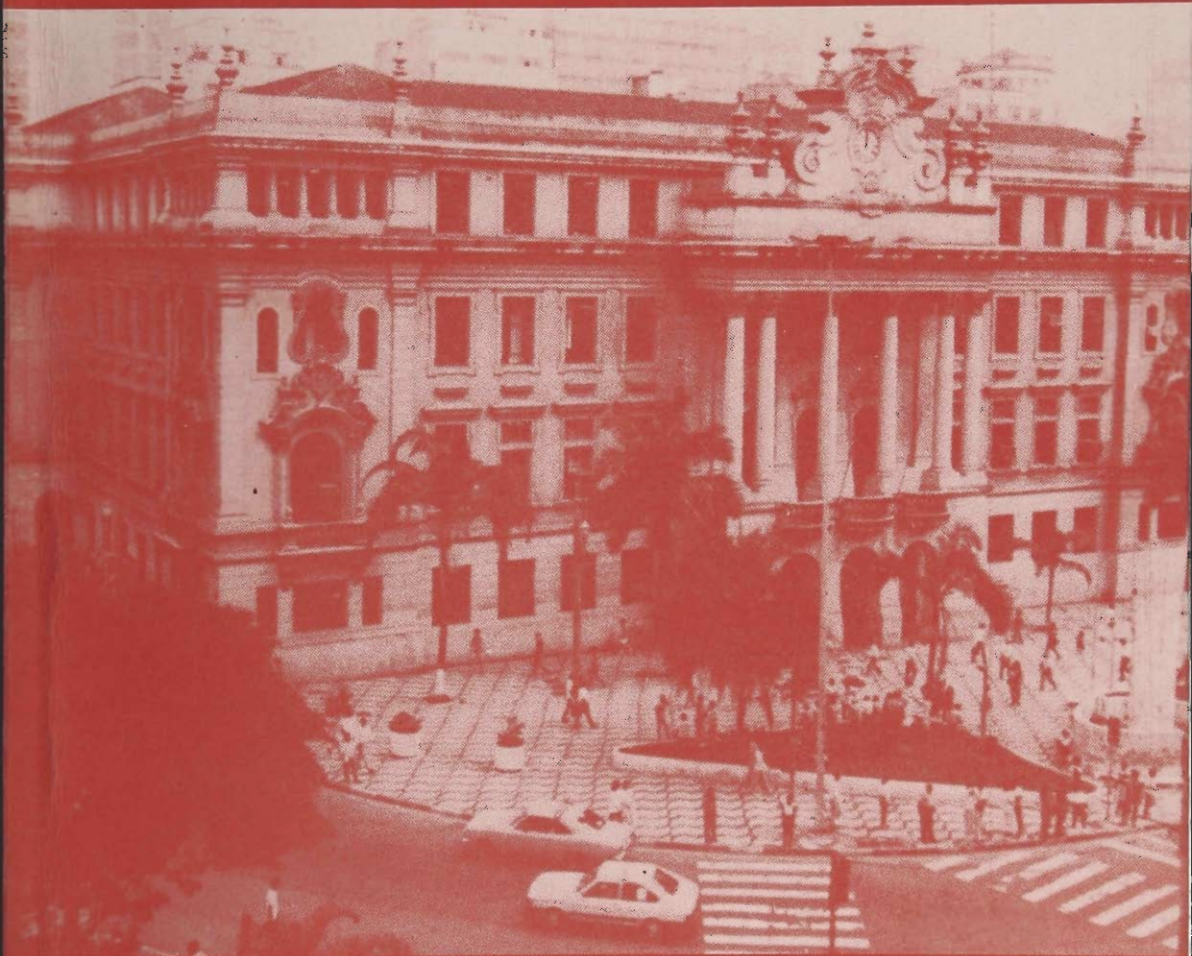


# REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ISSN 0303-9838



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME 86

1991

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 86, 1991



## SUMÁRIO

### *HISTÓRIA DO DIREITO*

- Aspectos do ensino do Direito Romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império..... 9  
*José Carlos Moreira Alves*
- La tipicità del sistema contrattuale romano..... 44  
*Mario Talamanca*
- Dos direitos individuais no "Jus Civile Romanorum" ..... 65  
*Agerson Tabosa Pinto*

