalidades, aliás a mais antiga, é a da docência e o da pesquisa científica. A segunda é o da advocacia. A terceira concerne ao serviço governamental. A quarta diz respeito ao serviço das organizações internacionais.

Quando nos referimos às relações entre direito e diplomacia, ênfase maior se reporta à terceira dessas modalidades, a relativa ao serviço governamental. Os ofícios jurídicos, especialmente nos Ministérios das Relações Exteriores, podem ser extensivos — embora não necessariamente — aos diplomatas que se encontram para tanto especialmente habilitados. “Os consultores jurídicos” — escreve EEK — “constituem um grupo distinto dentro da profissão jurídica internacional que tende a crescer rapidamente em número e responsabilidade. Esses advogados devem dar pareceres jurídicos sólidos e precisos, encontrar soluções para dificuldades dos governos e defender-lhes diretrizes e interesses no caso de controvérsias. Na maioria dos países, a função de consultores está confiada a universitários, segundo tradições que remonta a Ayala, que a exerceu a serviço de Filipe II da Espanha e a Gentili que atuou como conselheiro da embaixada espanhola em Londres” Na Inglaterra até o século XVIII, o sistema usado, como lembra Gerald Fitzmaurice, era consultar advogados particulares e professores universitários, conhecidos aliás coletivamente como “Civilians” ou “The Doctors” ou seja doutores conhecedores do “civil law” porque eles praticavam ramos do direito provenientes ou supostamente originários do direito civil romano, como era o caso do direito eclesiástico e do Jus Gentium. A consultoria jurídica é atividade para a qual poderia também o diplomata especializar-se — o que ocorre aliás em alguns países — no contexto de seu próprio Ministério. Os consultores jurídicos segundo assinala o Professor PERCY E. CORBETT em seu livro *Law in Diplomacy* (Princeton Uni-

versity Press, 1959, p. 34), “conhecem ou logo aprendem pela experiência os limites em que as normas operam mas sobretudo as convergências do direito e da política que podem tornar-se os degraus em direção a um direito internacional efetivo”. Compete-lhes, como com propriedade mencionou o professor W. Riphagen, ele próprio Consultor Geral do Governo da Holanda, “compete-lhes encontrar uma solução para toda dificuldade ao invés de uma dificuldade para cada solução” (*Legal Advisers and Foreign Affairs*, p. 83).

Em setembro de 1963, a *American Society of International Law* patrocinou um colóquio na Princeton University, sobre “*Legal Advisers and Foreign Affairs*” a que compareceram representantes governamentais e professores universitários de doze países: três da América Latina (Argentina, Colômbia, México); três da Ásia (Japão, Malásia, Filipinas); dois da Europa (Grã-Bretanha, Holanda); dois da África (Egito, Nigéria), além de Estados Unidos e Canadá. Compareceram também assessores das Nações Unidas e do BIRD assim como representantes da Fundação Carnegie, da American Society e da Princeton University. Como notou Gerald Fitzmaurice, em artigo publicado no *American Journal* de 1965 (p. 76), embora houvesse de lamentar ausência de maior número de países representativos, o colóquio constituiu reflexo adequado dos diferentes sistemas jurídicos existentes. Eram ao todo 24 participantes. Os debates se centraram sobre a organização e o processo pelo qual a assessoria jurídica é levada a relacionar-se no processo de tomada de decisão em diversos governos. Tiveram os participantes como documentos de base um ensaio redigido por Clive Parry (professor da Cambridge University) assim como o artigo de Richard B. Bilder, do Departamento de Estado dos Estados Unidos sobre “The Office of the Legal Adviser: The State Department Lawyer and Foreign Affairs”, publicado no *American Journal of International Law*, de julho de 1962, nº 56, p. 633. Segundo acentuou então H. C. L. Merillat, vice-presidente executivo da American Society, o consultor jurídico deverá ter alto grau de competência profissional, integridade e independência e, ao mesmo tempo, sólida formação sobre os fatores envolvidos nos problemas de relações exteriores e acurado senso de julgamento político. Em alguns países, como Argentina, Canadá, Colômbia, Japão, México, Filipinas, a consultoria é exercida principalmente por membros da carreira diplomática que tenham tido experiência e estudos em direito internacional público e privado. Em outros países, como na Holanda, Grã-Bretanha, Estados Unidos, os consultores jurídicos não são recrutados entre os componentes da carreira diplomática. Nesses mesmos três países, o grupo de consultores jurídicos também constitui núcleo separado do serviço exterior regular e dos demais órgãos jurídicos governamentais. Não são destinados a postos do exterior e a missões fora do país, exceto como integrantes de conferências de organizações internacionais. Em todos os países de que houve representantes no referido colóquio, quer integrados no primeiro ou no segundo dos sistemas por nós apontados, os ministérios de relações exteriores respectivos costumam valer-se da experiência e conhecimentos de juristas especializados que não façam

parte de seus quadros. A prática de recorrer à perícia e conhecimentos de professores universitários é especialmente desenvolvida — segundo apurou a mesma reunião — em países como o Japão, Filipinas, Argentina e Egito, além dos Estados Unidos, Grã-Bretanha e Holanda. A verdade é que, como assinalou Gerald Fitzmaurice em seus comentários sobre o colóquio, em que o fez com a autoridade não apenas de Juiz da Corte Internacional de Justiça, que então o era mas também a de antigo Chefe da Consultoria Jurídica do *British Foreign Office*, entre 1952 e 1960, a verdade é que, além dos diversos sistemas ortodoxos, é viável e mesmo recomendável cogitar de sistemas mistos, para os quais a especialização do diplomata em áreas jurídicas, sem prejuízo do recurso à colaboração de pesquisadores e docentes não diplomatas, é não apenas pertinente senão também louvável e recomendado.

Essa especialização se coloca em etapa complementar da atividade diplomática, em que não há falar apenas em preparação mas também em execução de tarefas altamente complexas, para as quais o diplomata deve encontrar-se suficientemente preparado.

IV

Para a compreensão e eficiente exercício de atividades tanto das missões diplomáticas quanto das repartições consulares, importa, em verdade, o domínio da teoria geral do direito, bastando lembrar que certos conceitos básicos permeiam todas as esferas do direito tais como a de atos jurídicos, pessoas jurídicas, fontes, competência, responsabilidade, soluções de controvérsias. Outrossim, o conhecimento do direito civil se impõe no interesse tanto das missões diplomáticas quanto das repartições consulares. É suficiente lembrar a disposição do artigo 18 da Lei de Introdução ao Código Civil (decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942), pelo qual, “tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de registro civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascidos no país de sede do Consulado”, uma vez que, entre as funções consulares está, segundo costume e segundo norma da Convenção de Viena, de 24 de abril de 1967 (art. 5º, f) também a de “agir na qualidade de notário e oficial de registro civil, exercer funções similares, assim como outras de caráter administrativo. ”.

Demais funções consulares, que o mesmo artigo 5º explicita, denotam a conveniência de conhecimentos especiais e adequados como os referentes à proteção dos interesses do Estado acreditante, bem como de seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas; a expedição de passaportes e documentos de viagem; a prestação de ajuda e assistência aos nacionais, pessoas físicas ou jurídicas; a proteção das pessoas físicas ou jurídicas do Estado a que pertença a repartição, tanto nos casos de sucessão por morte verificada no território do Estado acreditado como nos casos de tutela de menores e dos incapazes; a comu-

nicação de decisões judiciais e extrajudiciais e a execução de comissões rogatórias; e o exercício do controle e de inspeção assim como a assistência em relação a embarcações e aeronaves pertencentes ao mesmo país da repartição consular.

Questões sobre imunidade de jurisdição diplomática e consular tocam, outrossim, a esfera do direito público e internacional, como igualmente o fazem matérias concernentes à nacionalidade de pessoas físicas ou jurídicas.

O conhecimento do direito público também se requer para a compreensão e exercício das funções diplomáticas, que abrangem, segundo costume e segundo disposição convencional (Tratado de Viena, de 18 de abril de 1961, sobre "Relações Diplomáticas"), (artigo 3º), a representação do Estado acreditante perante o Estado acreditado; a negociação com o governo do Estado acreditado; e a promoção de relações econômicas, culturais e científicas entre os Estados acreditante e acreditado.

Como se sabe, entre as funções consulares que a Convenção de Viena, de 24 de abril de 1963, inclui está a de informação das condições e da evolução da vida comercial do Estado receptor assim como o fomento e desenvolvimento das relações mercantis entre esse Estado e o da repartição consular. A importância do direito comercial aí se faz sentir ainda com mais relevo, se nos dermos conta de fenômeno, que tem configuração mais recente, o do Estado comerciante.

As transformações da sociedade, determinadas por fatores os mais diversos, a começar pela mera alteração da composição demográfica e a estender-se até o impacto do progresso tecnológico, têm ocasionado, em verdade, a conveniência de ampliarem-se as áreas tuteladas pelo direito. O direito atual não é nem pode ser o mesmo, *ratione materiae*, segundo a perspectiva de seu conteúdo material, do que vigia ao tempo de Roma, no século passado e mesmo até a Primeira ou Segunda Guerra Mundial. É claro que a transformação do conteúdo material do direito é menos intensa nas áreas do direito privado e interno do que no contexto do direito público e internacional. Ainda em recente colóquio, ocorrido em Bogotá, no mês passado, sob os auspícios, entre outros participantes, da Organização dos Estados Americanos, se entendeu que o programa acadêmico do direito internacional, por exemplo, deveria abranger matérias como direito econômico, direito da integração, direito nuclear, proteção do meio ambiente, contratos internacionais, arbitragem comercial, direito penal internacional e internacional penal. Certo, nem todas essas matérias são relevantes à formação do diplomata, e quando o forem nem todas o são no mesmo nível ou no mesmo grau. O critério do interessado dessas matérias para a diplomacia reside, em grande parte, no índice de participação do Estado como agente e protagonista do ordenamento jurídico que lhes diga respeito. Pois à medida que o Estado não mais se restringe à mera tutela da ordem pública e à medida que o mesmo Estado é induzido cada vez mais a relacionar-se com outros Esta-

dos em escala regional ou universal, é lógico supor aumento, gradualmente, a esfera de atuação do diplomata e cresça, destarte, a necessidade de estar ele a par do ordenamento jurídico que, por via de consequência, se renova, se amplia e se difunde.

Dentro dessa ordem de idéias convém ter nossa atenção presa para fenômenos mais recentes, como esses do comércio internacional e das empresas multinacionais, para mostrar, de um lado, que se trata aí de campo onde a contribuição do direito é imprescindível e para o qual o diplomata não pode passar indiferente e distante. Como não lhe seria também adequado fazê-lo em relação ao enquadramento jurídico de temas conexos como o da arbitragem comercial, o de legislação *anti-trust*, o da transferência de tecnologia, o da imunidade jurisdicional, postulados cada vez com maior ressonância pelo dinamismo e reclamos da sociedade contemporânea.

No curso professado em 1955 na Academia de Direito Internacional de Haia sobre o “Desenvolvimento Histórico do Direito Internacional” (*Recueil des Cours*, vol. 88), o professor Covey T. Oliver, após referir-se a diversas doutrinas, inclusive às que contribuíam para o enfraquecimento da contribuição do direito à diplomacia, entendeu que o estudo dos tratados internacionais constituía base sólida para que se levasse em conta essa contribuição. A prática dos tratados internacionais, a sua negociação, o processo de conclusão, a entrada em vigor, a sua regulamentação em face do direito constitucional e do direito internacional, eis aí também campo concreto e fecundo em que o conhecimento jurídico se encontra a serviço da plena e eficiente atividade do diplomata.

Ainda neste ano, reuniu-se em Madri, de 16 a 20 de setembro, a Conferência promovida pelo “World Peace through Law Center”. É oportuno verificar que os atos preparatórios da reunião acentuaram o caráter concreto e objetivo dos tratados internacionais como esteio do ordenamento jurídico mundial. O Centro — assinalaram esses atos — “não patrocina um governo mundial mas o sistema de aceitação gradual pelas nações de tratados até que os sistemas jurídicos mundial estejam em condições de substituir a força como fator controlador da comunidade internacional” (*Bulletin*, march-april, 1979). De qualquer maneira, quer em face do presente, quer de tempos vindouros, os tratados são a fonte do direito internacional capaz de revelar, com alto grau de tecnicidade, o conteúdo da norma jurídica. Ora, a elaboração dessa norma se encontra dentro da esfera de atuação do diplomata.

Aliás, a relação entre diplomacia e direito, como lembra Dillard, em distinção que parece oportuno acentuar ao nos aproximar do término destas considerações, pode ser considerada convenientemente em dois diferentes níveis: 1) o de formação e manutenção de um sistema de relações ordenadas; 2) o de solução de controvérsias. Em ambos os níveis, a elaboração de normas convencionais se postula.

Em relação ao primeiro desses níveis — o de formação e manutenção de um sistema de relações ordenadas —, a diplomacia e o direito atuam com o fim de acomodar as necessidades mútuas dos Estados. Trata-se, de início, de relações meramente interestatais e caráter normativista e, ao depois, de caráter institucional, em que surge o fenômeno das organizações internacionais.

Quanto ao segundo desses níveis, o de solução de controvérsias, cabe lembrar ser a diplomacia baseada na solução através de persuasão, em que diferentes modalidades de processo podem ocorrer, entre as quais são mais freqüentemente utilizados os bons ofícios, mediação, conciliação e comissão de inquérito, e serem esses processos acolhidos no âmbito do próprio direito.

Direito e diplomacia se complementam, pois podem fazê-lo de maneira harmoniosa e reciprocamente vantajosa.

A contribuição do direito à formação do diplomata é, assim, nítida em função do que acabamos de expor. Demais, o conhecimento direito somente contribui para a segurança e aprimoramento da diplomacia. É o que bem acentuou a respeito BASDEVANT, antigo presidente da Corte Internacional de Justiça, em seu curso sobre “Regras Gerais do Direito e da Paz” (*Recueil des Cours*, vol. 58, p. 480), professado, há cerca de quatro décadas, na Academia de Direito Internacional de Haia, ao dizer o seguinte: “em debate diplomático, um Estado se sente particularmente forte quando estiver em situação de invocar uma regra de direito internacional positivo”. Podemos aditar que esta sensação de força também persiste para o Estado que invocar em seu favor princípios e doutrinas jurídicas. É a lição que se infere da experiência histórica de nosso próprio país, onde o culto do direito tem sido o apanágio de sua prestigiada diplomacia.

Direitos Humanos, Judaísmo e Ordem Internacional^(*)

Vicente Marotta Rangel

Diretor da Faculdade de Direito da USP

Perdoem-me, de início, se nas palavras que em seguida proferir haja um toque excessivamente pessoal e se nelas perpassa o sopro do subjetivismo censurável do “moi haïssable”. Mas a honra elevada que recebo nesta noite, e sensibilizado agradeço, me confundiu sobremaneira quando dela tive ciência. A que devo tão prestigioso galardão, perguntei-me entre desvanecido e inquieto. O esclarecimento não me veio de imediato, nítido em seus contornos, veemente em sua explicação. Chegou-me ele a medo, gradual, indeciso de início, como ente inesperado que emergisse pouco a pouco das névoas do tempo antes de identificar-se numa presença direta e iluminada. Comecei a entrever a resposta à medida que me vi a mim mesmo, à distância, recuado no tempo de minha adolescência e juventude, e gradualmente aproximando-se junto a mim e comigo se confundindo. No processo dessa mútua identificação, reconheci que guardava nos meus traços essenciais — não obstante o suceder dos tempos, a mudança de conjunturas e a transformação do meio — as marcas de uma profunda coerência. Esta perfeita coerência de mim para comigo mesmo, divisei-a no contexto de uma inspiração profunda que está constantemente a mover-me e está também nas origens do prêmio recebido, a saber, o amor e o respeito à pessoa humana, o culto e o desvelo dos direitos humanos. Tão poderosa inspiração não havia como deixar de reconhecer e proclamar, e comecei a esclarecer-me da indagação que me propus sobre as razões do prêmio concedido.

A resposta se tornou mais nítida à medida que se me impunha à memória a imagem do arauto que fui de colegas, em diversas etapas do passado, no curso das quais busquei pôr sempre no centro de minhas cogitações, que eram as de meus companheiros de geração e de inquietudes, a necessidade de ressaltar e aprofundar o culto e o respeito da dignidade da pessoa humana. Se não bastasse a preeminência dos critérios axiológicos, a quadra histórica que então vivíamos assim

Discurso de agradecimento na recepção do Prêmio Direitos Humanos do Congresso Judaico Latino Americano/Congresso Judaico Mundial 1982, durante sessão solene realizada no Salão Nobre da Faculdade de Direito, a 30 de maio de 1983.

também o exigia. O término do curso ginásial e do curso jurídico nesta Faculdade coincidia, respectivamente, com o início e a clausura da segunda guerra mundial, a qual não constituía apenas entrechoque violento de exércitos e de armas, de aviões e de navios beligerantes, mas também conflito silencioso mas não menos crucial entre valores irreduzíveis: de um lado, na defesa, e de outro lado, na negação dos valores da pessoa humana. Tinha sido orador da turma de meus colegas de ginásio, como fui do Centro de Preparação de Oficiais da Reserva, dos bacharelados da turma de 1946 desta Faculdade assim como do Centro Acadêmico XI de Agosto e as minhas palavras estavam inexoravelmente carregadas desses valores, inseridos no âmago das sangrentas disputas que, segundo o dizer da Carta das Nações Unidas, acarretaram “indizíveis sofrimentos à humanidade”. Descurando dos direitos humanos e mesmo porfiando em transgredí-los estavam os países de inspiração racista e totalitária, tendo à frente o da Alemanha Nacional Socialista que, em seu território e nos territórios por ela ocupados, praticaram atos de vandalismo inominável, essa hectombe de que foram vítimas os judeus. Contrapondo-se a estes países, alinharam-se, felizmente, aqueles de inspiração democrática cujos propósitos de salvaguardar os direitos humanos ficaram sendo explicitados, progressivamente, em documentos que se referiam às quatro liberdades humanas essenciais, como constaram de início, na mensagem do Presidente dos Estados Unidos da América, Franklin D. Roosevelt, de 6 de janeiro de 1941, ao Congresso de seu país. Prosseguiu, todavia, o governo de Hitler em sua deletéria ação em desrespeito à pessoa humana e dois anos mais tarde, em 1943, as tropas nazistas dizimaram os judeus sobreviventes do Gueto de Varsóvia. A Carta das Nações Unidas foi a resposta da civilização contra os atos de barbárie. Não chegou a Conferência de São Francisco ao ponto de redigir uma “Carta Internacional dos Direitos do Homem” mas o tratado nela aprovado por sete vezes a esses direitos se reporta. A humanidade tomava consciência do horror dantesco dos campos de concentração. Fundada na Carta das Nações Unidas e em poder deferido ao Conselho Econômico e Social emerge a Comissão dos Direitos do Homem, da qual provém a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, a 10 de dezembro de 1948, no Palácio Chaillot, em Paris, acontecimento que repercutiu sobremaneira desde então, a começar pela cidade em cuja universidade ultimava meu doutoramento em ciências jurídicas, sobretudo pela circunstância de que, malgrado algumas abstenções, nenhum voto se levantou contra o documento memorável.

Por ocasião do vigésimo aniversário dessa Declaração começava eu por formular, em conferência proferida a respeito na Federação do Comércio do Estado de São Paulo, a seguinte interrogação preliminar: que são direitos humanos? Louvado então, como agora, em publicações das Nações Unidas, me permito evocar que esses direitos se fundam na reivindicação crescente, por parte da humanidade, de uma vida honesta, civilizada, em que a dignidade inerente a todo ser humano seja respeitada e protegida. Tal idéia, que transcende como-

didades e serviços que a ciência e a tecnologia possa oferecer, longe de limitar-se às necessidades biológicas, alcança aquelas condições de vida que permitam ao ser humano desenvolver suas qualidades de inteligência e consciência e lhe satisfaçam suas necessidades espirituais. Negar os direitos humanos significa fomentar as causas das inquietações políticas e sociais, de hostilidades entre nações e entre grupos de uma só nação. Pois longe de constituírem tema abstrato para elucubrações de filósofos, juristas e sociólogos, tais direitos possam a afetar, como afetado tem no curso da história, a vida quotidiana de todos, do homem, da mulher e da criança. Fossem eles observados e postos universalmente em prática, as piores mazelas do mundo de hoje — guerra, discriminação racial, o medo mútuo das nações, explorações econômicas, injustiça — deixariam forçosamente de existir.

A consciência do dever de respeitar a pessoa humana está inexoravelmente vinculada a valores de ordem ética de que dão coerente e contínuo testemunho as páginas do Antigo e do Novo Testamento. Não se faz mister evocar que na essência do cristianismo se situa o postulado do respeito à dignidade do homem. É fato conhecido e comprovado no pensamento, no testemunho e nas obras dos cristãos. Diga-se o mesmo do judaísmo em cuja tradição e em cuja constelação axiológica se situa, com constância e reiteração, o imperativo da observância dos direitos humanos. No judaísmo, como esclarece Proper Weil, em curso da Academia de Direito Internacional de Haia, estão explicitados esses direitos e o dever de respeitá-los. A Bíblia não começa pela história do povo judeu mas pela da humanidade, cuja unidade fundamental se encontra assim posta conjuntamente em relevo. A Michna, esta parte do Talmude que recolheu, desde os primórdios, decisões jurídicas e comentários sobre textos bíblicos, dispõe que o homem foi criado sozinho “para ensinar que quem atenta contra a vida de um só homem pratica ato grave como se houvesse destruído todo o gênero humano, enquanto que o que mantém em vida um só homem tem tanto mérito como se houvesse salvado todo o gênero humano” “Se o homem foi criado só, é ainda por outra razão”, acrescenta o mesmo texto: “a fim de que nenhum homem possa dizer a outro: meu ancestral é mais importante que o teu” A condenação do racismo é nítida aí, por via de consequência. A unidade do gênero humano é também concebida em função do monoteísmo. Porventura não é um mesmo o pai de todos nós? Acaso não foi um mesmo Deus o que nos criou? — pergunta o profeta Malaquias (Mal., 2, 10). Pois a crença num só Deus concorre para o reconhecimento da unidade do gênero humano, a qual, aliás, não quer dizer uniformidade, pois está inserida entre as concepções básicas do judaísmo a noção de que embora seja um só o gênero humano, muitas podem ser as nações que nele se integram. Noé, salvo do dilúvio — tal como Adão — é o protótipo do homem apartado de toda vinculação nacional. A partir dos filhos de Noé, contudo, os homens se distribuíram em nações e por isso Isaías censurou o rei da Assíria por haver proclamado, em seu orgulho, haver “suprimido as fronteiras

dos povos”. Os profetas não falarão aliás somente para Israel mas para todas as nações (Jr. 1, 5 e 10). Em Isaías encontra-se o seguinte admirável texto que, datado do VIII século a.C., acentua — como diz a Tradução ecumênica da Bíblia — “universalismo bastante extraordinário”. O texto diz: “Naquele dia, será Israel o terceiro para egípcio e para o assírio: a bênção será no meio do país, a qual o Senhor dos Exércitos abençoou, dizendo: “Bem-aventurado é o meu povo do Egito, e ao assírio: obra és de minhas mãos. Porém, a minha herança é Israel” (Is. 19, 24-25). Nenhuma das nações é superior às demais. Conquanto, segundo a visão judia da história, o povo judeu seja um povo eleito, Israel deve ser o “reino sacerdotal e uma nação santa” (Ex. 19, 6), “o primogênito de Deus” (Ex. 4, 22). Tal fato, porém, comenta Pierre Weil, não lhe confere nenhum privilégio ou impunidade mas põe Israel “em responsabilidade”. As sanções com que Moisés ameaça seu povo em caso de ruptura de aliança com Deus são de um extremo rigor. “De todas as linhagens da terra só a vós conheci, por isso visei, com a minha visita sobre vós, para castigar todas as vossas iniquidades” (Am. 3, 2). “Longe de constituir uma negação do universalismo do pensamento judeu, a teoria da eleição” — conclui Prosper Weil — “lhe fornece uma confirmação”.

Precedentes de normas de direitos humanos radicam-se na tradição judia. Lá está a base da *rule of law*, do processo equitativo, da organização judiciária adequada, uma das primeiras preocupações de Moisés após a saída do Egito: (Ex. 18, 12-27), da independência do magistrado. Em curso professado na Academia de Direito Internacional de Haia, lembra Egidio Reale que a noção de asilo, antiga como a humanidade, é contemporânea do crime e da infelicidade, da expiação e da piedade. Caim, banido da terra que tinha manchado com o sangue de seu irmão buscou refúgio no país de Nod, a leste do Sden. Muitos lanças a respeito do asilo traz a Bíblia, onde está dito: “Não negarás a paga a teu irmão indigente e pobre, ou ao peregrino que mora contigo na terra, e está de tuas portas adentro, mas pagar-lhe-ás no mesmo dia o preço do seu trabalho antes do sol posto, porque é pobre, e disso sustenta a sua vida” (Dt. 24, 14). “Não entregarás contigo no lugar que lhe agradar, e descansará em uma das tuas cidades: não molestes” (Dt. 23, 15-17). Como se sabe, David dera asilo a um fugitivo egípcio que havia desertado de seu senhor.

Conquanto o princípio da igualdade entre judeus e estrangeiros tenha sido atenuado consideravelmente na legislação talmúdica, esse princípio esteve em pleno vigor na legislação mosaica. Os direitos do estrangeiro são afirmados mais de quarenta vezes no Pentateuco. “A lei será a mesma para o indígena e para o estrangeiro instalado entre vós” (Ex. 12, 49). “Vós tereis uma única legislação: a mesma para o estrangeiro e para o indígena, pois sou eu o Senhor que sou vosso Deus” (Jr. 26, 20-23).

Também proibia-se formalmente não apenas oprimir os estrangeiros mas mesmo ofendê-los. A razão se explicitava: “pois vós fostes estrangeiros no país do Egito” (Lv. 23, 9).

Os princípios inspiradores dos direitos humanos e as normas daí provenientes não surgiram de repente mas foram gradualmente aparecendo, reiterados e aprimorados no correr dos séculos, florescendo no âmbito do direito privado, onde ênfase ocorre nos chamados direito da personalidade, assim como no âmbito do direito público, com fecundas conseqüências no texto das declarações específicas e de constituições escritas, desde as da Virgínia, da França, dos Estados Unidos da América, e de nossas próprias Constituições, a começar com a de 1824 e a prosseguir com as demais republicanas. Tendo em conta a repercussão de questões atinentes a direitos humanos para além das fronteiras de um só Estado e o fato de se vincularem elas não só a uma pessoa mas a todo gênero humano, o direito internacional sempre esteve presente no esclarecimento e regulamentação dessas questões, o que ocorreu desde o seu aparecimento como disciplina jurídica autônoma. Tais questões estão, aliás, na origem desse direito pois ele se constituiu não apenas em razão de estrutura política e social específica, o advento de pluralidade de Estados nacionais a partir do século XV mas também em decorrência da necessidade de se garantir a preservação da personalidade e direitos dos índios em terras da América descoberta, como o testemunhou Francisco de Vitória, em resposta às interrogações de seus alunos na cátedra maior da Universidade de Salamanca. Direitos dos índios enquanto pessoas mas também enquanto nações providas de identidade específica, de valores e de cultura próprios.

Embora presente, o direito internacional nem sempre pôde infortunamente, se entremostrear atuante e eficaz, precisamente porque nem sempre os valores em que se esteiam foram observados senão, ao contrário, preteridos pelos interesses de governos e pelo desencadeamento brutal de forças materiais. Em largos períodos da Idade Moderna e Contemporânea, chegou-se a negar esse direito e mesmo quando reconhecido e proclamado, nem sempre se admitiu o primado da pessoa humana. Ainda agora, tanto na ordem interna como na internacional, persistem atentados contra o ser humano, particularmente dolorosos como os que foram objeto de exame especial em colóquio em Caracas, a que compareci há poucos anos atrás, no curso do qual se analisou a situação penosa dos judeus na União Soviética, alvo até hoje de discriminações e de opressão, o que permite caracterizar a existência de um verdadeiro genocídio cultural, assim como de subsistência de atentados como esse ou quaisquer outros que porventura ocorram, como infelizmente sucede praticamente em todos os países de nosso planeta, inclusive e sobretudo lamentavelmente o nosso, só pode encontrar repulsa constante de todos os homens de boa vontade, dos especialistas e profissionais de todos os quadrantes. Honra-me ter integrado por isso, desde os seus primórdios, o Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, do qual têm feito parte colegas e amigos presentes nesta solenidade. Orgulho-me, outrossim, de ter promovido o credenciamento da disciplina de pós-graduação nesta Faculdade, Direito Internacional da Pessoa Humana, cuja regência me cabe com inestimável apoio do Professor Celso Lafer. Enaltece-me também de modo

mui sensível o fato de o prêmio com que estou sendo distinguido ter cabido igualmente a dois eminentes juristas, cujos nomes declino com prazer. O primeiro deles é Afonso Arinos de Mello Franco, exímio estadista, historiador e homem de letras, que integrou banca examinadora em meu concurso à cátedra de direito internacional público nesta Faculdade, a quem me ligam vínculos de afeição e apreço, como os atestei tanto em colaboração inserida na coletânea publicada pela Editora Freitas Bastos em sua homenagem como em palestra proferida na Universidade de Brasília sobre a sua contribuição relevante enquanto internacionalista. O segundo desses nomes é Carlos Alberto Dunshee de Abranches a quem me coube examinar na qualidade de componente de banca de concurso à titularidade de direito internacional público na Universidade Estadual do Rio de Janeiro e a quem atribuí, juntamente com os demais colegas de banca, os louros da vitória. Convivi ademais, durante alguns anos, com Dunshee de Abranches como companheiro de delegação de nosso país à Conferência sobre Direito Internacional Humanitário, tanto na primeira etapa dos trabalhos processados em Genebra, a dos peritos e universitários, como em segunda etapa, a diplomática. O desdobramento de trabalho comum em comissões diferentes permitiu-nos verificar a importância da elaboração de normas de proteção à pessoa humana aplicáveis em tempo de crise e de conflito armado e ensinou-nos prestar colaboração à delegação brasileira na negociação dos Protocolos Adicionais às quatro Convenções de Genebra de 1949. Como se sabe, os eventos da segunda guerra mundial exigiram aperfeiçoamento do sistema de tutela das vítimas de guerra pelo que os acordos de 1949, ratificados e promulgados pelo Brasil oito anos mais tarde, não apenas diziam respeito aos naufragos e soldados feridos mas se estenderam aos prisioneiros de guerra assim como à própria população civil. Tratava-se, nas reuniões de que participei, tanto as em nível de perícia como as em nível diplomático, levando em conta dolorosas experiências mais recentes, como as do Vietnam, de reafirmar e aperfeiçoar as normas das quatro Convenções de Genebra, adequando-as, com soluções novas, tanto a conflitos armados internacionais como a internos. Cuidava-se, em suma, em todos esses estudos e negociações, de dar atendimento, com a eficiência desejável e possível, à salvaguarda dos direitos humanos não apenas em períodos de paz mas também em épocas mais turbulentas de litígios e de guerras.

Ao prosseguir na indagação das razões do prêmio concedido, e que transcendem por certo a pessoa do orador, não me foi difícil identificar, em derradeiro, a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, seus professores e alunos, como sendo dele os destinatários finais. É que a Escola do Largo de São Francisco timbra em aureolar o ensino e o aprendizado do direito com as insígnias da liberdade e da justiça sem as quais a pessoa humana corre o risco de permanecer ignorada e desprotegida. Todo o direito, como se sabe, tem seu núcleo de convergência e de irradiação centrado na natureza, na dignidade e no aprimoramento da pessoa humana. Essa é a lição básica e pre-

liminar de todas as disciplinas que compõem o programa de estudo e de pesquisa do curso de bacharelado e de pós-graduação desta Casa.

Não se limitou a Organização das Nações Unidas à tarefa de elaborar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, mas tratou de completá-la, em 1966, com os Pactos Internacionais quer sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, quer sobre Direitos Cíveis e Políticos, assim como com o Protocolo Facultativo referente ao segundo desses Pactos. Por outro lado, no âmbito regional de nosso continente, a Organização dos Estados Americanos concorreu para a elaboração da Convenção de Costa Rica sobre Direitos Humanos, aprovada a 22 de novembro de 1969.

Refiro-me a essas quatro convenções básicas sobre direitos humanos porque se recomenda que nosso país aprove o processo de vinculação jurídica a elas. Esta é a primeira exortação que me caberá fazer como contribuição à generosidade do prêmio que me foi outorgado. Há uma contribuição adicional, porém, a dar, consistente no chamamento a todos de participação em uma obra solidária e comum. Cada indivíduo deve possuir — reza o preâmbulo da Declaração universal — a consciência da necessidade de se esforçar, através do ensino e da educação, por promover o respeito aos direitos e liberdades do ser humano. Tal respeito não deflui da vontade exclusiva dos governos mas depende também da vontade de cada um de nós. Se cada indivíduo respeitar os direitos de seu semelhante e a dignidade da família humana nele encarnada então, a justiça assim como a paz dela decorrente, tenderão a brilhar normalmente na face da terra.

Não é porém cometimento fácil a realização desse belo designio num mundo em que quase metade das crianças cresce sem receber qualquer educação devido à falta de escolas, onde não sabem ler nem escrever, quarenta por cento das pessoas adultas, onde cerca de dois terços da população não recebe proteínas suficientes de alimentação, e num país que participa de quase todas as mazelas do desenvolvimento. Mas precisamente por não ser empreendimento fácil, importa começemos urgentemente a realizá-lo, sobretudo nós que assumimos as responsabilidades decorrentes da consciência do significado dos direitos humanos e da necessidade imperiosa de colocá-los no caminho amplo da sua defesa e de seu aprimoramento progressivo, constante e ascensional.

Ao renovar agradecimento pelo prêmio a mim concedido, de que por certo são também destinatários a minha Escola e a minha Universidade, agradecimento esse extensivo a todos quantos se deram ao incômodo e à deferência de comparecer a esta solenidade, desejo assegurar-lhes, em retribuição, que considero o galardão recebido como um estímulo mas sobretudo um comprometimento: o de contribuir, sem restrições, na medida de minhas modestas forças, para a plena e cabal efetivação dos direitos humanos em nossa terra e em função da disciplina jurídica que me cabe reger, a efetivação também, quem sabe, permitam-me a ousadia de dizê-lo, em outras partes do conturbado e sofrido mundo em que vivemos.

Violência: A Pressão Sócio-Econômica^(*)

Georgette Nacarato Nazo

Professora-Assistente-Doutora Colaboradora
no Departamento de Direito Internacional
da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo

SUMÁRIO: 7. *Introdução* — 7.1. *A pressão social como causa primeira a gerar fatores de violência* — 7.1.1. *Modificações do comportamento humano: A) Nacionalidade; B) Cultura* — 7.1.2. *Reação individual ou coletiva* — 7.2. *A pressão econômica concausa geradora de violência* — 7.2.1. *A economia moderna e seu fracasso* — 7.2.2. *O desvalor do homem* — 7.2.3. *A impermeabilidade das instituições a mudanças* — 7.2.4. *O abuso do poder econômico* — 7.3. *Soluções viáveis* — 7.3.1. *Modificações estruturais necessárias à diminuição dos índices de violência* — 7.3.2. *O humanismo na melhoria das condições da qualidade de vida.*

7 Introdução

Pretender analisar o bem-estar da humanidade, eliminando-se os fatores que lhe são adversos, é campo próprio da Sociologia, obrigando-a a investigar as formas da organização social que não limitam as pessoas, mas que possibilitem ao indivíduo tomar suas decisões quanto às suas próprias ações.

Dentro de tal colocação, afloram os problemas da situação humana, originando-se desta os problemas morais.

Seria, portanto, muito significativo indagar-se: — Deve, um grupo social, estar em posição inferior a outro grupo?

Semelhante indagação estrutural leva-nos a perquirir, dentro do objeto de nossa contribuição ao estudo dos fatores sócio-econômicos da violência, sobre a causa primeira: a pressão sócio-econômica exercida por indivíduos, grupos ou instituições sobre outros tantos indivíduos, grupos e sociedade, gerando e desenvolvendo fatores de criminalidade.

Com efeito, a sociedade hodierna e seu regime econômico geram, favorecem e desenvolvem fatores de pressão sobre os indivíduos, pressão esta que é a causa eficiente da intranqüilidade, insatisfação do

(*) Palestra proferida no auditório da Associação dos Diplomados na Escola Superior de Guerra, Delegacia de São Paulo, como contribuição ao tema do Ciclo XXIII, em outubro de 1981, sobre a violência e suas causas.

homem comum, cuja agressividade latente, própria a seus anseios de auto-realização, poderá desencadear todo um procedimento anti-social, pelo acúmulo de frustrações do berço à puberdade e desta à obtenção de um espaço social.

7.1. A pressão social como causa primeira a gerar fatores de violência

A experiência da História Moderna das civilizações tem revelado que, tanto nos regimes econômicos liberais, como nos centrados, todo o homem, no anseio de suprir suas necessidades básicas, no desejo de alcançar seus objetivos vitais, nada mais tem feito do que diminuir seu semelhante a qualquer preço e por quaisquer meios.

Assiste-se à exploração do homem pelo homem, em todos os setores, a despeito de se pretender valorizá-lo, pois o humanismo tem ficado em meras abstrações.

Da parte dos governantes, mascaram-se programas de benefício à saúde, de atendimento ao economicamente fraco e o resultado a que se chega é desalentador. Uns acumulam bens materiais, nem tanto por esforço próprio e, sim, como consequência de trabalho e do sacrifício de outrem; certas políticas do governo desatendem às importantes necessidades mínimas do indivíduo, grassando a fome, a miséria, a pobreza, fatores de criminalidade, de violência à sociedade.

É bem verdade que vivemos numa sociedade instável mutável, egocêntrica, consumista, onde o tecnicismo aprimorado da comunicação visual contamina o indivíduo.

As instituições parecem, no dia a dia, impermeáveis às necessárias transformações que atendam à realidade social.

Os poderes constituídos, distanciados dessa mesma realidade, editam normas que, naturalmente, são descumpridas por todos, porém só aos humildes são aplicadas sanções, pois os mais poderosos, por desfrutarem dessa condição humana privilegiada, ficam incólumes.

Repetimos, sem qualquer apego marxista, o homem é explorado pelo homem.

Conseqüentemente, tanto a pressão social, como a econômica e a política introduzem modificações no comportamento do homem que, por sua vez, modifica a organização social e sofre o retorno dessas alterações.

7.1.1. As modificações do comportamento humano: Nacionalidade - Cultura

Influenciam as modificações do comportamento humano:

- A) A NACIONALIDADE: Porquanto os objetivos imediatos de uma Nação quer políticos, quer econômicos, trazem um impacto sobre

a vida de cada cidadão. É notória a diferença das condições de vida em país conturbado por guerras externas e num país, por tradição, pacífico ou pacificador. Naquele, o cidadão refreia determinados sentimentos e reage de forma agressiva num convívio social, embora o aprimoramento da técnica bélica crie a necessidade correlata do aprimoramento da cultura, mercado de trabalho para técnicos, melhorando as condições de vida de determinadas famílias. Já num país pacífico, onde inexistente o perigo de guerras, o indivíduo se realiza de um modo mais tranqüilo, como na Suíça, ou mais acomodado, como no Brasil.

Íncito ao prolema da nacionalidade está o racismo. As dissensões étnicas conservam traços diferenciados e, num país como o nosso, a amálgama de índios, negros, estrangeiros que aqui aportaram, deixou na miscigenação, contornos diversos, não se podendo cogitar, ainda, de um caráter nacional.

Existe uma especificidade para cada Nação, pelas suas características étnicas, histórico-culturais que lhes imprimem um estilo de vida. O Brasil incorporou hábitos, costumes importados, tendo bem pouco de genuíno.

E, se a pretexto da colonização inicial, favoreceu indiscriminada entrada de estrangeiros que muito contribuíram para o crescimento do país, hoje, a sociedade brasileira sente, em diversos pontos do território nacional, existir um confinamento de certos grupos, já filhos daqueles estrangeiros, mas que, por conservarem apego à língua de origem de seus pais, às suas tradições, constituem focos de dificuldades a uma verdadeira integração nacional.

B) **CULTURA:** O acervo de conhecimento e das tradições de um povo, a comunicação, o acúmulo de experiências vividas pela humanidade, permitem ao indivíduo atualizar-se a nível global de aprendizagem, não só individual, como de todo o corpo social.

Para que isto ocorra em benefício da sociedade, é imprescindível a educação familiar e escolar de todas as camadas da população de um país. O acesso de todos à escolaridade permitirá eliminar as diferenças entre os grupos sociais, diferenças estas geradoras de agressividade e violência.

Podem, as organizações sociais, quer uma simples associação, um clube, uma igreja, um partido político constituir um esforço conjugado de pessoas com um objetivo comum. O indivíduo despersonaliza-se, por um ângulo, mas participa do todo, porque encontra nas mesmas, um equalitário e adequado tratamento.

No Brasil, semelhante fenômeno ocorreu, de início, por obra dos missionários. Hoje, inúmeras são as associações existentes, com objetivos os mais variados. No entanto, barreiras são colocadas em certos

setores, quer na discriminação racial, punível, como reza a Constituição Federal em seu artigo 153 § 1º, segunda parte, bem como na discriminação financeira.

7.1.2. Reação individual ou coletiva

Existindo pressão social que impeça o indivíduo de participar dos sentimentos de nacionalidade, da cultura, das organizações sociais, construindo e modificando o caráter nacional e integrando, efetivamente, os objetivos da nacionalidade, é claro que a reação só pode ser contrária, pejorativa mesmo.

Passa, o indivíduo, a agir conforme os seus interesses, os seus valores e fins, naquele estado de confusão, em situação de anomia, como relembra Durkheim. Afasta-se das regras de conduta social, pela insatisfação, pela intranquilidade em que se encontra, pela importância do “seu mundo em face do que só pode conquistar com violência.”

Com efeito, num país como o nosso, de tão grande extensão territorial, onde é notória a dicotomia de crescimento e desenvolvimento em suas latitudes, encontramos na Constituição Federal as determinações expressas para todos, no sentido de assegurar aos brasileiros e estrangeiros aqui residentes, a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, pois todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas (artigo 153 § 1º).

A mesma Carta Magna, em seu artigo 175, cuida da proteção da família pelos Poderes Públicos e no artigo 176, da educação como direito de todos, como um dever do Estado, dado no lar e na escola.

Todavia, se o texto constitucional é amplo, na inviolabilidade de tais direitos, o Código Civil enumera os deveres recíprocos de pais e filhos (artigo 231 em seus 4 incisos), ressaltando a importância da educação, complementando, o Código Penal, em tipificar os crimes contra a assistência da família (artigos 244/7).

Não podia, é claro, um texto de lei falar em amor. Mas cabe à família, tradicionalmente, a educação da prole, transmitindo-lhe o patrimônio cultural e moral da sociedade, que, num país como o nosso, inspira-se em preceitos morais cristãos, naquela caridade, naquele amor ao próximo que, tanto crentes como não crentes, procuram transferir a seus filhos.

A simples procriação, para garantia da sobrevivência biológica, distanciada dos valores afetivos e de compreensão, é que tem colocado em crise a instituição familiar, gerando frustrações individuais de seus membros em dois aspectos: o intrapunitivo e o extrapunitivo. No primeiro, o indivíduo se revolta contra si mesmo, aliviando sua tensão, pela “catarse”; no segundo revolta-se contra o mundo exterior, ou

naquilo e naqueles mais próximos de si, dentro do lar, ou, numa fase mais aguda, contra toda a sociedade gratuitamente.

Ora, a carência afetiva no lar, somada à falta de integração na sociedade, onde se nega ao indivíduo igualdade de oportunidades na conquista dos meios essenciais de subsistência só pode acarretar-lhe desordem, revelada no comportamento desviante, pondo em risco a segurança pessoal e o patrimônio alheio.

Não lhe abrindo, a sociedade, os meios necessários a se autoafirmar, num contexto familiar, e de se manter, pelo trabalho digno e dignificante, tão bem lembrado nas Encíclicas Papais, num contexto global, a conseqüência será a exacerbação da agressividade.

Sem instrução, sem escolaridade, sem ofício, convivendo num meio inadequado, abraçando fome, subnutrição, vícios, convivendo, lado a lado, com outros seres nas mesmas condições, certamente partirá para um outro tipo de organização anti-social: a senda do crime que melhor se ajuste a seus valores e fins. Toma as suas decisões livremente, embora contrariando a ordem sócio-jurídica institucional.

7.2. A pressão econômica concausa geradora de violência

Vinculada à pressão social, a econômica tem trazido, nos dias que correm, inúmeros fatores que favorecem, criam e desenvolvem a criminalidade.

7.2.1. A economia moderna e seu fracasso

Com efeito, toda a economia moderna, voltada para a aritmética, contabilização e solvabilidade de valores materiais, não tem conexão unívoca e determinada entre as exigências existenciais dos seres humanos. Embora procurando uma ordem na construção do homem pelo homem, através do preparo e emprego de coisas contabilizáveis por toda espécie de contabilidades em calorias, em preços fictícios ou programados com correções, a imagem e modelo do homem fica na dependência do nível e das qualidades dos diálogos sociais.

Se estamos, hoje, no pleno desenvolvimento de todos os recursos, os naturais tornados disponíveis, em capital aumentado pelo investimento privado, estimulado e orientado pelo investimento público, somente com a total valorização de todas as energias humanas, utilizando-se os cálculos de forma positiva para uma distribuição equânime de rendas, é que se terá uma economia voltada realmente às exigências existenciais do homem.

Enquanto determinados grupos sociais concentrarem poder e riquezas em suas mãos, negando a outros grupos menos favorecidos uma participação atuante através do trabalho justamente remunerado, haverá um favorecimento à revolta social, um incitamento à violência.

E dizemos justamente remunerado, como colorário do direito ao trabalho, inserido em preceito constitucional (artigo 165), contribuindo para o desenvolvimento da Nação e obtendo para si e sua família, a segurança econômica, através do salário para satisfação de suas exigências vitais.

Pela circunstância de se viver em harmonia dentro de um contexto internacional, a segurança de uma Nação e conseqüentemente de seu povo, está intimamente ligada ao desenvolvimento, e ao invés de se criar um modelo próprio, adequado às exigências existenciais de seu povo, importam-se idéias, técnicas e sofisticções de países mais desenvolvidos, por vezes avessas à índole deste povo e às suas condições de vida.

Resta claro, que a estrutura social é afetada até certo ponto, por outras alienígenas. Mas, a permissividade consciente dos governantes em apenas copiarem modelos estrangeiros sob a égide do desenvolvimento é que tem propiciado aos países de sistema capitalista gravitar em torno da dominação central dos Estados Unidos da América e aos de economia centrada, na órbita da Rússia.

7.2.2. O desvalor do homem

Coloca-se, o Brasil, entre os primeiros, incorporando técnicas e sofisticções próprias a uma sociedade de consumo que transforma o homem em objeto deste consumo.

A pressão econômica revela-se na circunstância de que o homem ao se transformar em objeto consumidor, deixa de ser trabalhador incentivado a produzir, para ser consumidor, incentivado a consumir.

O amparo que as instituições econômico-financeiras dão à publicidade e à produção massiva e repetitiva da ideologia consumista é infinitamente superior ao embasamento econômico e financeiro que o trabalhador percebe numa sociedade estatal e capitalista.

Ora, num território imenso, com características regionais disparres, onde a cultura e a educação são privilégio de alguns mas a pobreza é de muitos, a sociedade de consumo, imediatista, egoísta, cuja meta é a satisfação iminente, cria as condições para o delito por contágio hierárquico.

O espírito de imitação dos hábitos desta sociedade, afortunadamente impune, divulgados pelos meios de comunicação permite à população mais carente, um comportamento desviante das regras da ordem jurídica institucional, pela crença de que tais hábitos não padecem de sanção.

7.2.3. A impermeabilidade das instituições a mudanças

Alie-se, a isto, a impermeabilidade das instituições a mudanças mais profundas, vez que, reconhecidamente, ineficientes os meios de controle social.