### *DIREITO PRIVADO*

- Aspetti giuridici e politici della sterilizzazione ..... 77  
*Massimo Paradiso*
- Usucapião Especial: características do imóvel usucapiendo em face da Constituição de 1988..... 94  
*Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*

### *DIREITO DO TRABALHO*

- A modernização da CLT à luz da realidade brasileira ..... 99  
*Cássio Mesquita Barros*

### *DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DO ESTADO*

- O Estado Federal brasileiro à luz da Constituição de 1988 ..... 116  
*Manoel Gonçalves Ferreira Filho*
- Função social do jurista no Brasil contemporâneo ..... 130  
*Fábio Konder Comparato*
- Controle administrativo e "ombudsman" ..... 144  
*Eduardo Lobo Botelho Gualazzi*

- Eleições de 1990: vedação de contratações, admissões e nomeações no período pré-eleitoral ..... 164  
*Monica Herman Salem Caggiano*

*MEDICINA LEGAL*

- Reconstituição: aspectos técnicos e jurídicos..... 177  
*José Lopes Zarzuela*

*CONTRIBUIÇÃO ACADÊMICA*

*TEORIA GERAL DO DIREITO E DO ESTADO*

- Surgimento da idéia de liberdades essenciais relativas à informação - A "*Areopagitica*" de Milton..... 190  
*Airton Cerqueira Leite Seelaender*

## CONTENTS

### LEGAL HISTORY

- Aspects of the teaching of Roman Law in the São Paulo Law School at the time of the Empire ..... 9  
*José Carlos Moreira Alves*
- Typicality of the roman contract system (La tipicità del sistema contrattuale romano)..... 44  
*Mario Talamanca*
- The individual rights in "Jus Civile Romanorum" ..... 65  
*Agerson Tabosa Pinto*

### PRIVATE LAW

- Political and juridical aspects of sterilization (Aspetti giuridici e politici della sterilizzazione) ..... 77  
*Massimo Paradiso*
- Special prescription: characteristics of the prescriptive real state in the 1988 Constitution ..... 94  
*Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*

### LABOUR LAW

- Modernization of the CLT from the viewpoint of Brazilian reality,..... 99  
*Cassio Mesquita Barros*

### CONSTITUTIONAL LAW AND THEORY OF THE STATE

- The Brazilian Federal State according to the 1988 Constitution ..... 116  
*Manoel Gonçalves Ferreira Filho*
- The social function of the jurist in contemporary Brazil ..... 130  
*Fabio Konder Comparato*
- Administrative control and "ombudsman" ..... 144  
*Eduardo Lobo Botelho Gualazzi*

- The elections of 1990: prohibition of hirings, admissions and appointments in the pre-electoral period ..... 164  
*Monica Herman Salem Caggiano*

*FORENSIC MEDICINE*

- Re-enactment: technical and juridical aspects..... 177  
*José Lopes Zarzuela*

*ACADEMIC CONTRIBUTION*

*LEGAL THEORY*

- The appearance of the idea of essential freedoms related to information The "Areopagitica" of Milton..... 190  
*Airton Cerqueira Leite Seelaender*



# ASPECTOS DO ENSINO DO DIREITO ROMANO NA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO, DURANTE O IMPÉRIO

*José Carlos Moreira Alves\**

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da USP

## Sumário:

1. O ensino do Direito Romano no Projeto de Estatutos organizado pelo Visconde da Cachoeira.
2. A introdução da disciplina no currículo dos cursos jurídicos.
3. Os professores de Direito Romano na Faculdade de Direito de São Paulo, de 1854 a 1889.
4. Os compêndios empregados no ensino do Direito Romano.
5. O método de seu ensino.
6. O método sintético-compendiário e a produção de obras didáticas pelos professores de Direito Romano na Faculdade de São Paulo.