Com efeito, determinadas camadas da sociedade colocam, como objetivo intrínseco da educação infantil, o lucro e, deste, o trabalhador é alijado, pelo achatamento salarial, em relação ao custo de vida sempre crescente, ou pior ainda, pelo subemprego ou pelo desemprego. Semelhante indivíduo é, por si só, um candidato em potencial a gerador e vítima não só de sua própria violência, como também, dos meios repressivos, ora ostensivos, ora mascarados através de sanções econômicas, impostos pelo Estado de características paternalísticas e pelas instituições que apóiam este mesmo Estado, como forma de continuarem, de prosseguirem impunemente.

Ao lado de um enxurrilho de leis em que se buscam definir os tipos de crimes e sanções correlatas, todo o aparelho policial-judiciário encontra razão de funcionamento quando o agente criminoso é o homem comum. Se abastado, se detentor de poderío econômico, há inúmeros subterfúgios para a exclusão de punibilidades.

7.2.4. O abuso do poder econômico

Merece, também, consideração dentro desta linha de raciocínio, o abuso do poder econômico, cuja repressão é contemplada no artigo 160 inciso V de nossa Constituição Federal.

Apesar da existência de lei específica anti-trust como, a de nº 4.137 de 10-09-1962, regulamentada em 1963, o direito brasileiro tem feito ouvidos moucos a semelhante legislação, o que tem merecido de doutrinadores a preocupação em tipificar de forma mais incisiva, no Código Penal, o crime e na lei de contravenções as respectivas contravenções societárias.

Objeto do direito penal econômico, tão bem examinado por Manoel Pedro Pimentel, no seu "Direito Penal Econômico", ed. Revista dos Tribunais Ltda., SP, 1973, outras tantas leis como a de Sonegação Fiscal (nº 4.729 de 14-07-1965), a de Mercado de Capitais (nº 4.728 de 14-07-1965), a de Instituições Financeiras (nº 4.595 de 31-12-1964) estão a exigir uma aplicação eficiente, como forma de revelar à sociedade o desejo de perseguir atos delituosos no setor, para que a corrupção não continue a encontrar, tanto no setor privado, como no público, campo fértil de proliferação.

7.3. Soluções viáveis

7.3.1. Modificações estruturais necessárias à diminuição dos índices de violência

Não se erradica, é certo, a violência dentro dos limites geográficos de um país, mormente tendo-se presente a interação das estruturas nacionais e internacionais.

Poder-se-á, isto sim, através da modificação planejada das estruturas sociais e econômicas, com uma política de governo preocupada

em atender aos objetivos nacionais, diminuir os índices dessa violência, na esteira da Declaração de Caracas, no VI Congresso da ONU sobre prevenção do delito, em 1980: “A contenção da criminalidade está na dependência da melhoria das condições sociais e do nível da qualidade de vida”.

Não será pela arbitrariedade daqueles que detêm parcelas do poder nacional, notadamente aqueles que devem exercer o poder de polícia do Estado que se conseguirá tal desiderato.

Será através da conscientização dos poderes instituídos, da conscientização de toda a comunidade, do favorecimento ao trabalho para todas as gamas da sociedade, permitindo-lhes escolaridade que se poderá forjar a mentalidade de um povo.

O exemplo positivo das mais cultas camadas — quem sabe? — a ilusória postura das classes privilegiadas em ver (e não simplesmente olhar) os menos favorecidos como um seu semelhante, digno também de desfrutar de bem-estar, uma política de governo que concilie desenvolvimento com segurança, num justo equilíbrio, possibilitando ajudar aqueles que, por não saberem, porque lhes foi mostrada a luta honesta pelo ganha pão, continuam a viver do crime e da violência.

Sem que se tenha presente a realidade nacional, suas características sócio-econômicas e políticas, de nenhuma valia pretender encetar campanhas de prevenção à criminalidade.

7.3.2. O humanismo na melhoria das condições da qualidade de vida

Vivemos, hoje, no Brasil, o que se convencionou chamar de abertura. Pena que se cogite de uma abertura política.

Importante se nos apresenta esta abertura desde que não seja eivada de princípios demagógicos, para que se tenham em mente, os reais valores do homem e especialmente a situação de vida dos brasileiros.

Se, com tal abertura, se conseguisse eficazmente começar a viver democracia, se aqueles mais afeitos às coisas públicas, se determinados segmentos empresariais, contando com a boa disposição dos homens das letras, fizessem revivescer o humanismo que tem ficado, repetimos, em meras abstrações, para algo de concreto, veremos que o país está caminhando em busca dos valores que sempre têm orientado a humanidade, ora com reais vantagens, outras vezes, com evidente fracasso.

O Brasil tem vivido, sobremaneira, no fracasso de atingir seus objetivos nacionais permanentes, especialmente, nestes últimos tempos, dissociada sua gente da escolha daqueles que devem dirigir os destinos da Nação.

Se, de um lado, os mais ilustrados vivem o inconformismo da falta de eleições, larga margem da população está alheia e alheada de participar, pois lhe falta o ensino, a educação e a possibilidade de competir. Foram castradas as manifestações de populismo, própria do brasileiro da década de 50, que acreditava na política de então.

Resta claro, que a população carente, assistindo que um grupo mais poderoso sufoca-lhe as perspectivas, só encontra opção, chamando sobre si a atenção da sociedade, no ato de violência em todos os seus matizes.

Caçados para responderem a inquéritos policiais, recebendo a aplicação de penalidades, são depois confinados em prisões, num contágio direto com outros tantos transgressores da lei, apesar de, no Estado de São Paulo, já existirem melhores condições para os presos, numa colocação filosófico-política pioneira, para melhoria da vida e de tratamento dos mesmos.

Não procuram, as instituições, de um modo geral, uma forma de reeducação dos marginais, nem adentram a exames psiquiátricos que resultariam na necessidade de substituir a pena por terapias adequadas à recuperação do ser humano.

Ficam as instituições, estagnadas, sem qualquer empenho nas mudanças que seriam benfazejas à sociedade e que, em última análise, beneficiaria o homem.

Se à pequena sociedade familiar cabe o dever e a responsabilidade de bem estruturar o homem para um convívio social compatível, é de responsabilidade do Estado não permitir que uma pequena minoria monopolística reja a orquestra do povo com a batuta da oligarquia.

Só assim haverá equilíbrio e melhoria nas condições de vida nos diversos rincões deste país.

Bibliografia

- AGUIAR BARROS, José Manoel de — "O Preço da Ordem é Eterno Delito" — in "Folhetim" da Folha de São Paulo, de 30-08-81.
- CADERNOS E ESTUDOS — Psicologia Experimental I — Textos para fins didáticos.
- CIANCI, Salvatore — "Il Vandalismo Dei Giovani: Aspetti Sociologici, Psicologici e Giuridici" — Estratto da "Rassegna Dell'Arma Dei Carabinieri" — Anno de 1980, nº 1.
- COULSON, Margaret A. e RIDDELL, David — "Introdução Crítica à Sociologia" — 3ª Edição — Zahar Editores.
- DEBERT, Guita — "Populismo e Democracia" — in "Folhetim" da Folha de São Paulo, de 16-8-1981.
- HALL, Jerome — "Delito, Derecho y Sociedad — Causas Sociológicas del Delito" — Ed. Depalma, B.A., 1974.
- LACROIX, Jean e Outros — "Os homens diante do Fracasso" — Ed. Loyola, 1970.
- PERROUX, François — "O Fracasso da Economia Moderna e as Oportunidades de Progresso Humano"
- SCHERER, René — "Sobre a Crítica do Humanismo"

- MIELNIK, Isaac — "De Que Modo e Por Que Reagem os Agressivos" — Folha de São Paulo, de 04-09-1981.
- NAPOLENTANO, Guido — "Violenza e Trattati Nel Diritto Internazionale", Giuffrè, 1977 Milano.
- PIMENTEL, Manoel Pedro — "Direito Penal Econômico" — Ed. Revista dos Tribunais — São Paulo, 1966.
- PIMENTEL, Manoel Pedro — "Sociedade Crimógena" — Trabalho Apresentado na 33ª Reunião Anual da Sociedade Brasileira Para o Progresso da Ciência, realizada em Salvador - BA, em julho de 1981, publicado no Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo, em Suplemento, nº 1.182 (Agosto/1981).
- PACHECO E SILVA, Antonio Carlos — "A Violência e a Segurança Nacional" — Rev. da Associação dos Diplomados da ESG Ano XXIX, nº 183, 1980.
- REALE JÚNIOR, Miguel — "Limites e Limitações" — Folha de São Paulo, de 14-06-1981.
- SCHIEBER, Benjamin M. — "Abusos do Poder Econômico" — Ed. Revista dos Tribunais — São Paulo, 1966.
- ONU — VI Congresso Sobre Prevenção do Delito — Caracas, 1980.
Constituição da República Federativa do Brasil.
Código Civil Penal Execuções Criminais Leis Relativas ao Poder Econômico.

Quatrocentas Reuniões de Estudos em Mesa Semanal de Debates

Ruy Barbosa Nogueira

Professor Presidente do IBDT
e Catedrático de Direito Tribu-
tário da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

A reunião semanal de Professores de várias Universidades, Magistrados, Procuradores, Advogados, Economistas, Administradores, Contabilistas, altos funcionários da Fazenda Federal, Estadual e Municipal com os bacharéis que estão cursando as áreas de Mestrado e Doutorado em Direito Tributário Comparado na Faculdade de Direito da USP teve como primeiro “desideratum” da Cátedra trazer para estes candidatos de pós-graduação, dentro da própria Faculdade, o manancial de conhecimentos teóricos e práticos dos diferentes setores do vasto campo em que se desdobram as funções e profissões dentro da fenomenologia e da problemática tributária.

Assim, estes candidatos passariam, como passaram a ter, além do ensino e orientação de seus professores, mais o laboratório de experiências, o banco de informações e os conhecimentos dos colaboradores, pois estes trazem numerosos casos e problemas concretos para os debates, estudos e conclusões.

À medida que estes estudos teórico-práticos foram-se evoluindo, fomos observando não só que hoje tais reuniões constantes alcançaram a natureza de um *curso* e *simpósio-permanente* para todos que o vem freqüentando, mas ainda que seu caráter facultativo, não curricular ou compulsório vem contribuindo para aquilo que nosso Professor Enrico Tullio Liebman tanto valoriza e aconselha aos estudiosos, como caminho para a formação de Escola. Este Mestre que retornou a Milão, aqui deixou a conhecida Escola Paulista de Processo.

Neste sentido de estudos dialogados também devemos lembrar do genial comercialista Tullio Ascarelli, que igualmente lecionou nesta Faculdade e tanto se dedicou aos estudos jurídicos e às suas relações com a economia. Além de seu aluno no curso de bacharelado e de curso especial, tivemos a ventura de ser seu companheiro de escritório. Mais tarde escrevemos sobre a influência deste Mestre no campo da Ciência do Direito Tributário Brasileiro¹.

1. Vide TULLIO ASCARELLI E O DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO, co-edição IBDT e Editora Resenha Tributária, S. Paulo, 1979. Na Itália, publicado na revista *Diritto*

Ainda nesta Faculdade, no campo do Direito do Trabalho o Prof. Cesarino Júnior já acrescentava ao seu método de ensino os trabalhos dialogados em seminários e julgamentos simulados e foi fundador do Instituto de Direito Social, como idealizador da Academia Paulista de Direito.

No último ano do curso curricular, a coroar os estudos jurídicos, o Jusfilósofo Miguel Reale, dedicando-se ao mesmo tempo a seus alunos e a seus companheiros de estudos, fundou o Instituto Brasileiro de Filosofia, até hoje em plena atividade, o qual já alcançou notável relacionamento com o exterior.

As obras deste Jusfilósofo, cada vez mais vertidas para outros idiomas e por edições renovadas, vêm sendo adotadas em Universidades estrangeiras, expandindo a cultura pátria e gratificando a Universidade de São Paulo, da qual, por dois mandatos completos, foi notável Reitor. Sem dúvida o foi, não só em razão de sua constante dedicação à Universidade, mas sobretudo em função desse sentido de exteriorização dentro do qual ele compreende a Universidade, a explica e nela se integra como exemplo de Professores que continua a sê-lo, ainda quando a idade o aposenta, porque seus alunos continuam nas Escolas do Direito e da Filosofia que foi capaz de edificar e de dignificar.

Mestre Reale não só formou Escolas, mas dentro delas conseguiu chegar à sua concepção própria da Teoria Geral da Tridimensionalidade do Direito.

Em Dianóia (México, 1967, nº 13, pág. 371), Recaséns Siches, com sua competência e autoridade, apreciando as obras do grande Professor brasileiro, atesta que:

“Miguel Reale é, sem dúvida, um dos Jusfilósofos mais eminentes, não só na área ibero-americana, mas no mundo inteiro, em nossa época, por sua universalmente famosa FILOSOFIA DO DIREITO, já traduzida para o italiano.

Uma concepção tridimensional do Direito já se encontra em obras de outros autores, publicadas anteriormente aos primeiros escritos de Reale sobre esse tema, e também em livros coletâneos às publicações de Reale, assim como em outras posteriores a elas. Mas, na minha opinião, a concepção tridimensional do Direito obteve, nas páginas de Miguel Reale, uma expressão ao mesmo tempo mais fina, mais profunda e mais exaustiva.

Quanto a mim, incorporei ao meu próprio pensamento filosófico-jurídico, quase integralmente, a versão que Reale dá à sua doutrina tridimensional”

e Prática Tributaria, Vol. III, 1981, nº 3, sob o título: “*IL CONTRIBUTO DI TULLIO ASCARELLI ALLA FORMAZIONE DELLA DOTTRINA GIURIDICO-TRIBUTARIA DEL BRASILE*”, págs. 553/568 e separata.

Na versão italiana de seu DIREITO COMO EXPERIÊNCIA, publicada pela Editora Giuffrè, Milão, em 1973, sob o título IL DIRITTO COME ESPERIENZA, obra em que Reale expõe os desenvolvimentos de sua concepção tridimensional com base em elementos os mais vivos e atuais da cultura contemporânea, sociológica e antropológica além dos propriamente filosóficos, o Jusfilósofo italiano, Domenico Coccopalmerio antepõe um ensaio com 76 páginas sobre as obras e concepção de Reale, advertindo logo que esta versão italiana, em razão da precisão e dos aprofundamentos nela dados por Reale, constitui uma segunda edição atualizada e completada da edição brasileira. De páginas 76 a 85 acresce uma "Bibliografia sistematica degli scritti di e su Miguel Reale".

Com esta citação, o que mais queremos ressaltar do ensaio de Coccopalmerio é que, como Recaséns Siches, aponta a concepção peculiar do Mestre brasileiro, e a destaca como "A FORMULA REALE": Esperienza giuridica e "tridimensionalismo specifico" (la 'formula Reale').

A referência que fizemos aos citados Mestres da USP, em primeiro lugar o foi em razão do relacionamento que sempre tivemos com eles e em segundo por podermos deles falar na qualidade de aluno e como aluno fazer indagações sobre suas condutas.

Como explicar a extensão de ensino alcançada por tais Mestres e como classificar suas atitudes?

Do ponto de vista ainda não filosófico, mas jurídico, é fácil uma primeira explicação, tendo-se em vista que "jus et obligatio sunt correlata": partilham o tempo de sua intencionalidade de tal modo que, reservando seu tempo intencional enquanto "direito de estar só" para dedicá-lo aos livros que sabem escolher e que sabem escrever, dedicam a outra parte do seu tempo intencional à obrigação ou dever que se impuseram ao ótimo da comunicação, do ensino, do diálogo e da publicação de suas obras. São Professores-Líderes.

Mas como qualificar a atitude assumida por Mestres como esses que, ultrapassando as obrigações jurídico-contratuais, assumidas "interna corporis" com os estabelecimentos de ensino, chegam a criar Escolas, concepções próprias e estender seu ensino no espaço e no tempo?

Esta não é obrigação decorrente da norma legal, nem por ela qualificada, mas antes da norma subjetiva do modo de ser, do ser na plenitude consciente do sentido de sua vida terrena, *na busca dos valores*, tanto assim que, superadas as exigências legais dos concursos, tais Mestres passam a "professar" o ensino.

No trabalho sobre a interpretação do Fausto de Goethe, que o Jusfilósofo tridimensionalista Wilhelm Sauer acrescenta à sua magnífica obra JURISTHISCHE METHODENLEHRE, cujo trecho traduzimos e anexamos ao final desta coletânea, é que encontramos as

mais belas, edificantes e convincentes explicações e respostas, do ponto de vista filosófico, das condutas de Professores exemplares. Veja-mô-las.

Indignado com a ascensão da alma de Fausto, o diabo que só sabe pensar e agir “bidimensionalmente”, supunha, que pela sua interpretação literal, fria a estanke do contrato tinha *direito adquirido* sobre aquela alma; não podia compreender a salvação de Fausto; no entanto este a merecera, por ter pensado e agido “tridimensionalmente” na busca dos valores, alcançando o valor acima da própria vida; Deus que permitira o contrato estava certo e não errara, nem podia ter errado em seu prognóstico valorativo, porque tinha a visão da “quadrimensionalidade”: do fato, da norma, do valor humano e do valor divino. Por isso, como mandatários da Divindade, sentenciam os arcanjos, ao ascenderem com o imortal de Fausto:

“Quem sempre se esforçou, procurando progredir, pode ser salvo por nós”

E Sauer explicita:

“Somente um homem bom pode realizar algo positivo *na profissão de sua vida*, seja como artista, como pesquisador, como funcionário, como juiz, como professor e assim por diante”

Cabe, pois, aos alunos desses Mestres se reunirem cada vez mais em torno das Universidades, das Escolas dos Mestres, dos Institutos, para o estudo e intercolaboração dentro de suas respectivas especializações. O IBDT nada mais é do que um abrigo universitário unindo todos os alunos de hoje e de ontem. É um Instituto de pesquisas e de estudos capaz de reunir e de unir companheiros de iguais inquietações.

Parafraseando Tsehkow, discípulo de Confúcio, no Diálogo 19.23:

“O muro do IBDT chega apenas aos ombros; pode-se olhar por cima e ver o que há dentro. Ao passo que a cerca dos grandes Mestres tem muitas braças de altura. Só entrando pela porta se pode apreciar a riqueza do interior. Mas nem todos dão com a porta !”

A sabedoria dessa civilização milenar, ressalta ainda a necessidade da perseverança no alcance dos objetivos: “*o difícil não é criar, mas conservar*” e se no caso essa porta é a busca da verdade no campo da Ciência do Direito, é preciso nos conscientizarmos da natureza problemática do Direito, para não desanimarmos com percalços ou aparentes dificuldades.

Em meados do século XIX, Julius Hermann von Kirchmann, quando ainda não se podia falar de uma Ciência do Direito tal como veio sendo elaborada, porque o Direito ainda não ultrapassava da exegese, interpretação, comparação e comentários; na célebre confe-

rência de 1848, sob o título derrotista: A FALTA DE VALOR DO DIREITO COMO CIÊNCIA (Die Westlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft), arrolando aspectos negativos e críticos, chega ao anátema de que: “três palavras de alteração do legislador e toda uma biblioteca se transforma em papel inútil”, como se o Direito fosse apenas legislação.

Entretanto, século após, Eric Wolf retoma o tema para colocá-lo nos devidos termos e traçar a compreensão da natureza dessa ciência humana, precisamente com o título que assim já a explica: O CARACTER PROBLEMÁTICO E NECESSÁRIO DA CIÊNCIA DO DIREITO (Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtsweissenschaft).

Desta conferência-ensaio jusfilosófico de Eric Wolf, basta traduzirmos alguns trechos sobre as *atribuições* do Direito como Ciência:

“As *tarefas* da Ciência do Direito vão muito além do mero conhecimento das leis e da doutrina da interpretação jurídica. O seu conteúdo não só o direito fixado em forma de lei, mas a totalidade do ordenamento social e econômico, cuja realidade se pode colher extrinsecamente nas instituições jurídicas e nas fontes do direito, como ainda nas relações e nas controvérsias jurídicas. O ordenamento jurídico como objeto de uma pesquisa científica tem ainda um conteúdo interno: este se pode encontrar no sentimento jurídico dos cidadãos, na sua obediência ao direito, no seu reconhecimento voluntário da totalidade do ordenamento e suas partes.

Mesmo este sentimento jurídico interno, que felizmente é eficaz, mesmo independentemente de qualquer coação, é uma realidade social. O sentimento jurídico interno e o ordenamento jurídico externo são, na vida histórica dos diferentes povos, alguma coisa que se apresenta à primeira vista distinto, mas logo em seguida idêntico nos aspectos fundamentais e em muitas particularidades, alguma coisa que continuamente muda e se transforma.

Por isso a Ciência do Direito deve se ocupar tanto do direito historicamente passado quanto do direito vigente e do direito futuro; ela estuda e compara ordenamentos regionais e internacionais.

Além disso a Ciência Jurídica compreende e sistematiza a totalidade da vida jurídica, entendida como ordenamento da organização política, religiosa e social e como expressão da diferenciação sociológica em classes e grupos.

Enfim é necessária ainda uma maneira de proceder cientificamente obrigada, para que o ordenamento jurídico seja eficaz e possa ser defendido contra quem quer que o ofenda”.

Portanto a Ciência do Direito não se limita à lei e também a lei não destrói a biblioteca. Como ressalta Reale, o Direito abrange a concreção tridimensional incidível, de fato-norma-valor. Por isso mesmo o estudo jurídico ou científico do Direito não só não se limita à legislação, mas tem de se estender ao universo do Direito, exige o estudo teórico, aliado com o da técnica e da prática do Direito².

Eis a razão de ser e eis a perseverança da Mesa de Debates dentro do Direito Tributário.

Dia 30 de junho de 1983 já alcançou sua quadringentésima (400ª) realização. É uma reunião e união dos que desejam se informar e prestar informações, aprender e ensinar por meio do diálogo: enfim chegar democraticamente a soluções com o concurso de opiniões que, dentro de uma especialização se imponham pelo seu conteúdo de valor e pelo grau de convencimento que possam infundir através da técnica, da experiência e da ciência do Direito Tributário.

Para a continuidade e expansão dos estudos e da prestação de seus serviços o IBDT espera contar, cada vez mais, com o interesse e o apoio de seu Associado.

Esta entidade foi idealizada sobretudo como órgão de conagração dos tributaristas e sua união em torno de estudos que os aco-munam por iguais inquietações. Se estes estudos são de interesse funcional ou profissional de uma categoria, também o são, de modo geral, da coletividade a que esta categoria tem o dever de servir em razão de sua habilitação. Se esta habilitação formalmente exige o diploma, substancialmente exige o constante estudo e atualização, no tempo e no espaço, à procura das melhores soluções.

Especialmente no campo problemático do Direito, nem sempre é possível ao estudioso, isoladamente, descobrir a verdade ou formar sua convicção.

O Código de Processo Civil, no capítulo das provas refere que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (art. 339). Isto é quanto à “relação fática”, mas a dinâmica ou processo do conhecimento da relação de direito, especialmente no campo tributário que é sobremaneira múltiplo em categorias de normas e sob constante modificações, vem exigindo, cada vez mais, essas intercomunicações de muitas sentinelas.

Se, de um modo geral, ninguém pode alegar a ignorância da lei e todos devem colaborar para o descobrimento da verdade, “a fortiori” os investidos dessas funções ou profissões. Assim sendo, as intercomunicações entre estes no sentido de maior expansão de informações e conhecimentos não é só um dever, mas uma espécie de “seguro contra riscos no caminho do cipal ou atual parafernália fisco-tribu-

2. Vide em nosso *CURSO DE DIREITO TRIBUTARIO*, 5ª edição Saraiva, S. Paulo, 1980, a partir da pág. 21: Método de Estudo do Direito Tributário nas Faculdades de Direito.

tária". Neste sentido é que a reunião em Mesa de intercâmbio de informações e de conhecimentos vai se tornando cada vez mais uma instituição de confraternização de colegas, de garantia contra riscos e sobretudo de solidariedade na partilha de conhecimentos especializados.

Se estes trabalhos estão sendo efetivamente úteis a todos os componentes da Mesa, porque não ampliá-los e levá-los ao conhecimento de todos os Associados, pedir-lhes que também colaborem na divulgação do que julgarem certo e, mais ainda, possibilitar a todos os demais interessados o conhecimento, apreciação ou possível utilização desses estudos?

Foi por isso que, após 12 anos de experiências com essa Mesa de Debates de casos e problemas sempre atuais, atuante e renovados, a Diretoria e o Conselho do IBDT — que desejam o comparecimento do maior número possível de seus Associados — verificando a impossibilidade da presença dos que residem distante, deliberou a publicação desta série DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL, cujos volumes 1 e 2 já foram editados com os casos ou problemas que despertaram maior interesse.

Dado o elevado custo das edições encadernadas, até aqui o IBDT tinha conseguido oferecer essa publicação aos associados, com 50% de desconto sobre os preços de livraria.

Entretanto, os objetivos da divulgação dos trabalhos apresentados à Mesa de Debates precisam maior expansão.

São trabalhos sobre os principais assuntos que na atualidade estão preocupando os tributaristas; são trabalhos para colaborar na preparação da Reforma Tributária; são casos e problemas que estão em discussão nos tribunais; são, finalmente, questões sobre as quais muitos associados estão pesquisando ou estudando e que além de lhes poderem ser úteis, poderão motivar seus estudos e colaboração aos trabalhos em pauta, inclusive sobre projetos em preparação nos Ministérios ou em discussão parlamentar.

Assim sendo, o IBDT deseja que, automática e gratuitamente, todos os Associados venham a receber *esta publicação* em seu endereço. Por isso reestudou a possibilidade de preparar em sua Secretaria o serviço destinado à impressão e, a partir deste vol. 3, co-editar esta série de coletâneas, mais economicamente com capa plastificada, para não só poder adquirir o número de exemplares suficientes para essa distribuição, mas também assumir as despesas de embalagem e remessa.

Deste modo, os demais interessados, *não associados*, poderão adquirir esta publicação pelo preço normal nas livrarias, enquanto o IBDT terá o prazer de oferecê-la a seu Associado. Comparado com o preço de livraria cada Sócio poderá vir a receber mais do que o valor da sua contribuição anual, mas isto o IBDT agora já poderá fazê-lo graças à organização administrativa e financeira que atingiu.

Com a prestação de mais este serviço o IBDT espera estar correspondendo ao constante apoio e prestígio que lhe vem dando cada Associado.

Não podemos deixar de ressaltar que, além da consideração que o IBDT vem recebendo de cada Associado, os mais eminentes Mestres nacionais e estrangeiros integrantes de seu quadro de sócios honorários também o vêm prestigiando, não só com a remessa de notáveis obras dentro do intercâmbio cultural para enriquecer a Biblioteca especializada da Faculdade, mas ainda contribuindo com seus escritos para as publicações do IBDT.

Reconhecido por unanimidade do Conselho Universitário e pela Reitoria como entidade complementar à Universidade de São Paulo, o IBDT é dirigido por Professores das áreas de Direito Tributário, de Direito Tributário Aplicado, de Legislação Tributária e de Direito Tributário Comparado do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP e de renomados especialistas.

Assim integrado na tradição e nas preocupações de ensino da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, seu objetivo é conseguir, cada vez mais, como entidade complementar, auxiliar o ensino, a pesquisa e a prestação de serviços à comunidade, finalidades estas que são as mais nobres e fundamentais da Universidade.

A N E X O

O CONTRATO ENTRE FAUSTO E O DIABO.
OCORREU, OU NÃO, INFRAÇÃO CONTRATUAL?
VIDE A DECISÃO DIVINA SOBRE O "MÉRITO"

- A VIDA E A PROCURA DOS VALORES.
 — A LETRA DO CONTRATO E A INTERNACIONALIDADE DAS PARTES.

Ruy Barbosa Nogueira

Henry Lichtenberger, Professor da Faculdade de Letras de Paris, na introdução de 98 páginas que antepôs à sua notável tradução francesa do primeiro e do segundo Fausto de Goethe, em 3 volumes, publicando-a cuidadosamente pelo sistema bilíngüe, com os textos do original e da tradução em paralelo, que tanto ajudam o leitor na compreensão de ambos os textos¹, a inicia com estas palavras:

“Fausto é, sem nenhuma espécie de dúvida, a confissão, a mais genial e a mais profunda que Goethe nos doou, a obra mestra em que resume da maneira a mais expressiva, a sua vida, o seu pensamento, toda a sua personalidade”.

Se a leitura e a compreensão dos textos sublimados do Fausto de Goethe são difíceis aos próprios autóctones da língua alemã, não só pelo seu “höchst deutsch”, mas pela profundidade da temática só realmente alcançada pelos Goethólogos, entretanto com o auxílio de traduções em tantos idiomas e sobretudo através das suas interpretações literárias, teatrais e musicais, hoje também tão difundidas pelos instrumentos da técnica eletrônica, podemos, até certo ponto, participar desses conhecimentos em torno da problemática humana e do aperfeiçoamento espiritual, cada vez mais necessário ao homem enquanto só e, mais ainda, para alcançar a melhor intencionalidade na relação com seus semelhantes.

Obras como as de Sócrates, Platão, Aristóteles, Kant; Homero, Sófocles, Eurípedes, Dante; Shakespeare, Molière, Goethe, Camões; Bach, Mozart, Beethoven; Newton ou Einstein, são evidentemente difíceis aos próprios iniciados ou hoje especialistas, precisamente porque são obras de gênios que abrem caminhos e muitas vezes somente são compreendidas muito depois.

Neste último sentido e, apenas como exemplos, Bach no “temperamento” do Cravo só foi muito mais tarde entendido e explicado através da matemática pelos físicos, hoje engenheiros de som (cfr. Musiciens Poètes, Adolphe Boschot, Librairie Plon, Paris, 1937: A propos du “Clavicin Temperé” et du “Temperament”, pág. 189 e segs.). Mozart até hoje não foi ultrapassado na polifonia. E o universo de Einstein na extensão espacial do homem?

Relembrando os conselhos de Alexis Carrel (L’HOMME CET INCONNU e RÉFLEXIONS SUR LA CONDUITE DE LA VIE) voltemos ao nosso assunto — a extensão espiritual do homem — ao Fausto de Goethe.

1. Editions Montaigne, Fernand Aubier, Editeur, 13, Quai de Conti, Paris.

Desejamos apenas nos referir a uma interpretação jusfilosófica da temática sobre a procedência ou improcedência do protesto do diabo contra o que ele não pode entender e acusou como inadimplimento do contrato feito com Fausto na presença de Deus. Para Mefistófeles houve infração contratual; fora ferido seu “direito adquirido”; Deus teria sido conivente porque admitira a liberdade contratual e ele diabo como parte não tinha agora sequer Tribunal a que pedir justiça ou reparação da ofensa de seu direito.

Quid juris?

A magnífica interpretação do Jusfilósofo Wilhelm Sauer, que afinal damos em tradução, socorre-se ainda da encenação teatral, dos recursos da música. Lendo a sua interpretação em paralelo com a audição do primeiro e do segundo Fausto na encenação dirigida e participada por Gründgens, ator que até hoje talvez tenha sido o melhor intérprete da personagem de Mefistófeles no Fausto de Goethe, bem nos convencemos dessa magnífica interpretação e explicitação de Sauer que encontramos às págs. 605 e segs., da sua grande obra sobre a metodologia jurídica (*JURISTISCHE METHODENLEHRE* publicada em 1940, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, Neudruck 1970, Scientia Verlag Aalen).

Por falar em tradução, em seu ensaio sobre os diferentes métodos de traduzir (*Über die verschiedene Methoden des Übersetzen*), ensina o doce teólogo Schleiermacher que a tradução pode levar a linguagem do autor ao leitor, mas que a melhor tradução é aquela capaz de trazer o leitor à linguagem do autor. O grande filósofo espanhol Ortega y Gasset adverte que a tradução não é a obra, é apenas um caminho em direção à obra original. Ajude-nos, pois, o leitor, com a contribuição de sua inteligência, cultura, imaginação e, sobretudo, emoção do belo, para captarmos não só o conteúdo dos momentos mais expressivos até chegarmos a compreender a técnica e a arte atingidas nos contrastes das concretudes da bi, tri e quadridimensionalidade e vermos afinal que Goethe, pela explicação de Sauer, aponta-nos também as escalas da maldade, da bondade e da divindade.

Eis o trabalho de Sauer, sobre a interpretação do Fausto de Goethe:

“Existem problemas literários, cuja superação tem sido tentada, com sucesso bastante variado, mas que podem receber uma solução surpreendentemente simples e quase natural, quando forem examinados sob aqueles critérios rigorosamente metodológicos em que se baseiam todas as grandes criações espirituais.

Se for permitido examinar e interpretar num âmbito restrito a maior obra do maior poeta alemão em relação à sua problemática tantas vezes tratada, será justamente neste exame que o método das ciências humanas se mostrará tão natural, tão necessário organicamente, que se poderá chegar até à idéia de que ele foi desenvolvido diretamente naquela obra, como se tivesse sido copiado dela, como,

aliás, a filosofia de vida revelada na poesia do Fausto serviu de exemplo e orientação para muitos filósofos posteriores.

Na verdade, é somente um paralelo natural entre as criações da Arte Superior, de orientação metafísica, e as ciências humanas; ambas procuram, com seus meios radicalmente diversos, apresentar a vida como valiosa e dirigida à eternidade.

Será que, assim sendo, um método das ciências humanas, elaborado de acordo com os mesmos critérios, não é indicado para esclarecer supostas contradições e trechos obscuros numa obra-de-arte?

A harmonia artística e as leis científicas não se baseiam na mesma unidade metodológica?

Sabidamente os intérpretes viram no contrato entre Fausto e Mefistófeles um tema básico da poesia do Fausto.

A filosofia de vida de Fausto soa paradoxos: a minha vida deverá ser perdida quando, em algum momento, eu chegar a afirmá-la e isto nunca acontecerá: “se eu disser ao momento, permaneça pois! Tu és tão lindo! Daí poderás prender-me com as correntes, porque nesse momento eu quero perecer”. E Fausto aposta que nunca na vida ele falaria assim. Esta aposta é ganha por Mefistófeles, porque Fausto chega efetivamente a falar isto.

Mesmo assim, Mefistófeles não recebe o prêmio. Fausto vai para o Céu.

E o diabo, por isso, sente-se enganado e ludibriado: “*quem me propicia meu direito adquirido?*”

Será que aqui há uma falha de Justiça na dramaturgia?

Nisto reside um problema muito discutido.

A solução deve ser procurada na seguinte direção: Mefistófeles só consegue pensar “*bidimensionalmente*”; Fausto pensa “*tridimensionalmente*”; e Deus tem a visão de tudo “*quadridimensionalmente*”.

Mefistófeles vê e vive somente a vida e, em segundo lugar, ele a pensa agudamente em formas e conceitos externos, de maneira racional exagerada, à moda do diabo. Ele vê e reconhece somente o cumprimento *formal* do contrato, enquanto Fausto, de fato, afirma a vida e ao mesmo tempo a perde.

Por isso, resta ao diabo e ao seu reino o mundo terreno, somente o casco externo de Fausto, somente seu cadáver, somente o ser sensorial (somente os corporais que restaram do homem).

No entanto, metafisicamente é afirmado o anseio de Fausto para alcançar valores em que se baseia a vida, o que Mefistófeles não pode compreender porque seu reino é somente deste mundo ou seja, é somente este mundo.

A solução não pode ser outra. Pois quando Fausto quer prender o momento da vida, isto não mais é vida, porque a vida é aspiração, mas também inquietação, paralisação e morte.

Meta e sentido da vida não podem residir na vida, mas somente além da vida, ultrapassando a vida. Com a afirmação da vida esta deixa de ser uma vida cheia de sentido como anseio permanente de ultrapassar a vida.

Metafisicamente, portanto, a ânsia de Fausto para alcançar os valores se afirma para além da vida; isto se realiza naquela forma poética, incomparavelmente bela, de uma reprise musical com um “crescendo” gigantesco, alcançando a eternidade: “*Queria dizer ao momento: permaneça, você é tão belo! O rastro dos meus dias na terra*” (isto é, *minha busca de valores*) *não perecerá nos “Aoenen”* (isto é, a busca de valores tornar-se-á elemento essencial da eternidade, mostrar-se-á, portanto, “monaden” de valor; os Aoenen” são objetivamente mais ou menos equivalentes aos “Monaden”). Neste “momento” Fausto vive o “*momento mais elevado*” e morre. E “*os anjos sobem ao céu, levando o imortal de Fausto*”.

A justificação reside no seguinte: “*Quem sempre se esforçou, procurando progredir, pode ser salvo por nós*”. E com isto, como diz o coro final, o “*acontecimento imperfeito*”, isto é, o inacabado de todo fenômeno da vida transforma-se numa realização perene do ser, em valor da eternidade.

A aparente contradição explica-se, pois, metodologicamente, da seguinte forma:

No reino dos fatos da vida, Mefistófeles, ganha a aposta, mas no reino dos valores ganha Fausto. Pois Fausto *adquiriu um direito à eternidade*; porque ele passou por todos os reinos da vida, por todos os degraus da cultura, por todos os países e tempos, por todas as épocas da história, natureza e estado, arte e religião, ciência e economia, tendo, nisto, resistido, *internamente*, isto é, pelo fato de continuar sempre sua *busca de valores*, a três tentações: na tragédia de Gretchen, na tragédia grega e na tragédia do soberano ou do poder.

Vence, portanto, a justiça.

Mas ela vence também perante o diabo, porém, dentro de um ponto de vista superior ao da própria visão de Fausto, ou seja, dentro da *quarta dimensão da visão divina*.

Tanto assim que o diabo ainda fez uma segunda aposta, perante o Senhor, no “Prólogo, no Céu”. E esta aposta ele, diabo, a perdeu.

Deus lhe deu livre ação na terra (“Pois bem, fica-lhe entregue, veja se pode tirar esse espírito de sua fonte original”).

Deus o onisciente, naturalmente faz o prognóstico certo; o diabo nunca o conseguiria, porque “*um homem bom, na sua ânsia obscura, é bem consciente do caminho certo*”. E somente um homem bom

pode realizar algo positivo na profissão de sua vida, seja como artista, como pesquisador, como funcionário, como juiz, como professor e assim por diante.

No entanto, esta busca terrena de valores continua na eternidade: “*se eleva a círculos mais altos, continua crescendo imperceptivelmente*”.

De cada grau de perfeição que se alcança neste tempo, na terra, passar-se-á diante na outra vida: a eternidade não conhece nenhuma paralisação. E como existem os mais variados graus na natureza (no interlúdio, existe o título melancólico: “dia cinzento, campo”, até às alturas iluminadas das montanhas e assim por diante) também a eternidade conhece “uma região profunda, uma intermediária” etc. e nela vivem “anjos mais novos, anjos mais perfeitos”, “penitentes”, “jovens em estado de graça”.

Por isso a luta de Fausto pela imortalidade se purifica somente de forma paulatina; e a decisão é tomada no último círculo, sendo que Goethe retoma um motivo de Dante, ao qual pertence a antiga amada de sua juventude, como *penitente perdoada*: decidido pelo “*eternamente feminino*”, como símbolo do amor divino. Mas também, a verdade e a justiça somente amadurecem em degraus. Na sua perfeição, verdade e justiça somente se encontram em Deus e elas são Deus.

Na sua grande obra se perfaz maravilhosamente a unidade poética: no “Prólogo, no Céu”, o Deus onisciente profetizou a verdade e pôs ao homem a justiça como tarefa infinita; e, no fim, vencem a verdade, a justiça no reino da eternidade, conquistado pelo espírito do ser humano, perante Deus e em Deus.

À harmonia poeticamente estruturada se une, pois, a coincidência dos valores metafisicamente vividos.

A grande poesia do mundo não poderia ter encontrado em outra unidade cósmica mais maravilhosa, a sua *perfeição*.

Omissão e Denegação de Justiça¹

AS ASPIRAÇÕES NACIONAIS E A MAGISTRATURA

(NOTAS PARA UMA REVISÃO COLETIVA DA ATUAÇÃO JUDICIAL)

*Valentin Carrion*²

Juiz togado do Tribunal Regional
do Trabalho de São Paulo

Sonhemos com o amanhecer.

Um encontro de juízes deve ser ambiente propício às aspirações coletivas dos magistrados, ultrapassando os restritos limites dos autos e da consciência de cada um.

Ainda mais, congressos como os de Curitiba, que se institucionalizaram pela continuidade e que têm sido francamente prestigiados pelo Tribunal Regional do Paraná³.

Este fato excepcional na geografia deste país, mostra que aquelas planícies e seus habitantes são terreno fértil para que os juízes construam o fato transcendente, histórico, de dar continuidade a anseios coletivos e ter uma voz comum perante a nação.

Tais reuniões devem ter como tema vestibular, uma indagação deveras perturbadora: em que grau, nós, do Poder Judiciário, damos atendimento às aspirações nacionais? Em que grau realizamos o princípio da ubiqüidade da Justiça, de sua onipresença? Ou em que

1. Conferência pronunciada em Curitiba, no 6º Congresso de Magistrados Trabalhistas do Paraná. Foram convidados como conferencistas, além do autor, o prof. Amauri Mascaro do Nascimento, titular da Faculdade de Direito da USP e o prof. Coqueijo Costa, Vice-Presidente do TST.

2. Juiz togado do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, professor universitário e autor de «Comentários à CLT» e «Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho».

3. Os encontros anuais de Curitiba, organizados pela Associação de Magistrados Trabalhistas da 9ª Região (na época dirigida pelo jurista Manoel Antonio Teixeira Filho) têm total apoio do TRT da 9ª Região (presidido pela sua presidente, dra. Carmem Amim Gamém) e dos juízes daquela Corte. O Tribunal não só estimula a presença dos da primeira instância, como lhes concede diárias para possibilitar o comparecimento. Os membros do Tribunal assistem às conferências e debatem, em pé de igualdade, com os juízes daquela e de outras regiões.

grau somos nós, pela nossa própria omissão, também partícipes da sua violação, que é a denegação da Justiça?

Aquele princípio, o da ubiqüidade, está inserido em seu próprio conceito. Está manifesto na Constituição Federal, quando afirma que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, qualquer lesão de direito individual”. O mandamento não se dirige apenas ao legislador, como poderia parecer.

Esse princípio também está na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o que é sintomático. Refere-se expressamente a nós e à realidade, quando afirma que “todo homem tem o direito a receber dos tribunais nacionais, o competente remédio *efetivo*, para os atos que violem os direitos reconhecidos”.

O princípio também está nas Encíclicas e em muitas Constituições.

Qual é a apreciação que a voz do povo faz da atuação da magistratura? Respeita a função, de um lado. De outro, no teatro, no cinema, na literatura, nas ruas, talvez a figura do juiz e de sua atuação que é o processo, seja uma silhueta acomodada, estrábica, rançosa e resultado de formalidades vazias.

E nos escritos, os próprios juristas que nos observam próximos, dizem que o resultado do nosso labor, o processo, por culpa de seus defeitos, corresponde a uma autêntica denegação de Justiça.

Certamente, essa novela deve ter seu vilão e seus cúmplices. Em primeiro lugar, o legislador; as normas são defeituosas. Também a administração, o executivo, pois os recursos que se colocam à nossa disposição são escassos.

Mas e nós? Cada tribunal, cada um de nós, não terá uma parcela no pecado coletivo, quanto mais não seja pela omissão na tarefa reformadora, que nunca nos foi dada e também não soubemos assumir.

Em outras palavras: como poderemos modificar hoje nossa atuação do dia a dia para retirar imperfeições, que constituem denegação de Justiça às partes? Como dar fim à nossa omissão em apontar as mudanças na legislação para amanhã?

Dois campos de atuação se antevêm: na pequena mas eficaz reforma da legislação e na permanente revisão de certos entendimentos hoje adotados.

OS PONTOS NEGROS DA CELERIDADE

É verdade que a Justiça do Trabalho alcançou uma razoável eficiência e rapidez, se comparada com outras jurisdições.

O fez graças à dedicação de muitos juizes (e é merito nosso), de um lado.

O fez, em decorrência dos instrumentos legais dos quais nem nossa geração, nem nós fomos os inovadores, mas o legislador de 1943, de outro.

São os juizes os mais credenciados para descobrir os *pontos negros* do procedimento. E assim se afirma, pela convicção de que não são os processualistas os mais indicados para fazer andar e simplificar o processo, apesar de seu saber.

Nenhum argumento melhor do que recordar que o Código de Processo Civil da Itália, teve a mão firme e próxima dos três maiores processualistas latinos, Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti, e no entanto, esse código é um dos mais lerdos do mundo.

Tampouco será uma codificação que irá acelerar o procedimento.

As codificações, quando não são o resultado de uma autêntica revolução estrutural, são obras que visam o aprimoramento doutrinário e conceitual, renovando o conhecimento científico. Mas a administração de Justiça e as malícias do procedimento são coisas diferentes e para aperfeiçoá-las não há necessidade senão de poucos artigos novos na lei velha.

Poucos e incisivos, farão mais do que a substituição de todo um estatuto com as controvérsias resultantes das alterações.

Se são os cientistas os que devem propor os códigos, e são os juizes em geral, os que devem propor as poucas modificações do nosso procedimento, um lugar especial deve tomar o juiz de primeira instância.

É que, além de ser o mais inconformado, ele é o juiz por excelência.

É ele quem tem contato imediato com a angústia das partes, com suas misérias, com seus anseios vivos de Justiça.

É ele, dentre todos os órgãos judicantes, o único que caminha pelas ruas de sua comarca e convive com os fatos e pessoas dos processos submetidos à sua decisão, que tropeça com os efeitos, benéficos ou não, de suas sentenças.

A primeira instância, quando não se deixa anestesiar pelo embrutecimento das pautas sobrecarregadas, participa mais do direito vivo e sua necessidade de reforma.

Mas, por outro lado, a reforma do processo tem que ter o decidido apoio da segunda instância e dos órgãos judicantes superiores, pelo valor de seu estímulo e o peso de suas ponderações, quando sob os cabelos brancos, guardam o pulsar da juventude.

E é esse exatamente o milagre que parece ter-se operado no Paraná.

Daí, a importância das reuniões da Associação dos Magistrados em Curitiba, que conseguiu o privilegiado coral resultante do casamento da Corte e do Fórum.

Por isso, reuniões como essa devem ter como lema preferencial, sem prejuízo de outros, a descoberta dos *grandes pontos negros do nosso procedimento*.

O caminho é observar a doença, documentá-la estatisticamente inclusive, e debater com as vozes de outras regiões.

Depois, manifestar publicamente à nação poucas propostas (talvez uma só de cada vez) para convencer o meio social sobre a importância da alteração e levar o Estado a aceitar essa mudança e quebrar a demora processual.

Por fim, encarregar a uma comissão de juízes a tarefa de dar-lhe seqüência na divulgação, viabilidade e efetivação.

REDUZIR OS AJUIZAMENTOS

O primeiro tema para estudo é o da redução do número de reclamações ajuizadas. Quantos milhares delas, em todos o país, poderiam ter sido evitadas?

Uma das medidas que se propõem é a prévia oportunidade de conciliação extrajudicial.

Não se trata de burocratizar; a burocratização do processo idealizada pela lei, tribunal, corregedoria ou juiz, é atentado contra a administração de Justiça.

A própria petição inicial, pronta para ser ajuizada, deve passar, primeiramente, por aquela tentativa.

Como a geografia é muito extensa e difere as situações existentes, tem que existir previsão legislativa para que o presidente do Tribunal nomeie, de acordo com a necessidade e possibilidade de cada região, algum ou alguns arbitradores nas comarcas que o necessitem, sob a ação corregedora do juiz de primeira instância: Sindicatos, órgãos do Ministério do Trabalho, Prefeituras e até prudentes homens, com recebimento de custas, ou não.

A decorrência natural do instituto é a execução do título extrajudicial, decorrente dessas conciliações.

MULTIPLICAÇÃO E PROCRASTINAÇÃO DOS RECURSOS

Nos graus superiores, tem que haver a redução do número de recursos.

Desestímulo à chicana do réu e à litigiosidade do autor. Após a primeira sentença, todo recurso *rejeitado* tem que acarretar uma

sanção econômica contra quem o interpôs: um acréscimo percentual sobre o valor do principal se o recorrente for o réu.

E, contrariamente, uma sanção contra o autor, quando descabida a sua litigiosidade, assim declarada pelo órgão julgador; uma redução percentual sobre a parte do pedido em que foi vitorioso ou acréscimo nas custas, se sua condição econômica o permitir.

EXECUÇÃO, RESCISÓRIA E COGNIÇÃO

A execução “quase definitiva”, após a sentença nos embargos do devedor, ainda que pendente de recurso, é outra medida inadiável.

Tal forma de execução teria que ser cercada de uma só cautela: o não levantamento da importância em dinheiro, produto da arrematação ou depósito recursal, enquanto não houver trânsito em julgado.

Desestímulo às manobras protelatórias na execução, é o depósito prévio, em dinheiro, como pressuposto processual a qualquer recurso, inclusive nos embargos de terceiro, após a rejeição da pretensão do embargante.

Restabelecimento do depósito prévio, desestímulo legal à Ação Rescisória, criado pelo CPC de 1973, mas frustrado por Súmula do TST, que o afastou da Justiça do Trabalho, genericamente, mesmo para as empresas e reclamantes com capacidade econômica.

Na instrução do processo de cognição a lei tem que prever premissões que simplifiquem o procedimento, com tempo suficiente para que as empresas e os trabalhadores se adaptem às novas exigências.

Esse é, em síntese, o primeiro tema de estudo e debate de congressos, institucionalizados e representativos, como os de Curitiba.

A HERMENÊUTICA E A VIDA. INSTRUMENTOS PARA UMA REVISÃO DA INTERPRETAÇÃO.

Em outro plano, já não “de lege ferenda”, congressos de magistrados devem submeter à crítica permanente sua própria jurisprudência e a dos tribunais.

Aqui, a descoberta de deformações que o hábito sedimentou e que hoje se vêem ultrapassadas.

A revisão crítica, sem preconceitos, com perspectiva panorâmica daquilo que se tem decidido, pacificamente ou não; com disposição para acolher argumentos novos, se mais justos.

Inúmeras fontes iluminam o caminho para o aperfeiçoamento da administração de Justiça.

A primeira é o apoio legal, rejuvenescedor, do art. 5º da Lei de Introdução, para que se atenda aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum.

Quando se trata da longa caminhada do procedimento judiciário essas exigências são palpáveis e imediatas.

Há inúmeras fontes doutrinárias, como os ensinamentos do filósofo jurista Roscoe Pound, de homens de sua geração e dos juizes da Suprema Corte dos EUA. Tais textos são um preciso guia para a interpretação do juiz, no sentido de romper as barreiras das abstrações ineficazes.

“O Direito não é pura lógica, mas instrumento para a realização dos fins da Humanidade” e “o juiz deve levar em conta as necessidades *concretas* da sociedade e o interesse público”⁴.

O filósofo espanhol Recaséns Siches, notável divulgador da interpretação pelo critério do “razoável”, insiste na necessidade de esforçar-mo-nos, em fazer, mas eficaz, a realização dos fins de direito, *de fato*⁵.

Paralelamente ao que se disse, devemos perguntar qual deve ser a atitude dos juizes e dos tribunais inferiores com referência aos superiores, que têm o poder de reformar suas sentenças.

Qual deve ser a atitude do juiz, de primeira ou de segunda instância, perante a jurisprudência que contraria sua própria convicção e suas deduções lógicas?

Primeiro, a de humildade, tentando indagar se aquilo que o tribunal que lhe é superior decidiu, não será efetivamente o melhor caminho; se não estará chegando o momento de modificar seu entendimento.

Poderá, entretanto, continuar a entender que a verdade estará consigo. Neste caso, deve verificar se será possível estabelecer-se diferenças para hipóteses diversas.

É que, com freqüência, o enunciado de uma decisão não abrange todo o universo da vida, posto que a realidade é sempre mais rica do que a imaginação. Assim, o juiz poderá fazer distinções que não ocorreram ao texto do acórdão nem a seu relator; harmonizará a vontade do julgado superior com a sua convicção.

Mas pode ser que o casamento seja de todo inviável. De duas uma, ou o inferior se dobra (se lhe parece que a coletividade já esgotou todos os argumentos e oportunidades de fazer prevalecer o entendimento oposto) ou resiste.

4. Roscoe Pound «Justiça Conforme a Lei», Ibrasa, São Paulo, 1965.

5. Luis Recaséns Siches, “Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho”, ed. Porrúa, México, 1973.

Neste caso, a sentença inferior poderá vir a ser reformada; pois que reforme! Que o tribunal mais elevado assuma, realmente, a sua decisão de reformar.

Nada melhor que conclave de juizes para fazer revisão séria daquelas questões que causam mal-estar, por esses confrontos que nos afastam de princípios norteadores do Direito Processual do Trabalho.

Muitas das vezes são julgados coletivos, Súmulas ou não, que ficaram no passado, anquilosados e não correspondem mais à atualidade.

Neste campo da Jurisprudência, como amostra, para não ficar na mera abstração, alguns temas do procedimento devem ser encarados pela repercussão e repetição frequente.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA CONTRA OS POBRES

Como se sabe, na doutrina ocidental, a assistência judiciária é o instituto em benefício do pobre e consiste na gratuidade de utilização dos serviços de advogado e auxiliares da Justiça e na movimentação do processo.

Não é demais que recordemos que as origens do instituto se encontram nos primórdios do direito ocidental, em Atenas e Roma⁶. Em 1364, na França, se determinava aos advogados e funcionários que sempre que se tratasse de pobres, praticassem todos os atos "por amor a Deus"⁷ Espanha e Portugal, desde a antiguidade, consagraram o benefício da assistência judiciária. No Brasil, passou a norma constitucional em 1934.

A elevação do instituto à categoria constitucional significa que o Estado quis incluí-lo entre os direitos e garantias máximas reconhecidas aos cidadãos.

É verdade que a Carta Magna faz referência à "forma que a lei estabelecer" Isto significa que será atribuído de acordo com as possibilidades, é verdade, mas que a assistência não pode ser banida e que o instituto deverá prosseguir na consecução prática desses anseios, sempre de forma magnânima e solidária, aperfeiçoando-se⁸.

6. Mollot, «Règles sur la profession de avocat», apud Mestre-Mel «L'Assistance Judiciaire», ed. Douladoure-Privat, Toulouse, 1883, p. 6. Digesto, I, XVI, Lei IX, § 5. Carlos Babo «Assistência Judiciária», Porto, 1942, ed. Livraria Latina, p. 28 e seg.

7. Carlos Babo. obra cit. Fernand Payen et Gaston Duvéau «Les Règles de la profession d'Avocat et les Usages du Barreau de Paris», ed. Cirey, Paris, 1936. V. também: André Toulemon, «Barreau de Paris et Barreaux de Province», Librairies Techniques, Paris, 1966. Louis Collier, «L'Assistance Judiciaire», Sirey, Paris, 1909. Lei de Enjuiciamiento Civil de 3-2-1881, art. 10.

8. Pontes de Miranda entende que a regra é bastante em si, autoexequível, «a despeito da alusão à forma que a lei estabelecer», conferindo valor especial aos artigos da lei processual sobre justiça gratuita. Pontes de Miranda, «Comentários à Constituição de 1946», art. 141, § 35 e «Comentários à Constituição de 1967», art. 150, § 32.

A grande evolução do instituto, no Brasil, veio com o Código de Processo Civil de 1939, quando essa norma jurídica permitiu aos pobres escolher o seu próprio advogado; foi o grande salto⁹.

Eles deixaram de ser, ao menos para o legislador, os miseráveis com mão estendida à caridade, para se verem reconhecidos pela Justiça como titulares de um direito público: o de escolher o seu advogado, se este aquiescer. Só quando ele não fizer a escolha é que o juiz nomeará.

E como se aclimatou na Justiça do Trabalho a Lei da Assistência Judiciária (Lei 1.060/50) que regulamentou o instituto?

Temos que ruborizar.

A rotina dos julgados foi mesquinha no deferir a mercê, apesar de que a Lei 1.060 expressamente a aplica ao processo do trabalho.

Rotina que não se apercebeu de que se a sentença não atribuir honorários ao reclamante vencedor, este deverá deduzí-los do que lhe foi reconhecido.

E precisamente porque mal se aplicou o instituto, veio a Lei 5.584 e determinou a assistência jurídica por via sindical.

Um passo legislativo à frente, é verdade.

A interpretação dessa norma, entretanto, é retrógrada. Não podia concluir que a Lei 1.060 fora revogada na parte em que visa o processo laboral.

De um lado, a Lei 5.584/70 não afasta expressamente a aplicação do processo trabalhista da Lei 1.060.

De outro, se a redação é dúbia, sabemos que a simples leitura do texto, ainda mais sendo dúbio, é o pior meio de interpretação. Aquela conclusão é infeliz, posto que traz um retrocesso evidente ao instituto; retira do pobre seu direito à escolha de advogado pela assistência judiciária, mesmo quando este consente.

O entendimento jurisprudencial que considera revogada no processo laboral a Lei 1.060, fere princípio elementar de hermenêutica, acolhido pela Lei de Introdução (art. 2º, §§ 1º e 2º) pois não é com ela incompatível, não regula inteiramente a matéria e simplesmente "estabelece disposição a par das já existentes".

Que não regula inteiramente a matéria, se vê: inúmeros trabalhadores ficariam excluídos, sem poder recorrer ao sindicato, porque inexistente.

São todos os que não têm sindicato na comarca, os que não estão organizados em sindicatos (como é o caso das domésticas), aqueles que não se podem organizar sindicalmente (servidores públicos, em-

9. Pontes de Miranda, obra citada.

pregados) e os que estão incompatibilizados com o órgão sindical ou com o advogado do mesmo ou com sua orientação.

E nem se fale nos réus pobres, que aqui também os temos.

OUTRA POBREZA: AS RECLAMAÇÕES VERBAIS

O tema anterior recorda um outro: a propositura verbal da ação.

Apesar do permissivo legal, o juiz não pode conformar-se com as reclamações verbais; transcorridos 40 anos do dispositivo que o autorizou, configura omissão de Justiça; inaceitável, mesmo perante a sobrecarga das longas pautas.

E é inacreditável que num país de bacharéis, no final do século XX, ainda haja gente humilde a quem a estrutura judiciária permite propor ação e levá-la avante, sem assistência de advogado como se este fosse desnecessário no procedimento laboral.

Enquanto a lei não retira das partes o "ius postuland", o magistrado tem poder de iniciativa para determinar a seus auxiliares o dever de esclarecimento aos humildes a fim de que requeiram formalmente os benefícios da assistência judiciária, reduzindo-se a termo o óbvio (que não tem meios econômicos nem conhecimentos jurídicos para postular em juízo).

E a prática ensina que o juiz sempre terá a seu alcance, na sala de audiências, inúmeros causídicos que aceitam o encargo, não só por amor à Justiça e espírito de colaboração com o Judiciário, como por saber que, se vitoriosos, receberão sentença concessiva de honorários profissionais.

Para mostrar a viabilidade dessa iniciativa, temos o testemunho das comarcas onde exercemos a magistratura. Nunca houve reclamações verbais. E nunca os tribunais reformaram sentenças nessa parte.

O PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA CONTRA O TRABALHADOR

Há outro instituto paralelo que merece nossa atenção: a sucumbência.

Não se aplica ao processo laboral. Porque a CLT de 1943 foi omissa? Não. Porque, enquanto a jurisprudência construtiva, com felicidade, integrou inúmeros institutos do Código de Processo Civil à CLT, com fundamento no art. 769, aqui não o quis fazer. Isso, apesar de que a lei nacional concede a qualquer litigante civil (rico ou pobre) honorários advocatícios, inclusive quando o causídico litiga em causa própria. Justamente aqui onde se almeja a vanguarda, e onde o humilde é a regra.

Alguém dirá que a sucumbência traria dificuldades aos autores-empregados pobres, quando vencidos.

Não há dificuldade intransponível. Aplique o juiz o instituto à luz das demais normas a seu alcance, com o permissivo do art. 8º da CLT.

O ônus deve alcançar os litigantes vencidos, com possibilidade de suportá-lo: as empresas e os reclamantes com reconhecida capacidade econômica.

ESTAGIÁRIOS ACADÊMICOS

É indefensável permitir-se ao estagiário acadêmico (ex-solicitador) que exerça o "ius postulandi", privativo do advogado.

A lei especifica geral (Estatuto da Ordem dos Advogados) e a lei especial (5.584, art. 15º: "observados os arts. 50 e 72 da Lei 4.215/63") expressamente o proíbe. Só porque um provimento extrajudicial ilegal, muito antigo, assim o considerou.

A EXACERBAÇÃO DAS REVISTAS

Examinaram-se roteiros para aprimoramento de institutos instrumentais; provavelmente todos são mais eficazes à facção dos autores (reclamantes).

Também há o que rever quanto à denegação de justiça ao lado oposto, o dos empregadores, posto que também aqui há injustiçados.

A ciência do direito ensina que a revelia é a maior das contumácias, afronta à Justiça pelo descaso do chamamento, e é a presunção de que o réu, não tendo qualquer defesa, reconhece ostensivamente todas e cada uma das alegações do autor.

Tudo é verade, doutrinária e legalmente.

A experiência íntima diz ao juiz que a vida não é a que lhe ensinaram.

Ou se trata de uma citação postal que não chegou ao seu destino (um zelador ou um "office boy" omissos) de um papel extraviado no meio de outros, de um trauma familiar ou de um acontecimento no transporte urbano ou não, que impediu o réu de chegar; ou simples e humano esquecimento; ou omissões, fruto de evidente ignorância do pequeno empregador.

Pequenos grandes fatos, quanto menores maiores, porque mais difíceis de provar, que levarão o réu a julgamento em revelia. Fiat iustitia! e chama-se o seguinte. Depois será o ranger de dentes.

Não se vai pensar em suprimir a revelia.

O que se quer debater, sem alterar a lei, é retirar do instituto o paroxismo, a exasperação que se lhe acresce. A “justiça formal” é freqüentemente a injustiça real; um mal necessário não deixa de ser um mal.

A revelia tem que ser contida em seus limites, restrito ao que é, simples consequência de omissão de defesa.

Extravasam a finalidade do instituto, certas ações ou omissões: sua decretação quando há ânimo de defesa ou omissão de carta de preposição (que pode ser sanada, como em qualquer mandato); deixar de inquirir-se o autor sobre o pedido (com freqüência); a manutenção da sanção pelo simples atraso, quando as partes ainda não se retiraram; impor-se ao réu o ônus do recurso e depósito prévio, havendo certeza de inexistência de citação o que torna a relação processual e a sentença mais do que nulas, inexistentes.

Deformação do instituto ainda é a condenação em dobro do salário pleiteado.

Tal procedimento costuma justificar-se para evitar que o réu não obtenha vantagens, por não comparecer. O raciocínio não observa a realidade; poucos argumentos na defesa são formalmente suficientes para adiar a sessão e tornar controverso o que não é.

Esses e outros temas se enriquecem e iluminam pelo debate coletivo de juízes, quando se quer afastar as injustiças que se praticam rotineiramente.

Elas não decorrem apenas da natureza humana, mas de máquina estatal também.

Kafka que o diga.

Sonhemos com o amanhecer.

Relevância Processual da Reforma Penal^(*)

Rogério Lauria Tucci

Professor Adjunto do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Membro das Comissões elaboradora e revisora do *Anteprojeto de Código de Processo Penal*.

SUMÁRIO: I *PROLEGÔMENOS*: 1. *Considerações preambulares* — 2. *Orientação dos trabalhos de elaboração legislativa* — 3. *Principais inovações introduzidas* — II *ANÁLISE DAS INOVAÇÕES PROJETADAS*: 4. *Simplificação dos procedimentos*: a) *Generalidades*; b) *Procedimento sumaríssimo*; c) *Órgão colegiado de primeira instância*; d) *Aditamento da denúncia* — 5. *Procedimento recursal* — 6. *Utilização de gravação sonora ou equivalente* — 7. *Medidas alternativas à prisão provisória* — 8. *Reprimenda à criminalidade violenta* — 9. *Procedimento nas causas de competência do Tribunal do Júri* — 10. *Exame criminológico* — 11. *Posicionamento dos sujeitos do processo penal* — 12. *Regulamentação mais expressiva do habeas corpus* — III *CONCLUSÃO*: 13. *Derradeiras observações*.

I — PROLEGÔMENOS

1. Considerações preambulares

Antes de iniciar a exposição do tema que devo abordar — *RELEVÂNCIA PROCESSUAL DA REFORMA PENAL* —, desejo expressar minha grande satisfação e correlato reconhecimento pela designação como Coordenador e Conferencista deste “*I Ciclo de Estudos sobre Direito e Processo Penal (Reforma Penal)*”, idealizado pelo caro amigo LAÉRCIO DA COSTA PELLEGRINO, ilustre e atuante Presidente deste prestigioso Instituto dos Advogados Brasileiros.

Assim também as generosas palavras de saudação com que fui cumulado, nesta oportunidade.

Isso expresso, no trato da matéria em referência deve ter-se presente, de logo, a necessidade de perquirição da importância das modificações alvitadas relativamente ao processo penal, no âmbito da Reforma projetada.

(*) Conferência no “*I Ciclo de Estudos sobre Direito e Processo Penal (Reforma Penal)*”, do Instituto dos Advogados Brasileiros, em 7 de abril de 1983.

Ao objetivá-la, é com real alegria e orgulho que, como membro das Comissões elaboradora e revisora do *Anteprojeto de Código de Processo Penal* (agora *Projeto* prestes a ser enviado ao Congresso Nacional pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República), a afirmo manifesta.

Tal afirmação, aliás, quer no tempo, quer no espaço, não constitui novidade.

Na aguda observação de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, *O processo criminal brasileiro*, 4ª ed., Rio de Janeiro de 1959, vol. I, pág. 13, nº 3, sintetizando o entendimento corrente na doutrina processual penal universal,

“As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixadas ao critério das partes ou à discricção dos juizes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfianças e surpresas. É essa a razão pela qual, se os legisladores puderam, em algumas épocas, deixar as penas ao arbítrio dos juizes, nunca deixaram ao mesmo arbítrio as formalidades de suas decisões”.

Daí, por um lado, a indispensabilidade de grande prudência nos respectivos trabalhos de elaboração legislativa. Até porque, no dizer de M. FAUSTIN HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Bruxelas, 1863, ed. aumentada por J. S. G. Nypel e M. Léopold Hanssens, tomo I, pág. 2, nº 1, com a atenção voltada para o estudo do processo penal, se a *ação judiciária* apresentar-se embaraçada por excessivas precauções e formas complicadas, ou, pelo contrário, com regras concessivas de exagerada liberdade à atuação judicial, incompletas ou indefinidas, “a justiça deixará de ser justiça”.

E, por outro, a imprescindibilidade, também, de que as leis processuais penais sejam, realmente, bem elaboradas, de sorte a propiciarem segura e integral investigação da *verdade material* em prol do justo resultado do processo, com a assecuração do *ius libertatis* do inocente e a inflicção ao culpado da pena cominada ao crime ou contravenção cuja prática lhe é imputada.

2. Orientação dos trabalhos de elaboração legislativa

Essa, dúplice, foi, por certo, a preocupação dos integrantes, tanto da Comissão elaboradora, como da revisora, do *Anteprojeto de Código de Processo Penal* de 1981.

Tiveram elas em vista, sobretudo, a necessidade de *agilização do procedimento penal*, mediante a regulamentação de um *sistema procedimental* tecnicamente estruturado segundo a moderna ciência

processual penal e os ditames da realidade brasileira, posta em território imenso no qual se colocam diversificadas situações de progresso, comunicação, ambiência e costumes.

Atréladas, outrossim, ao consenso universal da *índole do processo penal* como garante da *liberdade jurídica do membro da comunhão social* tido como indigitado autor de infração a preceito penal normativo, bem como da imprestabilidade atual da pena privativa de liberdade, exceto no tocante aos denominados prisioneiros residuais, procuraram minimizar os efeitos da instauração e complementação da *persecutio criminis* em relação aos indicados e acusados primários, de bons antecedentes e ocasionais.

Correlata e coerentemente, impuseram rigoroso tratamento aos delinqüentes perigosos, cuidando de coibir, tanto quanto possível, a criminalidade violenta que grassa em toda parte, especialmente nos grandes centros.

E, por outro lado, reforçando a conformação técnica e a utilização prática de institutos de grande relevância e expressividade, como o *habeas corpus*, a revisão criminal e a prisão provisória, procuraram simplificar, ao máximo, todos os tipos procedimentais estatuídos, de sorte a possibilitar a realidade de um *processo penal* como instrumento, que deve ser, de segura aplicação do Direito e de pronta realização de Justiça.

3. Principais inovações introduzidas

Tudo isso encontra-se, de certa forma, sintetizado na *Apresentação* com que o mencionado *Anteprojeto de Código de Processo Penal* foi submetido à apreciação da intelectualidade jurídica brasileira pelo Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça, IBRAHIM ABI-ACKEL.

Houve por bem, então, Sua Excelência, traduzindo com a reclamada fidelidade a orientação imprimida à fase inicial dos trabalhos de elaboração da projetada Codificação processual penal, enfatizar que, dentre “as inovações introduzidas nessa fase de atualização do Projeto” (nº 633, de 1975; retirado do Congresso Nacional pela Presidência da República, no Governo GEISEL), fazem por merecer destaque as seguintes:

“a) simplificação dos procedimentos, designadamente do recursal;

b) instituição de procedimento sumaríssimo, com dispensa de inquérito policial, para pronto julgamento das causas penais de menor importância e das referentes aos denominados delitos de trânsito;

c) introdução do uso de gravação sonora, ou meio equivalente, onde seja possível e conveniente;

d) introdução de medidas alternativas à prisão provisória, de acordo com as recomendações da Organização das Nações Unidas (ONU), em recente Congresso, realizado em Caracas, sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente;

e) criação de órgão colegiado de primeiro grau, para julgamento, em grau de recurso, das causas processadas em rito sumaríssimo, para desafogo dos trabalhos dos Tribunais;

f) simplificação do procedimento relativo aos processos de competência do Tribunal do Júri, particularmente no tocante à formulação de quesitos;

g) deslocação do exame criminológico para o Processo de Execução, como incidente deste;

h) fortalecimento do instituto da prisão preventiva com referência ao delinqüente perigoso, nos casos de crimes de roubo, latrocínio, extorsão, seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto não consensual, quadrilha ou bando e tráfico de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica, a fim de melhor aparelhar a Justiça Penal para o combate à criminalidade violenta”.

A elas podem ser acrescentadas, ainda, em enumeração que longe está de ser exaustiva, as respeitantes à determinação rigorosamente científica do posicionamento dos sujeitos processuais — agente do Poder Judiciário (juiz ou tribunal) e partes em sentido processual —, e aos contornos dos institutos do *habeas corpus* e da modalidade de prisão provisória denominada *prisão temporária*.

II — ANÁLISE DAS INOVAÇÕES PROJETADAS

4. Simplificação dos procedimentos

a) *Generalidades*

Sendo manifestamente escasso o tempo de que disponho para a apreciação dessas novidades e reformulações, procurarei ater-me, neste ensejo, ao exame sucinto das mesmas.

Em primeiro lugar, seguindo, em linha de princípio, a ordem seqüencial supraestabelecida, devo abordar a propalada *simplificação dos procedimentos*.

À evidência que se cogita da *simplificação dos procedimentos do processo de conhecimento*, que se dividem, como é sabido e a própria regulamentação projetada estabelece, em *comum* e *especiais*.

Estes, peculiarizados cada qual pelas características do Direito material que os reclamam, exigem uma série de normas específicas, implicativas de sua destinação exclusiva a determinado tipo de conflito de interesses submetido à apreciação do órgão jurisdicional.

Por isso que, devendo ser estatuídos em menor número possível, ficaram reduzidos a três — *procedimento por crimes contra a propriedade imaterial, procedimento penal falimentar e procedimento relativo a causas da competência do Tribunal do Júri*.

Aliás, *especial* por inteiro é, apenas, o último, de que falarei mais adiante (*in* número 9, *infra*).

Os outros, nas ações penais referentes a *crimes contra a propriedade imaterial* ou *falimentares*, não obstante a especificação inicial, ainda quando da formação do processo assumem o *rito ordinário* ou *sumário*, igualando-se, portanto, ao *comum*.

Já o derradeiramente apontado — *comum* — subdivide-se em *ordinário* e *sumário*, espécie em que entra o *sumaríssimo*.

Contemplados os três, a adoção de cada um deles, como sempre aconteceu em nosso Direito, determina-se, em regra, pela qualidade e quantidade da sanção estabelecida para a infração penal que constitui objeto do processo.

Assim é que, tratando-se de contravenção, crime de ação penal pública a que cominada pena de detenção até um ano ou do denominado *delito de trânsito*, o procedimento cabente é o *sumaríssimo*; crime a que cominada pena de detenção superior a um ano ou de ação penal de iniciativa privada, o procedimento é o *sumário*; e crime a que cominada pena de reclusão, o procedimento é o *ordinário* (cujas regras se aplicam, subsidiariamente, aos outros).

Ademais, em qualquer procedimento do tipo *comum* reclama-se *efetiva atuação defensiva do acusado*, mediante *resposta à acusação*, precedendo a fase postulatória ao recebimento da denúncia ou da queixa — tudo com facilmente perceptível *amplitude de defesa* e de sorte a coarctar inútil prosseguimento do feito para a colheita de prova desnecessária.

É que, estatuído, a par do *saneamento*, o *juízo conforme o estado do processo*, faculta-se ao juiz, por ocasião da fase saneadora, proferir *juízo segundo o estado dos autos* (a que corresponde a *extinção do processo sem julgamento do mérito*) ou *juízo antecipado da causa penal* (equivalente ao do *meritum causae*).

b) *Procedimento sumaríssimo*

Deve ser ressaltado, outrossim, que o *procedimento sumaríssimo*, bem mais simplificado, como de mister, do que o *sumário* (cf. ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*, Porto Alegre, 1977, pág. 23, nº 4: “O superlativo deve

indicar o grau máximo de sumaridade formal”), constitui, indubitavelmente, uma inovação deveras original.

Tem-se em vista, com a sua implantação, a realização de julgamento da causa em imediata seqüência à prática da infração penal.

Assim é que se dispensa, em casos que tais, a efetuação de inquérito, incumbindo à autoridade policial, apenas, registrar o fato (mediante, certamente, a lavratura de “Boletim de Ocorrência”), ordenar a realização de exames de corpo de delito e outros que se façam necessários, e encaminhar os papéis que os documentam ao juiz competente.

Essa apresentação deve ser feita *imediatamente* ao juiz em exercício nos denominados *Juizados Especiais*, onde tiverem sido instalados e com funcionamento previsto para até vinte e quatro horas diárias — inclusive em sábados, domingos e feriados —, ou no momento inicial do expediente do primeiro dia útil subsequente, ao juiz de Vara Criminal da Comarca.

E, ao ensejo, o órgão jurisdicional deve dar vista dos aludidos documentos ao Promotor Público oficiante, e também necessariamente presente, para: *a)* promover o arquivamento das peças de informação; *b)* solicitar a adoção do *rito sumário*, quando houver vários acusados, concurso de crimes, crime continuado ou a complexidade dos fatos exigir procedimento mais amplo (modificação, aliás, igualmente possível, *de procedimento sumário a ordinário*); ou *c)* oferecer denúncia.

A acusação efetua-se, então, oralmente, reduzindo-a o escrivão a termo, do qual deve constar, também, a *designação da audiência de instrução e julgamento dentro de, no máximo, dez dias*, e a *ordem de citação*, que se concretiza com a entrega de cópia ao acusado.

A realização da audiência é *inadiável*, podendo ocorrer em qualquer das vinte e quatro horas do dia, nos *Juizados Especiais*, e no horário do expediente forense nos demais Juízos. E ao acusado, além da *atuação defensiva*, propriamente dita (por defensor constituído ou público), concede-se a possibilidade de *aquiescência à acusação* (instituto previsto para as infrações a que cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, correspondente ao pagamento de determinada quantia, uma só vez, em especificadas circunstâncias, e sem qualquer resquício no tocante à primariedade), que propicia a *extinção do processo sem julgamento do mérito*.

Isso não acontecendo, e recebida a acusação, procede-se à instrução e ao debate, não havendo lugar para a suspensão dos trabalhos, em hipótese alguma: a audiência deve terminar, sendo permitido, apenas, que, não se encontrando o juiz habilitado a proferir sentença, desde logo, a publique no prazo de cinco dias.

Exige-se, como visto, o máximo de *concentração* e *oralidade*, que tem como corolários óbvios, além daquela, o *imediatismo* e a *identi-*

dade física do juiz, num procedimento oral por excelência (cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro - São Paulo, 1965, vol. I, pág. 67, nº 37; com lastro em doutrinação de LUIZ MACHADO GUIMARÃES e NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO - RICARDO LEVENE).

c) *Órgão colegiado de primeira instância*

Outra especial novidade da Reforma projetada, relativamente, ainda, às causas de procedimento sumaríssimo, é a instituição do denominado *órgão colegiado de primeira instância*.

Visando ao desafogo dos trabalhos dos órgãos jurisdicionais de segundo grau de jurisdição, a criação, onde possível e conveniente, de *colegiado competente para o julgamento dos recursos contra os atos decisórios proferidos pelo juiz singular* (e, obviamente, pleitos e incidentes correlatos) presta-se, outrossim, à concretização do ideal de *celeridade na prestação jurisdicional*, que domina o processo moderno (cf., a respeito, meu *Do julgamento conforme o estado do processo*, 2ª ed., São Paulo, 1982, pág. 44, nº 20).

E tem-se em vista, com ela, como a denominação deixa entrever, a composição de corpo julgador por juizes de primeiro grau, em exercício nas Varas dos *Juízados Especiais* ou de Comarcas da mesma Circunscrição Judiciária nas quais estes não sejam instalados, para a reapreciação das mencionadas causas, havendo recurso, bem como para o exame de pedidos que lhes sejam conexos ou incidentais.

Como expressa o dispositivo que lhe diz respeito, e especificado aos recursos,

“Os processos de competência recursal de Órgão colegiado de primeira instância continuarão, em sua tramitação, no juízo de origem, incumbindo ao escrivão encaminhar os autos ao órgão do Ministério Público oficiante no recurso e, sucessivamente, ao juiz que deva atuar como relator, de acordo com o disposto na legislação local de organização judiciária, que deve estabelecer, também, a composição, a direção e o funcionamento do órgão, bem como o local e o número de sessões de julgamento”

Fácil fica de perceber, de resto, mediante a simples leitura do texto transcrito, que à legislação local de organização judiciária é deixada a complementação da estrutura e da disciplina da atuação do *órgão colegiado de primeira instância*, cuja utilidade a prática forense encarregar-se-á de mostrar em não muito largo tempo.

d) *Aditamento da denúncia*

Referentemente, já agora, aos *procedimentos ordinário e sumário*, deve ser anotada inovação de acentuada relevância no tocante ao *aditamento da denúncia*.

Estabelecida a regra genérica da *ordenação procedimental*, segundo a classificação legal do fato tido como infração penal, de sorte a fixar-se, de logo, o conteúdo da acusação, quando do proferimento do *ato decisório de saneamento do processo*, somente ao final da instrução torna-se possível aditar a denúncia.

É preciso lembrar, a tal propósito, que, no sistema procedimental projetado, ao sanear o processo, recebendo a proposição acusatória, o juiz deve designar data e hora para a realização da audiência de instrução e julgamento.

Nesta, única e una, há lugar para a produção de todas as provas faltantes, a saber: interrogatório do acusado, esclarecimentos dos peritos, declarações do ofendido, inquirição das testemunhas arroladas na acusação e na defesa, acareações, reconhecimento de pessoa e de coisa, e outras entendidas necessárias pelo juiz.

E, após finda a instrução, é dado ao Ministério Público pedir vista dos autos para aditar a denúncia, mediante termo imediatamente lavrado.

Essa providência, admitido que seja o *aditamento da denúncia*, implica a interrupção dos trabalhos da audiência, por tornar-se imprescindível a oportunidade de complementação da atuação defensiva do acusado, inclusive com novo interrogatório e inquirição de outras testemunhas que venham a ser arroladas, em subsequente momento processual (v., a respeito, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1955, vol. IV, págs. 96 e segs., nº 757).

Caso contrário, não havendo aditamento ou sendo ele rejeitado, prossegue-se na realização da audiência, com o debate e o julgamento ou, quando a causa apresentar questões complexas, de fato e de direito, com o deferimento a outra oportunidade da apresentação de alegações escritas e da pronúncia da sentença de mérito.

5. Procedimento recursal

Por outro lado, destaque particular deve ser dado à *simplificação do procedimento recursal*.

É que, em consonância com a exigência de atendimento à verificação dos pressupostos objetivos dos recursos em geral, se coloca diante dos trabalhos de reformulação legislativa a indispensabilidade de *adequação da impugnativa ao ato decisório recorrível*.

Ora, com técnica símile à do Código de Processo Civil em vigor, dos atos decisórios prescritos sentenças, decisões interlocutórias e despachos, — estes são *irrecorríveis*. E, enquanto *da sentença cabe apelação*, a *decisão interlocutória* desfavorável *reclama agravo de instrumento* para a sua revogação ou reforma.

Reduzem-se, destarte, a *dois* os recursos admissíveis contra atos decisórios proferidos no procedimento em primeiro grau de jurisdição — o *agravo de instrumento* (aqui também, o propriamente dito e o *retido*) e a *apelação*. Até porque, não sendo, realmente, recurso os *embargos de declaração* encontram-se regulamentados, de acordo com a natureza jurídica que ostentam, como *incidente de complementação de julgamento* carente de clarificação (v. meu *Curso de Direito Processual - Processo Civil de Conhecimento, II*, São Paulo, 1976, págs. 333/334, nº 1; e, no mesmo sentido, HÉLIO TORNAGHI, *Curso de Processo Penal*, São Paulo, 1980, vol. II, págs. 352/353).

Já num plano superior, *três* são os recursos cabíveis contra acórdãos de órgãos colegiados: *embargos infringentes*, *recurso ordinário constitucional* e *recurso extraordinário*.

Os *embargos infringentes* apresentam-se algo diferenciados dos previstos atualmente.

Sua admissibilidade restringe-se aos julgados não unânimes, em grau de apelação ou em revisão criminal.

Além disso, não mais são pertinentes, tão-só, ao acusado, podendo opô-los, também, o Ministério Público quando, por votação majoritária, o acórdão da apelação reformar a sentença condenatória, em benefício do acusado.

O *recurso ordinário constitucional* e o *recurso extraordinário*, cuja admissibilidade resulta de preceituações constitucionais, prestam-se, a seu turno, como é notório, para enfrentar, respectivamente, ato decisório denegatório de *habeas corpus*, proferido por tribunais federais ou estaduais, e acórdão lavrado em única ou última instância pelos órgãos colegiados de segundo grau, nas circunstâncias estabelecidas no artigo 119, inciso III, da Constituição da República (com a redação da Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969).

A legislação projetada cuida, apenas, como de mister, da complementação legislativa dos preceitos constitucionais em que instituídos ambos os recursos, quanto ao processamento no juízo de origem, já que no Supremo Tribunal Federal o procedimento é regulamentado pelo seu regimento interno (cf., ainda, a Carta Magna do país, artigo 119, § 3º, letra *c*, com a redação da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977; e, *in genere*, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal* cit., vol. IV, págs. 316, nº 1.133, e 324, nº 1.138).

6. Utilização de gravação sonora ou equivalente

Preocupado também, em diversificado aspecto, com a morosidade e o obsoletismo dos meios empregados, atualmente, na realização das audiências, em especial quanto à colheita da prova oral, o examinado

lavor de elaboração legislativa introduz, onde possível e conveniente, a *utilização do sistema de gravação sonora, ou equivalente*.

Nesse caso, devem ser observadas as seguintes regras genéricas: *a)* transcrição, por escrito, do conteúdo da gravação deve ser juntada aos autos do processo, no prazo de cinco dias; *b)* nos cinco dias subseqüentes qualquer das partes pode requerer a conferência dessa transcrição com a gravação, em sua presença e no prazo máximo de quinze dias; *c)* a gravação deve ser conservada em cartório até o dia em que a sentença transitar em julgado; *d)* sendo esta proferida em audiência, o prazo para recorrer inicia-se na data da juntada da transcrição da gravação aos autos do processo; *e)* havendo retificação da transcrição, em virtude da conferência procedida, faculta-se ao requerente o aditamento das razões de recurso, no prazo de cinco dias.

Desnecessário torna-se, por certo, enfatizar as vantagens do uso dos modernos processos eletrônicos com a finalidade de agilizar, também, os trabalhos das audiências.

E isso, principalmente, quando se tenha presente a igualmente estatuída determinação de que as perguntas das partes e do assistente do Ministério Público sejam feitas, diretamente, ao inquirido, sob a fiscalização do juiz.

Coibida assim, aliás, qualquer prática abusiva do integrante do processo, colaborador da Justiça Penal e submisso, sempre, à supervisão do Magistrado dirigente do procedimento, fica por terra, *concessa venia*, a conhecida objeção de que os inquiridos venham a exprimir as palavras desejadas pelo inquiridor.

Além do que, longe de representarem resultado de atuação incorreta, os depoimentos gravados apresentam-se, inegavelmente, fiéis às informações prestadas pelo depoente, eis que expressas por suas próprias palavras (o que, como é notório, e infelizmente, muitas vezes não acontece na atualidade.).

7 Medidas alternativas à prisão provisória

No tocante ao também novidadoso *poder de aplicação, pelo juiz, de medidas alternativas à prisão provisória*, resulta ele, a exemplo do que acontece com a implantação de novo sistema de penas, especialmente as *restritivas de direitos*, na Parte Geral do Código Penal, das recomendações da Organização das Nações Unidas, em Congresso realizado em 1980 na cidade de Caracas, Venezuela, sobre "Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente"

Como clarificado pelo eminente Professor FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, Coordenador da Reforma Penal, em excelente artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1981, vol. 544, págs. 471 e seguintes, sob o título "Prevenção do crime e tratamento do delinqüente", dentre as medidas a serem empregadas no combate à crimi-

nalidade coloca-se a “*desinstitucionalização*” do “*sistema correccional*” existente, assim explicada:

“Consiste ela na substituição da privação da liberdade, nas fases pré-judicial, judicial e pós-judicial, para todo acusado ou condenado que não esteja, por ausência de periculosidade, a exigir essa medida extrema, dispendiosa, prejudicial à família e ao Estado e já desacreditada. No documento de trabalho anteriormente referido (A/CONF. 87/7), catalogou a Secretaria da ONU extenso rol de medidas, igualmente punitivas, que poderiam, com enorme vantagem, substituir a privação da liberdade, para certos delinquentes. Essa desinstitucionalização, que não pode ser simplesmente importada de outros países, é concebida, basicamente, como parte expressiva de um programa de reforma penal, a ser elaborado segundo critérios que se ajustem à realidade cultural de cada país”.

Evidente é, outrossim, que a nossa Reforma Penal encampa essa criteriosa idéia.

Estabelecendo na Parte Geral do Código Penal as *penas restritivas de direitos*, autônomas, destinadas a substituírem as privativas de liberdade e de três espécies (*prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana*), prevê, igualmente, no Código de Processo Penal, as *medidas alternativas à prisão provisória*.

Estas, em enumeração não taxativa, são as seguintes: *a*) proibição de ausentar-se da comarca, do domicílio ou da residência; *b*) proibição de freqüentar determinados lugares; *c*) obrigação de comparecer às audiências e atos do processo; *d*) prestação de assistência material à vítima ou a seus dependentes, se o indiciado ou acusado voluntariamente apresentar proposta neste sentido; *e*) obrigação de submeter-se a tratamento médico ou psiquiátrico; *f*) interdição provisória de certos direitos; *g*) obrigação de prestar determinados serviços não remunerados à comunidade, quando possível, fora do horário de trabalho normal, se o indiciado ou acusado voluntariamente apresentar proposta nesse sentido; e *h*) obrigação de apresentar-se periodicamente ao juiz, em dia e hora por este estabelecidos.

Esclarecido, ainda, que, operando-se a *substituição da prisão provisória* por qualquer delas (aplicáveis, aliás, também cumulativamente), despiendo afigura-se enfatizar sua importância e conveniência relativamente à evitação de encarceramento do indiciado ou acusado que dele não necessite para a sua recuperação.

8. Reprimenda à criminalidade violenta

Este, mesmo provisoriamente, deve ser destinado aos denominados *prisioneiros residuais*, em especial *criminosos violentos*.

Prevê-se, com efeito, o “fortalecimento do instituto da *prisão preventiva* com referência ao delinqüente perigoso, nos casos dos crimes de roubo, latrocínio, extorção, seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto não consensual, quadrilha ou bando, e tráfico de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica” (grifado).

E, da mesma maneira, estabelece-se a *prisão temporária*, sobretudo para os autores de qualquer das infrações penais apontadas.

Essa nova modalidade de prisão provisória, por sua vez, é introduzida com a finalidade de preencher o espaço vazio que se põe entre a inexistência de prisão em flagrante delito e a inadmissibilidade, dada a falta de concorrência dos respectivos requisitos, de decretação da prisão preventiva.

Sua determinação, uma só vez, é da *competência de autoridade judiciária*, em conformidade com o disposto no artigo 153, § 12, da Constituição Federal (com a redação da Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969), e o prazo, *improrrogável*, de apenas cinco dias.

Prestando-se, ainda, para a legalização do encarceramento provisório, de sorte a obviar conhecida e corrente prática afrontosa da lei, pelas autoridades policiais, tais vantagens dessa espécie de prisão cautelar foram já patenteadas em meu livro intitulado *Persecução penal, prisão e liberdade*, São Paulo, 1980, págs. 256/257, nº 8, em que se apresentam, absoluta e necessariamente, reclamantes de urgentes soluções, a saber:

“Por um lado, bem é de ver, não se pode protelar mais a dotação de eficácia maior, considerável, sob qualquer angulação, no combate à *criminalidade*, principalmente à caracterizada pela *violência* de certos agentes do ilícito penal.

Por outro, não se violentará, de modo algum, o direito de liberdade do cidadão cuja imaginada ou verificada prática criminosa se esteja apurando, já que permanecerá a garantia de não ser preso senão em flagrante delito ou em razão de ordem escrita de autoridade *competente* (como, aliás, e corretamente, determinado, a idêntico propósito, no § 4º do art. 99 do Código de Menores — Lei nº 6.697, de 10-10-1979).

Preservada, como de mister, a sua liberdade jurídica, estar-se-á atingindo, também, a finalidade do processo penal, cujo mais relevante dado é a apuração da verdade material; e isto, ao mesmo tempo em que se estará provendo, quando exigível, à garantia da ordem pública, ou à conveniência da instrução criminal ou, ainda, à aplicação da lei penal (cf. art. 312 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 5.349, de 3-9-1967)”

Dúvida alguma pode haver, portanto, segundo me parece, acerca da validade e da utilidade da adoção do instituto da *prisão temporária*, em nosso novo processo penal.

9. Procedimento nas causas de competência do Tribunal do Júri

Arraigado à consciência do nosso povo, o *Tribunal do Júri* tem competência, definida no artigo 153, § 18, da Carta Magna da República (com a redação da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969), para o *juízo dos crimes dolosos contra a vida*.

Como antes frisado, dadas as características das causas penais a estes referentes, *especial*, na expressão da palavra, apresenta-se o respectivo procedimento. E, igualmente, deveras simplificado.

Assim é que, em primeiro lugar, dada a estruturação da denúncia, peculiarizada à proposição do julgamento do acusado pelo *Tribunal do Júri*, desnecessária torna-se a manutenção do libelo-crime acusatório, por isso suprimido.

Por outro lado, a conformação do ato decisório de saneamento do processo, no sistema procedimental delineado, inclusive com a fixação da classificação legal do fato e do conteúdo da acusação, implica a singeleza da decisão da pronúncia, que prescinde de motivação (exceto se for o caso de revelia ou de outra circunstância determinante da prisão preventiva do acusado).

As regras atinentes ao julgamento também o simplificam no todo, salientando-se a referente à formulação de quesitos, genericamente prescritos para que haja uniformidade de atuação nos mais diferentes rincões do Brasil.

De resto, e para não alongar, ainda mais, esta já demorada exposição, ganha relevo a *regionalização do Tribunal do Júri*, a ser especificada pela legislação local de organização judiciária e cujas vantagens emergem da simples lembrança da possibilidade maior de julgamento imparcial, por isso mesmo que justo.

10. Exame criminológico

Polêmico por excelência, o *exame criminológico* vê-se deslocado para o seu local apropriado, ou seja, para o *processo de execução*.

Passa, portanto, a ser regulamentado pela *Lei de Execução Penal*.

E, com efeito, o momento processual adequado para a verificação dos elementos marcantes da personalidade do infrator da lei penal, como se encontra ela estruturada e qual o modo pelo qual se desenvolve — assim também as razões do comportamento do agente, em confronto com os dados circunstanciais da prática criminosa, — é o correspondente ao da *execução da pena privativa de liberdade*.

É que aludido exame somente deve ser admitido *após a declaração da culpa ou da periculosidade do acusado*, mediante sentença proferida ao final do processo de conhecimento.

E, distinto do *exame da personalidade*, com o qual guarda relação de espécie a gênero, faz-se obrigatório, obviamente, para os condenados a *pena privativa de liberdade em regime fechado*, com a determinação de seu enquadramento nas diversas categorias da coletividade penitenciária.

11. Posicionamento dos sujeitos do processo penal

Incontroverso é, por outro lado, que a *apuração da verdade material* constitui dado relevante do precípua escopo do processo penal, cujo fundamento imediato, como acentuado, é a *liberdade jurídica do acusado*.

Assim também que tal finalidade só pode ser atingida mediante a tributação de *inquisitividade* à atuação dos agentes de persecução penal e, especialmente, ao poder direcional do órgão jurisdicional durante o desenrolar da segunda fase desta: a verdade deve ser perseguida incessantemente, de modo que se preserve a liberdade do inocente e se imponha a sanção adequada à infração penal cometida, isto é, à punição merecida pelo culpado (cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal* cit., vol. I, pág. 130, nº 67; e meu *Persecução penal, prisão e liberdade* cit., pág. 207, nº 4, c).

JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Processo penal, ação e jurisdição*, São Paulo, 1975, págs. 193/194, nºs 74 e 75, explicando a diferença entre o procedimento *ex officio*, em que se substancia o *processo penal inquisitório*, e a *inquisitoriedade* ínsita à *persecutio criminis* (infeliz e correntemente confundidos pela doutrina e pela jurisprudência pátrias.), veementiza que o nosso “juízo criminal é inquisitório até nas ações exclusivamente privadas”

Realmente, o processo penal moderno delinea-se *inquisitório*, na sua essencialidade, *substancialmente*, quer na fase pré-processual, quer na fase pré-processual, quer na da instrução criminal.

Esta, outrossim, para atendimento da necessidade do *contraditório indisponível* que a caracteriza (inclusive por força de preceituação constitucional, qual seja a do artigo 153, § 16, da Lei das Leis, com a redação da Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969), realiza-se sob a *forma acusatória*, assemelhando-se a um processo de partes (cf. JÚLIO B. J. MAIER, *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público*, Buenos Aires - Córdoba, 1975, págs. 13 e seguintes, nº 1). Vale dizer, na fase da *ação penal*, o processo faz-se, *formalmente*, no tocante ao procedimento, *acusatório*.

Aludida peculiaridade, marcante, reclama, em primeiro lugar, que os órgãos de acusação e de defesa se apresentem como *colaboradores*

do agente do Poder Judiciário na perquirição da *verdade material*. E, noutro aspecto, que, no regime de *contradição recíproca* determinante de sua atuação, assim que aclarada a realidade o órgão do Ministério Público se poste em consonância com ela, quer pleiteando a absolvição do denunciado, quer apelando de sentença condenatória ou, até, segundo entendimento que tenho propagado, impetrando *habeas corpus* em favor do indiciado ou acusado.

Isso tudo mostra como distinto do processo civil é o processo penal. Mas não deixa, também, de conotar a necessidade de posicionamento rigorosamente técnico dos sujeitos deste.

Atendendo-a, as Comissões elaboradora e revisora do *Anteprojeto do Código de Processo Penal* conferem ao órgão jurisdicional o *poder de decisão*, com exclusividade, como de mister.

Já o Ministério Público, também com exclusividade, e como agente estatal da *persecutio criminis*, assume a *titularidade da ação penal* dita pública, abolido que se encontra, de vez, o *procedimento de ofício*.

E, finalmente, ao cidadão às voltas com a Justiça Criminal confere-se atuação multifária em prol da assecuração de sua liberdade jurídica, tanto no âmbito de ação penal de natureza condenatória, como pela utilização de ações e medidas tendentes a resguardá-la.

12. Regulamentação mais expressiva do “habeas corpus”

Dentre estas, avulta, indubiosamente, o *habeas corpus, garantia constitucional* mediante a qual se protege a *liberdade física* do indivíduo (cf. PONTES DE MIRANDA, *História e prática do “habeas corpus”*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1962 pág. 249, nº 1, VICENTE SABINO JÚNIOR, *O “habeas corpus” e a liberdade pessoal*, São Paulo, 1964, pág. 4, nº 1; Constituição Federal, artigo 153, § 20, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969).

Tal, aliás, é a sua importância, que se o equipara à própria *liberdade* que visa a amparar.

Como acentua PONTES DE MIRANDA, *in op. et loc. cit.*,

“Sem a liberdade de ir, permanecer e vir, não há, nem pode haver, por mais que se sofisme, as demais liberdades. É tipicamente, a *liberdade-condição*, sem a qual não se podem exercer cargos públicos ou particulares, funções honoríficas ou políticas. ‘É o próprio homem, porque é sua vida moral, a base de todo o seu desenvolvimento e perfeição, a condição do gozo de sua inteligência e vontade, o meio de perfazer os seus destinos; e salvaguarda de todos os outros direitos’, dizia PIMENTA BUENO. ”.

Daí a indispensabilidade de alargar os horizontes do *habeas corpus*, concretizada na legislação projetada, com a especificação de número

bem mais alentado de casos de cabimento, como quando, *e. g.*, o cerceamento da liberdade for ordenado ou efetuado sem as formalidades legais ou a sentença não se conformar com a imputação.

Assim também a *concessão de liminar*, quando a demora no deferimento da ordem puder torná-la ineficaz; o processamento sumaríssimo da impetração e a inclusão de dispositivo, excludente de qualquer dúvida, a respeito da legitimidade do Ministério Público para impetrar *habeas corpus* em favor de membro da comunhão social.

Tudo, enfim — até mesmo a utilíssima intervenção do Ministério Público no processo de *habeas corpus* impetrado perante tribunais, — alvitrado para que o instituto ganhe a dimensão que a sua expressividade exige da legislação ordinária, complementar da constitucional.

III — CONCLUSÃO

13. Derradeiras observações

Essas são, na mais apertada síntese possível, as principais informações reclamadas pelo estudo sucinto da *relevância processual da Reforma Penal*.

E, dado o incontornável alongamento da exposição, penitencio-me com a expressão de VIEIRA, pedindo escusas “por não ter tido tempo de ser breve”

Agradeço, outrossim, a atenção que me foi dispensada pelos distintos ouvintes e fico na expectativa de outra oportunidade em que possamos aqui debater, mais concretamente, os mais importantes aspectos da nova Codificação processual penal brasileira.

CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

Memórias sobre Cardozo Mello Neto, Sampaio Dória e Soares de Faria

A Redação

Discurso pronunciado a 11 de agosto de 1983 no Salão Nobre da Faculdade em homenagem ao centenário de nascimento dos excelentíssimos professores J. J. Cardozo Mello Neto, Antonio de Sampaio Dória e Sebastião Soares de Faria. A narrativa exposta é do Professor Doutor Geraldo de Camargo Vidigal, mestre sempre atento aos acontecimentos desta escola.

Comemoramos hoje novamente, em nossas Arcadas, o 11 de Agosto, cento e cinquenta e seis anos após a instituição dos cursos jurídicos no Brasil, após o nascimento das Faculdades irmãs de São Paulo e de Olinda, 80 anos após a fundação do nosso Centro Acadêmico XI de Agosto.

A lógica da História tornaria o 11 de Agosto de 1827, em São Paulo, o divisor de águas entre a epopéia das bandeiras, e saga da abertura do território brasileiro, a confrontação com os emboabas, a multiplicação de manifestações de disposição bélica — fatos característicos dos três primeiros séculos de vida de nossa cidade — e a sedimentação, desde 1827, em São Paulo, de padrões de comportamento de marcante inspiração ética. A presença de São Leopoldo, de Costa Carvalho, de Júlio Frank, de Líbero Badaró, de Castro Alves, de Campos Sales, de Ruy Barbosa, de tantos estudantes e mestres de São Francisco que hoje reverenciamos na memória de Cardozo de Mello Neto, de Sampaio Dória, de Soares de Faria, transformaram a aguerrida Piratininga das Bandeiras, da Independência, ainda vive em 1842, na generosa São Paulo da Abolição, da pregação republicana, da Liga Nacionalista, da Revolução Constitucionalista — e da Resistência à ditadura do Estado Novo, vivida, entre 1937 e 1945, pela minha geração acadêmica e pelos professores cujos nomes invoquei.

O ano dos três nascimentos, 1883, é apenas uma das circunstâncias que relacionam as figuras de Cardozo, de Dória, de Soares de Faria. A Academia do Largo de São Francisco envolveu-os do mesmo halo. O acendrado amor que votaram à Justiça, à Liberdade, à Orga-

nização Social, ao aprimoramento político, à Ciência do Direito, e à qualidade, que tiveram, de Professores desta Casa, a todos atribuiu um selo peculiar — a marca enobrecedora de São Francisco.

Na riqueza e na amplitude de suas diferentes personalidades, entretanto, que intensa afirmação peculiar de vida assinalou a presença de cada um daqueles três Mestres cujo centenário hoje comemoramos — todos eles graduados em Direito em nossas Arcadas, todos catedráticos, por concurso, da Faculdade de Direito de São Paulo.

Dentre eles, estive sempre muito próximo do meu querido Professor Cardozo de Mello Neto.

Ainda menino, morei por muitos anos em casa vizinha à sua, à Rua Veiga Filho. Adolescente, ouvi os ecos da destacada atividade política que desenvolveu como deputado à Assembléia Constituinte, fruto da Revolução de 32. Governador de São Paulo a partir de dezembro de 1936, sucedendo a Armando de Salles Oliveira, que se desincompatibilizara para disputar a Presidência da República, Cardozo de Mello teria como um de seus mais íntimos colaboradores Gastão Vidigal, meu tio, o mais velho dos cinco filhos homens de Afrodísio Vidigal, que liderava, com talento e dinamismo, o clã em que se constituía então o nosso grupo familiar.

No deslumbramento e na ingenuidade dos meus 15 anos, eu me sentia participante do Governo Cardozo de Mello, porque em seus quadros se destacava a atividade brilhante do Secretário da Fazenda.

A cartada fascista de Vargas, em 10 de novembro de 1937, lançou em um dilema os que integravam o Governo Cardozo Mello Neto. Não havia condições para resistência armada ao golpe: a opção estava entre abandonar o governo paulista aos homens do ditador, ou tentar preservar faixas de autonomia do Estado, permanecendo à frente dele.

Enérgico e combativo, mas lúcido e sereno, escolheu Cardozo a a solução que o amor à terra bandeirante impunha, mantendo-se à frente do governo estadual e resistindo nele ao irridentismo da corte por uns poucos meses, ao fim dos quais se viu substituído, porque recusava “colaborar”.

Voltou Cardozo a lecionar em nossa Faculdade, cujas Arcadas eu já então frequentava, como aluno do Curso Prejurídico a ela anexo.

Em 1940, calouro da São Francisco, ouvi de Cardozo de Mello, em suas aulas de Economia Política, a pregação eloqüente de sua “Escola Intermédia”, que recusava as posições radicais do liberalismo individualista e do coletivismo.

O brilho, a grandeza, a generosidade das idéias expostas, aliaram facilmente o calouro que já trazia, em relação a Cardozo de Mello Neto, a receptividade de sentir-se a ele muito ligado.

Cardozo foi Diretor da Faculdade, enquanto era acadêmico, desempenhando-se com grandeza dessas altas funções.

Fui, depois, por muitos anos, advogado de instituição financeira que Cardozo de Mello Neto presidia; convidado pela Faculdade, por inspiração de Cardozo, pronunciei na Sala João Mendes conferência quando do centenário do grande advogado Cardozo de Mello Júnior, pai do Professor. Recebi, depois, de Cardozo, já aposentado, estímulo, apoio e sugestão de estudos a fazer — quando decidi candidatar-me à livre-docência, em nossa Faculdade, exatamente na disciplina que ele havia lecionado, Economia Política.

A derradeira manifestação de seu apreço, tive-a quando de sua morte. Certamente por inspiração sua, atribuíram-me o encargo de organizar o inventário dos bens que deixou. Soube, então, que morrera pobre o grande advogado, o professor de Direito, o deputado constituinte, o governador de São Paulo, o presidente de instituição financeira. Sua retidão, sua sobriedade, sua generosidade, seu espírito, afeito aos ideais mais nobres e desinteressado dos bens materiais, distanciaram-no das preocupações de fazer fortuna.

Como discípulo do Professor Cardozo, como seu colega, como seu amigo, como seu advogado, aproximei-me de muitos ângulos da atividade que desenvolveu.

Estava Cardozo sempre atento aos pró-homens que foram edificando a paisagem cultural da terra bandeirante, voltando-se muito especialmente para aqueles que se formaram à sombra das nossas Arcadas.

Os perfis de José Bonifácio, o Moço, de Cândido Mota, de Azevedo Marques, de Alcântara Machado, de Almeida Nogueira, de Sebastião Soares de Faria, de Almeida Júnior, de Dino Bueno, de Dario Ribeiro, entre tantos outros, documentam essa faceta das manifestações de seu amor pela “gleba circunscrita”, de que falaram Alcântara Machado e Guilherme de Almeida, pelo “território livre”, que nossos acadêmicos cultuam.

Ao longo de toda a carreira política de Cardozo, de sua vida de professor e de advogado, há permanente coerência no apego aos ideais de Justiça e de Liberdade, na pesquisa às linhas de combinação dos interesses sociais e individuais, reclamadas por sua Escola Intermédia.

Em discurso proferido no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, no Rio de Janeiro, em 19 de julho de 1930, quando o fascismo vitorioso atraía oportunistas em todo o mundo, denunciava Cardozo:

“Será preciso respigar mais na seara fascista, para fazer ressaltar que tal regime se chama absolutismo, e um Estado assim firmado não é senão a divinização e a organização da ditadura?”

O fascismo é a antítese da democracia, o desconhecimento da existência de leis econômicas inelutáveis, a negação do Direito e a entronização da força”.

No desempenho das funções de representação política na Câmara dos Deputados, um sem número de questões nacionais relevantes teve sua participação: leis orçamentárias, leis tributárias, cunhagem de moeda, os mecanismos da Carteira de Redescontos do Banco do Brasil, o funcionamento do Tribunal de Contas, pretensões de anistia fiscal, aspectos da discriminação constitucional de rendas tributárias, a defesa do imposto de renda como aprimoramento à distribuição social de riqueza, isenções fiscais para a comercialização do sal, a indústria da eletricidade, a indústria jornalística, aspectos dos processos da naturalização, entre inúmeros outros temas, receberam sua atenção, tiveram pareceres seus e manifestações suas, foram objeto de discursos que proferiu e de significativa atividade em comissões legislativas.

Como advogado, seus trabalhos profissionais, materializados em pareceres, em arrazoados, em memoriais, versaram sobre problemas judiciais extremamente variados. O conceito de empresa, a noção de bem móvel, o seguro mútuo, os deveres de testamenteiro, a prova do domínio nas reivindicações, a queixa crime por injúria promovida por descendentes, as condições de validade da partilha nos inventários, problemas de responsabilidade civil, os critérios da indenização nas desapropriações, aspectos financeiros do desmembramento de municípios, os deveres dos desquitados por dívidas do casal, a prescrição das ações de divisões, a posse na propriedade comum, aspectos do contrato enfiteutico, questões de direito intemporal, concurso de credores, situação dos diferentes credores no litígio por coisa divisível, a injúria entre cônjuges e o dever de co-habitação — toda a gama das preocupações do advogado tradicional brasileiro se revela nos trabalhos que deixou tratados os diferentes temas por pena de mestre, no amplo âmbito das controvérsias civis e comerciais.

Sei que Cardozo de Mello Neto era homem que se entregava a seus entusiasmos. Já Antonio de Sampaio Dória, que só conheci à distância, parece, visto em sua obra, vigiar-se e policiar-se para que a serenidade prevalecesse sobre as paixões.

Para essa atitude, influíram decisivamente, com certeza, os estudos científicos a que se dedicou nas áreas da psicologia e da pedagogia, estudos que frutificaram em obras publicadas tendo por terra “A Mocidade e o Caráter”, “Educação Moral e Econômica”, “Metodologia do Ensino”, “O Método nas Ciências Sociais”, “Pluralidade Educativa e Educação da Memória”, “Psicologia” e inúmeros outros anseios que dizem de seu apreço pela ciência.

Foi em razão desses estudos e de sua proveitosa experiência anterior no magistério particular que, muito antes das publicações referidas, Antonio de Sampaio Dória, em notável concurso de provas e títulos, recebeu em 1914 sua nomeação para Professor Catedrático de Psicologia, Pedagogia e Educação Cívica da Escola Normal de São Paulo.

Nomeado, em 1920, Diretor-Geral da Instrução Pública em nosso Estado, dedicou-se à luta contra o analfabetismo, escrevendo sobre o tema páginas contidas e no entanto candentes.

No exercício dessas funções, estruturou ampla reforma do ensino primário e promoveu o primeiro recenseamento escolar em nosso Estado.

Descontente com opções adotadas pelo Governo no ensino primário, exonerou-se do cargo, com a seriedade de quem preserva sua coerência. Vale a pena reproduzir página de Sampaio Dória sobre o analfabetismo no Brasil:

“O analfabetismo das massas é incompatível com a civilização mais elementar.

O Brasil, repleto de riquezas latentes, só será realmente uma nação poderosa e triunfante, se os seus governos primarem no propósito, decisivo e obstinado, de alfabetizar o seu povo.

A alfabetização do povo é, na paz, a questão nacional, por excelência.

A solução deste problema nacional de vida e morte, há de começar pelo Estado de São Paulo.

É de São Paulo que há de irradiar, por todo o Brasil, a solução definitiva do problema, praticando o modelo que atraia, entusiasme e seduza os governos dos demais Estados”.

Podia Dória confiar em que assim seria, porque estava ele à frente da campanha contra o analfabetismo e porque na verdade corria célere, em São Paulo, o processo de superação da chaga que marcava todo o Brasil de 1920.

As mais notáveis realizações de Sampaio Dória, entretanto, teriam por campo o Direito.

Aprovado em concurso para professor substituto de nossa Faculdade desde 1919, livre-docente a partir de 1925, disputou em 1926 a cátedra de Direito Público e Constitucional, conquistando-a em concurso no qual teve a Hermes Lima por competidor.

As numerosas obras de Direito publicadas pelo Professor Antonio de Sampaio Dória representam contribuição relevante à ciência do Direito Público. Compõem essa contribuição seus “Princípios Constitucionais”, a obra sobre “O Espírito das Democracias”, o ensaio “A Questão Social”, seu volume sobre “Problemas de Direito Público”, as lições que reuniu sob o título “Os Direitos do Homem” e principalmente seu “Curso de Direito Constitucional”, com seus dois tomos, cuidando o primeiro da Teoria Geral do Estado e o segundo dos Comentários à Constituição Federal de 1946.

Ministro da Justiça e do Interior no Governo Linhares, elaborou leis relevantíssimas que instrumentaram a preservação do frágil Estado brasileiro nascido da expulsão da ditadura Vargas, permitindo

que pudéssemos caminhar até a nova institucionalização trazida pela Constituição de 1946.

Dentre os textos que nos ficaram de Sampaio Dória, há de ser registrado aquele em que indica os caminhos de sua Escola Liberal Social:

“Uma terceira escola, porém, tenta o equilíbrio entre a autoridade e a liberdade. Não se inflama, como a individualista, na paixão da liberdade; nem conceitua, como ela, a autoridade de um mal que se tolera. Por outro lado, não se arde, como a socialista, na paixão da autoridade, nem conceitua, como ela, a liberdade, romantismo que passou. Mas põe a liberdade em primeiro plano, e, por isso, é liberal e reconhece, na sociedade, não só o escudo da liberdade como o órgão da justiça, e o promotor da solidariedade, e, por isto, além de liberal é social.

O princípio magno, que a tudo prevalece, é o de que a coação social só se organiza, para assegurar aos indivíduos o poder de ação ou omissão compatível com a existência e o desenvolvimento da sociedade.

Um segundo princípio está na base dessa terceira escola. É a solidariedade social.

Se a sociedade é só ambiente em que o indivíduo se faz homem, não se compreende que ele se desinteresse por ela. Antes, o que lhe cumpre, é contribuir com a sua inteligência, o seu caráter, o seu dinheiro e às vezes, até, com o seu sangue, para que a sociedade realize a sua missão.

O estado, sem destruir a liberdade individual, obriga cada um a cumprir certos deveres para com ela.

A ação do estado nesse terreno é condição de segurança jurídica e da liberdade.

Há um terceiro princípio que os fatos impõem. É o da cooperação social.

Se os indivíduos, só com suas forças, pudessem promover os benefícios de ação social, o estado poderia abster-se dela.

A ação do estado, então, se justifica, para suprir as deficiências individuais.

A boa regra é a que o estado só fará o que não puder ser feito pelos indivíduos. A sua missão é supletiva, e não privativa.

No dia em que se verificar que as iniciativas individuais e seus recursos bastam a realizar estes serviços, a ação do estado se torna inútil. A norma é sempre que

a sua ação é supletivo das deficiências individuais. Eis, em síntese, a doutrina liberal-social”.

O Professor Sebastião Soares de Faria deixou nas Arcadas o carinho filial do estudantado acadêmico.

Como advogado e como professor, que sempre quis ser, deixou o legado de seu talento, de sua erudição, de notável dedicação ao trabalho, da doçura com que sempre envolveu os que o rodeavam.

Educador nato, dedicado desde o final da adolescência ao ensino ginasial, veio a tornar-se, em 1934, livre-docente de Direito Comercial nas Arcadas e em seguida, em 1936, nosso Professor Catedrático de Direito Judiciário Civil.

Nas obras que deixou, além de ensaios sobre o ensino secundário, destacam-se os volumes publicados, tratando “Investigação da Paternidade Ilegítima”, “Da Concordata Preventiva”, “Do Abuso da Razão Social”, “Da Exclusão dos Sócios nas Sociedades de Responsabilidade Limitada”, além de um volume de “Pareceres e Comentários”.

Foram inúmeros os temas jurídicos que receberam sua atenção. Entre eles, por exemplo, o valor do testemunho, para a prova dos pagamentos; as situações que validam a decretação de falência, no processo de concordata preventiva; os efeitos da sentença homologatória dessas concordatas; efeitos do lançamento pelo comerciante em seus livros; conseqüências de aceitação, pelos devedores, da proposta de concordata; definição do chamado “período suspeito” das falências conseqüente à rescisão da concordata preventiva; os direitos dos portadores de frações de quotas, nas sociedades de responsabilidade limitada; conseqüências de morte de um dos sócios solidários, na sociedade comercial em comandita; efeitos da falência da sociedade sobre o sócio solidário; os limites de força probatória da triplicata levada a protesto; os efeitos do exercício de atos de gestão pelo sócio comanditário; o direito regressivo do coobrigado que paga duplicata; as formalidades para a admissão dos sócios em sociedade cooperativa; o direito à execução da garantia hipotecária pelo vencimento de um dos títulos cambiais que representem a dívida; a natureza jurídica da preposição mercantil; a caracterização do comerciante; a qualidade jurídica do comissário, na concordata preventiva; as situações que ensejam a destituição do síndico, na falência; a exclusão do sócio que não cumpre os deveres contratuais.

Não tive a felicidade de ser aluno seu. Circunstâncias fizeram, porém, que eu me formasse, não com seus companheiros de aulas acadêmicas, mas com a turma de 1945, que Soares de Faria ensinou durante três anos e que foi por ele paraninfada.

Sua oração de paraninfo, pronunciada quando apenas deixávamos o inferno do Estado Novo e o Inferno da Segunda Guerra, demorava-se na contemplação do verso de Dante:

“ .e quindi uscimmo a riveder le stelle”,
pois, celebrava o mestre, ecoando já então Milton, tínhamos então voltado a contemplar

“ .o céu da democracia, a estrada fulgurante da liberdade, a mais bela, a mais luminosa de todas, ‘fairest of stars’, última do cortejo da noite, segura precursora do dia, pois engrinalda, com a sua brilhante auréola, a manhã sorridente da vitória.”

Procurando fazer então o processo da Ditadura, Soares de Faria, com sua generosidade habitual, propunha fosse ela relegada ao esquecimento.

Seu amor ao Direito, seu sentimento de Justiça, sua altaneira se evidenciaram sempre.

Uma alocução que dirigiu aos estudantes de Direito de nossa Faculdade, em 1942, no auge da repressão do Estado Novo de Vargas, dá idéia de sua firmeza de princípios, de seu desassombro, de sua liderança.

Já então, “devolvida a soberania usurpada”, a atenção de Soares de Faria se concentrava em que se fizesse, da Constituição que se iria elaborar, “uma Constituição brasileira”, norteadas “pelas nossas tradições de liberdade, que consagre os princípios essenciais à liberdade humana, que possibilite os meios de sua defesa e de sua intangibilidade”, e que, ao lado das liberdades fundamentais, pudesse esculpir, “princípios estimativos que concedam ao trabalhador, na síntese de Recaséns Siches: a) um direito ao produto íntegro de seu trabalho; b) uma base mínima necessária para viver como ser humano”.

Vede, assim, a uniformidade do ideário de São Francisco, na voz de Cardozo Mello Neto, na de Sampaio Dória, ou na de Soares de Faria. Nas três descrições, a devoção à Justiça e à Liberdade, a adoção das posições da Escola Intermédia, da Escola Liberal Social, da Escola que reclama “princípios que orientem uma nova estruturação econômica”, garantidora do direito de viver, de ser economicamente livre”.

Sebastião Soares de Faria chegara à Faculdade por Orações de todos os mestres cujo centenário hoje cultuamos celebraram a grandeza da tradição e a presença das Arcadas na vida nacional.

Cardoso de Mello Neto, ao reverenciar a memória de Alcântara Machado e evocar a reconstrução do nosso prédio na década de 30, formulava perguntas e supria respostas.

“Onde está a Faculdade?, indagava. “No mesmo chão em que José Bonifácio, o Moço, ensinou e Ruy aprendeu”, respondia.

“Onde cantou e vibrou a voz da Mocidade durante um século e onde ela continua a expandir as alegrias da juventude e a vibrar uníssona pela Federação, pela Democracia social, pela Unidade da Pátria, por tudo quanto é nobre, justo, belo e cristão? Dentro das mesmas

e idênticas Arcadas, reproduzidas tal qual saíram das mãos de nossos antepassados.

Onde a Mocidade cultuou e continua a cultuar a memória do melhor dos amigos dos primeiros estudantes do Largo de São Francisco, senão no mesmo pequeno pátio onde sempre esteve, e ficará, aquele túmulo que é o símbolo da fraternidade acadêmica?

Em que se transformou a velha livraria? Na moderna biblioteca, acrescida, atualizada, catalogada e só então capaz de prestar serviços reais.

Onde está a galeria dos antigos lentes? Distribuída nas salas de aulas e da biblioteca.

Que é que foi destruído e merece ter sido conservado?

Nada."

Soares de Faria, ao pronunciar em 1942 sua "Oração de Parainfo", exclamava:

" .do velho prédio sobreviveram ou renasceram, as Arcadas, como um elo, ligando os dois edifícios, simbolizando a alma da Faculdade, que continua a mesma. Não há duas Faculdades, a velha e a nova. A Faculdade é uma só, pelo seu espírito e pela sua tradição. A tradição é idéia e é sentimento. Não houve um movimento sério da opinião nacional, que dispensasse o seu concurso, que aqui não tivesse o seu apoio. A sua participação em todos os movimentos nacionais é constante, desde 1942. Paraguai, a Abolição, a República-32. Porque rememorar agora o que representaram, nesses movimentos, os moços desta casa, com os professores que a norteavam, se a simples referência evoca os cantos e os feitos dos que neles entraram, como aedos ou como soldados, cantando, combatendo, empunhando o livro e o fuzil, em lances de pugnacidade e de heroísmo? A mocidade prepara-se, estuda, investiga e analisa e não trairá a sua vocação, que é a da rebeldia e não do servilismo, da independência e não da submissão, da bravura e não da covardia, da altaneria e não do rastejamento, da coragem e não da pusilanimidade"

De Sampaio Dória, na vibrante sessão em que retornaram à Faculdade ele, Waldemar Ferreira e Ráo, após dois anos de privação de seus direitos de Professor Universitário pela ditadura de Vargas, ouvi pessoalmente a profissão de sua fé no chão sagrado de São Francisco e nos moços que, geração após geração, o povoariam.

Nas memórias de Cardozo de Mello, de Dória, de Soares de Faria, podemos exaurir a imaginação e deliberação para as tarefas e para as lutas à nossa frente.

XI de Agosto é certamente, pois, o dia para celebrar-se o centenário dos três mestres que hoje, unidos, reverenciamos, no chão das Arcadas.

Turma Lyda Monteiro da Silva - 1981, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Discurso do paraninfo Prof. Dr. Modesto Carvalhosa

Queridos Paraninfados:

Ao receber, comovido, naquele maravilhoso reencontro de outubro, a mais gratificante das honrarias que se atribuem aos mestres, prometi, diante da manifestação da vossa amizade, que procuraria refletir o espírito que presidira a convocação de partilhar do vosso paraninfado.

Identificando a vossa turma com LYDA MONTEIRO DA SILVA, marcastes, desde logo, a seriedade do vosso compromisso com o futuro, e a firmeza da vossa posição contra o crime institucionalizado e o terror das falanges acobertadas que desfiguram os princípios fundamentais do convívio social.

Mais do que isso. Escolhestes como vosso patrono DALMO DE ABREU DALLARI, que, como poucos brasileiros, tem sabido encarnar os ideais de luta pela justiça, dentro e fora da Universidade, constituindo exemplo de coragem e coerência na defesa dos oprimidos, contra a implacável arrogância e violência das oligarquias que ilegítimamente dominam este País.

E trazendo para a vossa festa JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, demonstrastes o vosso reconhecimento pela grandeza do seu caráter de professor que, na sua rigorosa humildade, constitui testemunho, dentro e fora da Universidade, do inconformismo com a degradante situação política e social que nos tem sido imposta.

É com o mesmo critério que homenageais, de forma especial, os mestres VILLAÇA AZEVEDO, VIEIRA NETTO, MORAES PITOMBO e PIVA RODRIGUES. Neles encontrastes ressonância com o juramento que ireis prestar agora.

Juramento esse, no entanto, cuja sacralidade não encontra no sistema jurídico vigente deste País a devida correspondência ética e instrumental.

Ingressais, agora, no concerto de advogados, juízes e promotores, para quem as leis distorcidas na sua legitimidade e na sua aplicação revestem as lides jurídicas de perplexidade e insegurança.

Tereis de meditar, pois, neste solene momento, sobre a justiça ou injustiça das leis postas neste País.

E sobre esse tema não há como fugir à constatação de RAIMUNDO FAORO, para o qual, no Brasil, existem leis que, se não fossem leis, seriam crimes.

E ainda existem outras que, impostas despudoradamente para favorecer os grupos no poder e oprimir a cidadania, enquadram-se, no dizer de PRUDENTE DE MORAES NETO, na categoria de LEI DO CÃO.

A vós, futuros advogados, juizes e promotores, que ireis ingressar na corrente dos lidadores do Direito, o sistema jurídico instituído neste País, regredido aos aspectos coloniais mais degradantes, não vos oferece os instrumentos que pudessem promover a Justiça entre os homens e o amparo que deveriam receber das leis.

Sobre essa dedicada e profunda questão, gostaria de vos ministrar a última aula.

A ausência de instituições estáveis e a onipresença das oligarquias intolérantes que as substituem formam o quadro contrastador da realidade social brasileira, em que a lei é forma de opressão e de perpetuação de privilégios.

E mesmo quando as leis possam refletir valores jurídicos universais, são elas aplicadas ou distorcidas no acobertamento de crimes e, mais do que isso, na condenação daqueles que os denunciam.

Não basta, no entanto, meus jovens colegas, que constateis essa aguda realidade de retrocesso social em que vivemos.

Meditai sobre a conduta que deveis adotar, ao longo dos anos de exercício profissional, para poder conciliar o solene juramento, que ora ireis fazer, com os instrumentos degradados que vos oferecem as leis emanadas de um governo autoritário.

Pautai-vos, antes de tudo, pela visão clara do Direito, como instrumento da realização da Justiça.

Não vos alieneis, no entanto, da persecução constante dessa dignificadora utopia.

Tende sempre em mente a visão sociológica do direito, enquanto jogo de forças, de dominação e de poder.

A conjugação do fim do Direito e a clara visão do seu processo histórico darão a vós os instrumentos de luta de que necessitais para espancar, no trabalho cotidiano, a aceitação pura e simples do sistema imposto de normas positivas injustas ou distorcidamente interpretadas e aplicadas.

Na gratificante procura do ideal da Justiça, lembrai-vos sempre da lição ancestral de ULPIANO: "O Direito é a ciência do justo e do injusto."

Isto significa, no magistério de CELSO, que a norma jurídica deve afirmar o que é bom e equitativo, e cominar o que é mau e iníquo.

Adotai, meus queridos paraninfados, todos os dias em que ireis lidar com o Direito, a doutrina tomista: “A essência da Justiça consiste em dar a outrem o que lhe é devido, segundo uma igualdade.”

E fazei-o de acordo com a visão contemporânea de VILLEY, para quem o fim imediato do Direito não é o progresso e a utilidade, mas a divisão dos bens numa proporção justa.

É imbuídos dessa visão social e política do justo que vós deveis ter sempre em conta a lição de GURVITCH, para o qual as normas jurídicas podem ser mais ou menos perfeitas, mas não serão DIREITO, se não estiverem orientadas no sentido da realização da JUSTIÇA.

E a Justiça, num País onde existem 40 milhões de brasileiros submetidos à pobreza absoluta, há de ser entendida por vós como o valor que permita à oprimida população ver atendidas as suas necessidades fundamentais que são a própria vida, a liberdade política e sindical, o direito à habitação e à terra, o direito ao trabalho e à saúde, o direito à alimentação e à instrução.

Cabe a vós lutardes para que a imensa legião desses desapossados possam alcançar um estado de Justiça pessoal, político e econômico.

Cabe a vós trazerdes para a proteção da Justiça os marginalizados.

E, na procura incessante da Justiça, não olvideis o caráter histórico dos sistemas jurídicos.

Lembrai-vos da lição weberiana que nos mostra estar todo o ordenamento jurídico ligado à distribuição do poder.

Quanto maior a dominação dos grupos de poder sobre os demais segmentos sociais, mais injusta a imposição normativa.

Assim, quando os interesses contidos nas ações de dominantes e dominados forem nitidamente diversos — como é o caso deste País — a consecução dos fins do grupo dominante levará à imposição de regras jurídicas injustas e anti-sociais.

Atentai, ainda, para este outro ensinamento weberiano: “O Direito positivo, no divórcio entre a Nação e os seus governantes, assume o papel de reduzir e camuflar o fato de os dominados serem obrigados a agir conforme os interesses dos dominantes”.

No caso do Brasil, a ilegitimidade do exercício atual do poder, levou à despuddorada utilização da lei como forma de opressão e de manutenção de privilégios.

Por essa razão, tende sempre presente, no decorrer de vossas vidas de profissionais do Direito, que a luta política é imprescindível, a fim de que se consiga — sempre na visão weberiana — reduzir ao mínimo o grau de diversidade de interesses entre governantes e governados.

Somente através da conquista constante e permanente do poder político legítimo, a lei positiva realizará e resguardará os valores reconhecidos pela coletividade.

Por isso, evitai a tentação de vos recolherdes ao gueto glorificado de vossas atividades individuais.

Sede corajosamente participantes.

Mantende, durante toda a vossa vida, o combate paciente e sistemático contra o autoritarismo e a opressão dos poderosos.

Participai das lutas próprias da sociedade civil e alinhai-vos sempre ao lado das minorias exploradas e discriminadas.

Jamais invoqueis a condição de magistrados para vos isolardes das manifestações da sociedade.

Como advogados, pautai-vos no exemplo de vossa corporação, que não esmoreceu no combate pela restauração dos direitos políticos e sociais da cidadania.

Como promotores, fazei da vossa tribuna e dos vossos pareceres instrumentos de denúncia permanente das injustiças sociais e das leis iníquas com que sereis obrigados a lidar.

E, sobretudo, como juizes, advogados e promotores, tende sempre em conta que o Direito positivo brasileiro, na obscura quadra política que atravessamos, é o instrumento escolhido da dominação institucionalizada.

Um sistema jurídico que ostenta, em seu bojo, as salvaguardas, a Lei de Segurança Nacional, a Lei de Imprensa, a Lei de Greve, as leis eleitorais, a Lei Falcão, a Lei Fleury, a Lei de Alienação Fiduciária, não pode ser recebido por vós como representando o Direito e a Justiça.

Comprometido por tais diplomas, o vigente ordenamento jurídico brasileiro carece de princípio ético.

Na lição de RECASINAS SICHES, o Direito deve ser o produto do convívio dos seres humanos, visando a realizar certos valores.

Pergunta-se: Que valores o Direito positivo brasileiro vigente representa?

?A certeza dos direitos humanos e da sanção igual para todos?

?Representa, por acaso, a segurança dos cidadãos perante o Estado e seus aparelhos?

?Procura reparar o Direito positivo brasileiro as situações de injustiça política, social e econômica?

No discurso de REALE, "a lei positiva tem fundamento na medida em que realiza ou tutela um valor reconhecido necessário à coletividade".

?Onde se vislumbra esse fundamento universalmente reconhecido no Direito positivo brasileiro atual?

Todos os países e todos os regimes, desde os mais democráticos até os mais ditatoriais, ostentam um pomposo arcabouço jurídico.

Mas nem todos refletem valores de convivência ou, ainda nas palavras de REALE, podem ser vistos como “atualização crescente da Justiça” ou a afirmação de cada homem enquanto membro da sociedade.

Meditais, queridos paraninfados, sobre essas diferenças históricas.

Nosso País, mergulhado há longos anos no obscurantismo político, não oferece como instrumento da vossa profissão as leis que, nos países civilizados — no dizer de COSSIO —, refletem os valores jurídicos da Justiça, da Paz, da Cooperação, da Solidariedade, da Ordem Social, da Segurança do Cidadão e da Legitimidade do Poder.

Por força do solapamento das legítimas instituições políticas e civis, representadas pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo, pelos Partidos Políticos, pelos Sindicatos e Associações, as normas vigentes, entre nós, não representam o Direito.

Embora contenham comandos que ordenam e proíbem, fazem-no em detrimento do justo.

Mais voltadas para oprimir, atemorizar e privilegiar grupos, negam as liberdades e as prerrogativas de a sociedade ordenar a sua própria conduta.

Meus queridos alunos, ao vos defrontardes com esse quadro, sabeis lutar — na política e no vosso mister profissional de homens do Direito — para que se reverta esse momento histórico que nos fez regredir aos tempos da dominação de D. João V.

Voltai-vos para a história e verificai que nenhum regime opressivo e suas leis iníquas podem perpetuar-se.

E, por isso mesmo, não vos torneis cétricos ou acomodados.

Mantende, sempre, o sentimento do inconformismo e a coragem da denúncia que marcam a vossa mocidade.

Não vos percais no sucesso profissional que irá chegando para vós com o passar dos anos.

Mantende-vos otimistas em relação à consecução dos valores do Direito.

Crede na viabilidade do bem jurídico.

A luta diária pela Justiça é o estímulo necessário e imprescindível para que alcanceis esse bem inefável da história.

Conscientes dos fins do Direito e da realidade social, esforçai-vos para gerar atitudes que contribuam para que a Justiça e o Bem Comum venham a triunfar.

Sede felizes.

A “Revista da Faculdade de Direito” Agradece Colaboração de Ex-Aluno

A Redação

A *Revista da Faculdade de Direito*, através de sua D.D. Comissão de Redação, consigna mais uma vez especial reconhecimento por espontânea, graciosa e anônima colaboração prestada durante 28 anos pelo bacharel Geraldo Tolosa.

Geraldo Tolosa, ex-aluno desta Faculdade, foi quem verteu os índices da “Revista da Faculdade de Direito” para o francês e inglês, desde o volume 51-1956 até este mesmo número 78-1983, tendo contribuído dessa forma para a divulgação da Revista nos países estrangeiros.

Registre-se que em sua liberalidade e amor à antiga escola, visou apenas colaborar para que a doutrina jurídica dos Professores de sua Faculdade fosse, em síntese, entendida no exterior. E, a título de contribuição para as memórias acadêmicas, lembre-se, também, que nosso colaborador de tantos anos lecionou francês e inglês, desde 1944 no Curso Castelões, tendo preparado para concursos vestibulares ao Direito 4.872 alunos, dos quais 3.100, aproximadamente, foram aprovados nesta Faculdade.

Portanto, a “*Revista da Faculdade de Direito*” da Universidade de São Paulo faz justiça, expressando aqui sua gratidão.

ÍNDICE

HOMENAGEM

Maria Angélica Rebello, 20 anos de Revista. A Redação	19
--	----

DOCTRINA

O Direito Romano e sua Atualidade. Alexandre Augusto de Castro Corrêa	39
Política Tributária e Nordeste. Geraldo Ataliba	44
O Ensino do Direito Intelectual nas Universidades. Newton Silveira	48
Liberalismo, Corporativismo, Pluralismo e Neo-Corporativismo. Octávio Bueno Magano	52
Violência Contemporânea e Penas. Henny Goulart	65
Normas da OIT sobre Condições e Relações de Trabalho. Amauri Mascaro Nascimento	78
A Comunhão no Regime da Separação de Bens. Alvaro Villaça Azevedo	87
Do Estado Corporativo à Liberdade Sindical. Wagner D. Giglio	92
Aspectos da Legislação Penal Editada pelos Primeiros Monarcas. Luiz Carlos de Azevedo	98
A Revogação de Sentença no Direito Lusitano. Moacy Lobo da Costa ...	110
Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo. José Cretella Júnior ...	141
Algumas Notas para a Reconstrução do Princípio da Legalidade. Eros Roberto Grau	161
Recursos Administrativos. Odete Medauar	167
Representações Públicas. Antônio Chaves	179

* * * * *

TRABALHO DE ALUNO

A Crise Financeira das Nações Unidas. Paulo Borba Casella	209
---	-----

* * * * *

DISCURSOS E CONFERÊNCIAS

O Direito na Formação do Diplomata. Vicente Marotta Rangel	217
Direitos Humanos, Judaísmo e Ordem Internacional. Vicente Marotta Rangel	234
Violência: a pressão sócio-econômica. Georgette Nacarato Nazo	241
Quatrocentas Reuniões de Estudos em Mesa Semanal de Debates. Ruy Barbosa Nogueira	251
Omissão e Denegação de Justiça. Valentim Carrion	264
Relevância Processual da Reforma Penal. Rogério Lauria Tucci	275

CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADEMICAS

Homénagem ao Centenário de J.J. Cardozo Mello Neto, Sampaio Dória e Sebastião Soares de Faria. Geraldo de Camargo Vidigal	291
Turma Lyda Monteiro da Silva, 1981, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Discurso do paraninfo Modesto Carvalhosa	300

INDEX

HOMMAGE

Maria Angélica Rebello, 28 ans dédiés à la Revue de la Faculté — La Rédaction	17
--	----

DOCTRINE

L'Actualité du Droit Romain. Alexandre Augusto de Castro Correa	39
La Politique Tributaire et le Nord-Est Brésilien. Geraldo Ataliba	44
L'Enseignement du Droit Intellectuel dans les Universités. Newton Silveira	43
Libéralisme, Corporatisme, Pluralisme et Néo-Corporatisme. Octávio Bueno Magano	52
La Violence Contemporaine et les Peines. Henny Goulart	65
Les Normes de la CIT concernant les Conditions et les Relations de Travail. Amauri Mascaro Nascimento	78
La Communauté dans le Régime de Séparation de Biens. Alvaro Villaza Azevedo	87
De l'Etat Corporatif à la Liberté Syndicale. Wagner de Giglio	92
Aspects de la Législation Pénale Editée par les Premiers Monarques. Luis Carlos de Azevedo .	93
La Revocation de la Sentence dans le Droit Portugais. Moacyr Lobo da Costa	120
La Responsabilité de l'Etat causée par l'Acte Législatif. José Cretella Junior	111
Quelques Notes Sur la Reconstruction du Principe de la Légalité. Eros Roberto Grau	161
Les Recours Administratifs. Odete Medauar	167
Les Représentations Publiques. Antônio Chaves	179

TRAVAIL D'ELEVE

La Crise Financière des Nations Unies. Paulo Borba Casella	209
---	-----

DISCOURS ET CONFÉRENCES

Le Droit dans la Formation du Diplomate. Vicente Marotta Rangel ...	217
Les Droits Humains, le Judaïsme et l'Ordre International. Vicente Marotta Rangel	234
La Violence: la Pression Socio-Economique. Georgette N. Nazo	241
Quatre cents Réunions d'Etudes et Débats Hebdomadaires. Ruy Barbosa Nogueira	251
L'Omission et la Dénégation de Justice. Valetim Carrion	264
L'importance Processif de la reforme pénal. Rogério Lauria Tucci	275

CONTRIBUTION POUR LES MEMOIRES ACADEMIQUES

Hommage rendu au Centenaire de Mrs. J.J. Cardozo de Mello Neto, Sampaio Dória e Sebastião Soares de Faria. Geraldo de Camargo Vidigal	291
Les Diplômés de 1981 de la Faculté de Droit de l'Université de São Paulo. Discours de Mr. Modesto Carvalhosa	300

TABLE OF CONTENTS

HOMAGE

Maria Angélica Rebello, 28 years consecrated to the Review of the Faculty. The Editors	17
---	----

DOCTRINE

The Actuality of the Roman Law. Alexandre Augusto de Castro Correa ..	39
The Tributary Politics Concerning the North-East of Brazil. Geraldo Ataliba	44
The Teaching of Intellectual Law at the Universities. Newton Silveira ..	48
Liberalism, Corporation, Pluralism and Neo Corporative Entities. Octávio Bueno Magano	52
Contemporary Violence and Penalties. Henny Goulart	65
The ILO Norms on Working Conditions and Relations. Amauri Mascaro Nascimento	78
The Communio Bonorum in Separate Estate (in marital relation). Alvaro Villaga Azevedo	87
From Corporative State to Labour Unions Liberty. Wagner D. Giglio	92
Aspectis of Penal Legislation as published by the First Monarchs. Luis Carlos de Azevedo	98
The Annulment of Sentences in the Portuguese Law. Moacyr Lobo da Costa	110
The Responsibility of the State for Legislative Acts. José Cretella Jr. ..	141
Some Notes about the Reconstruction of the Principle of Legality. Eros Roberto Grau	161
Administrative Appeals. Odete Medauar	167
Public Performances. Antônio Chaves	179

WORK OF STUDENT

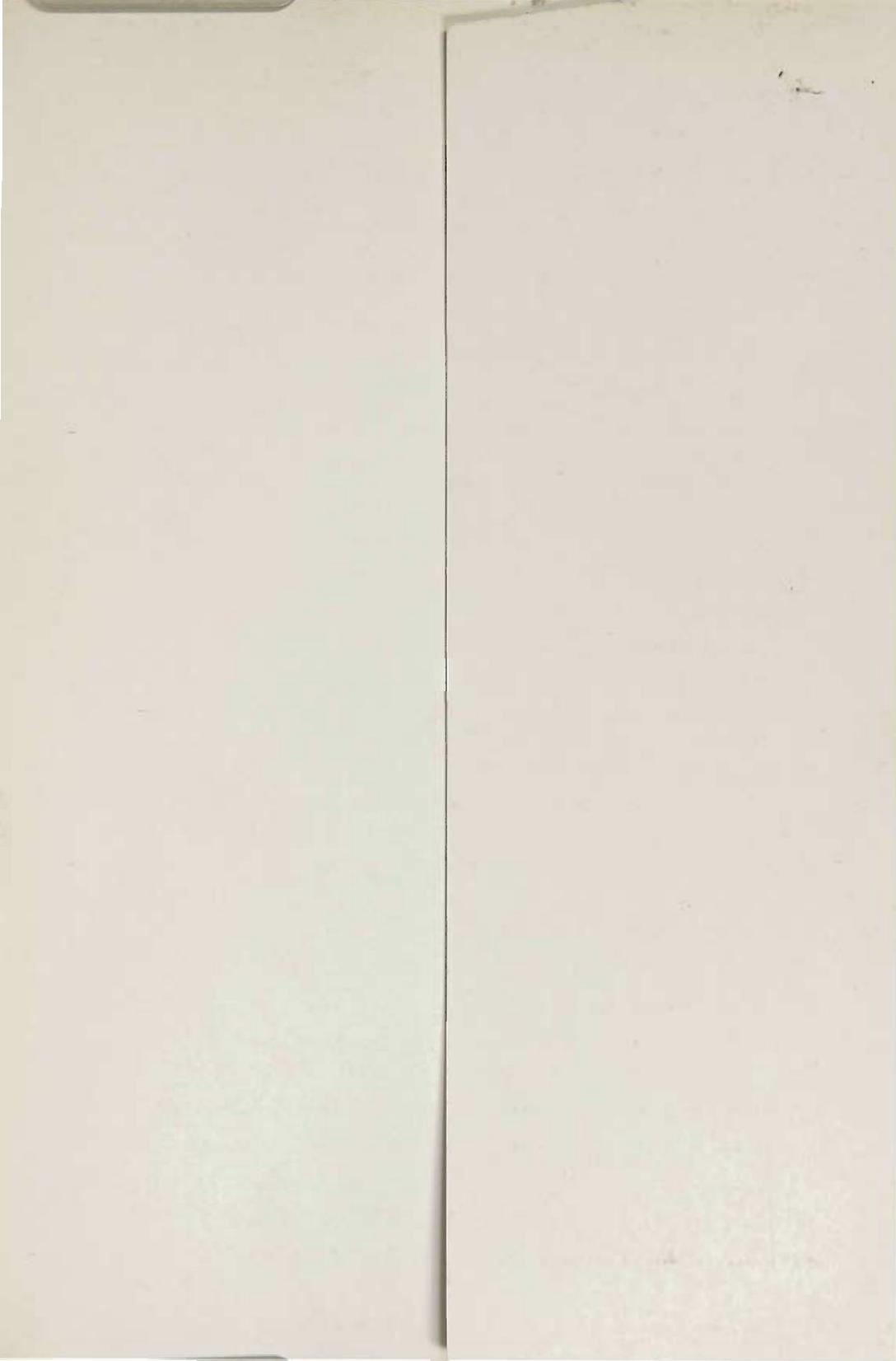
The Financial Crisis of the United Nations. Paulo Borba Casella	209
--	-----

CONFERENCES AND SPEECHES

The Law in the Making of Diplomats. Vicente Marotta Rangel	217
Human Rights, Judaism and International Order. Vicente Marotta Rangel	234
Violence: the Socioeconomic Pressure. Georgette Nacarato Nazo ..	241
Four Hundred week meetings around the Table. Ruy Barbosa Nogueira	251
Omission and the Refusal of Rendering Justice. Valentim Carrion	264
The Importance of the Processional Right. Rogério Lauria Tucci	275

CONTRIBUTION TO ACADEMICAL MEMOIRS

Tribute paid to the Centenary of Mrs. J.J. Cardozo de Mello Neto, Sampaio Dória and Sebastião Soares de Faria. Geraldo de Camargo Vidigal ..	291
The 1981 graduates of the Faculty of Law of São Paulo. Speech of greetings by Mr. Modesto Carvalhosa	300



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).