## 1. O ENSINO DO DIREITO ROMANO NO PROJETO DE ESTATUTOS ORGANIZADO PELO VISCONDE DA CACHOEIRA.

Depois da tentativa frustrada da criação de cursos jurídicos pela Assembléia Constituinte de 1823, criou-se, por Decreto de 9 de janeiro de 1825, firmado pelo Marquês de Valença, então Ministro do Império, um curso jurídico provisório na Corte, o qual, no entanto, não chegou a instalar-se. Sua criação, porém, deu origem a Projeto de Regulamento ou de Estatutos redigido pelo Visconde da Cachoeira, Luís José de Carvalho e Melo.

Já por ocasião dos debates na Assembléia Constituinte, Carvalho e Melo apoiara os autores do projeto de lei da criação, no Brasil, de duas universidades, inclusive quanto à adoção provisória, para reger um curso jurídico em São Paulo que desde logo se implantaria, dos Estatutos da Universidade de Coimbra, com as alterações que se fizessem necessárias. Dissera, então, em

\* Ministro do Supremo Tribunal Federal.

discurso proferido na sessão de 27 de agosto de 1823:

*"Mui acertado é, que assim se execute, e sou de parecer que os referidos mestres têm mais que cortar de tais Estatutos, do que inovar e acrescentar. Foram seus autores muito sábios, e mais há que notar neles de sobejo de erudição e doutrina do que em míngua de cabedal. Pasmoso foi, por certo, que na época de tal instituição em que Portugal carecia de todas as luzes, digamo-lo sem vergonha, maiormente de conhecimentos filosófico-jurídicos, de Direito Público Universal e Eclesiástico, e das Gentes, e de quase todas as ciências naturais, apresentassem tais Estatutos dignos por certo dos maiores elogios" <sup>1</sup>*

No Projeto de Estatutos que posteriormente redigiu - é ele datado de 2 de março de 1825 , Carvalho e Melo justificou a necessidade de sua elaboração para os cursos jurídicos porque, embora não se pudesse negar a sabedoria dos autores dos Estatutos da Universidade de Coimbra,

*"... o seu nímio saber em Jurisprudência, e demasiada erudição de que sobrecarregaram os mesmos Estatutos, a muita profusão de Direito Romano de que fizeram a principal ciência jurídica, a exemplo das Universidades da Alemanha; o muito pouco que mandaram ensinar da Jurisprudência pátria, amontoando só em um ano, e em uma só cadeira de Direito Natural, Público, e das Gentes (sem se lhe unir a parte diplomática) e que devia ser ensinada em um só ano; a falta de Direito Marítimo, Comercial, Criminal, e de Economia Política, que não foram compreendidas nos estudos, que se deviam ensinar dentro do quinquênio, fazem ver que os referidos Estatutos, tais como se acham escritos, não podem quadrar ao fim proposto de se formarem por eles verdadeiros e hábeis juriconsultos" <sup>2</sup>*

---

1. Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil, *Documentos Parlamentares*, Brasília, 1977, v. 122, p. 18.

2. *Ibid.*, p. 589.

Pelo Projeto do Visconde da Cachoeira, os estudantes que pretendessem matricular-se no curso jurídico deveriam ser aprovados em exames preparatórios, em que uma das disciplinas era a língua latina, cujo conhecimento era indispensável, não só por estarem escritos nela o Digesto, o Código, as Novelas, as Institutas e os bons livros de Direito Romano, mas também as *Instituições* de Melo Freire e as obras jurídicas de escritores de nota. Institutas do Direito Romano era a cadeira em que este devia ser estudado, e estava incorporada no primeiro ano, ao lado da de Direito Natural e Público Universal. O escopo do ensino dessa disciplina era a sua aplicação à prática do foro. Por isso, o professor, depois de expor-lhe resumidamente a história pelas suas diversas épocas, e de dar uma notícia das Institutas, do Digesto, do Código e das Novelas, deveria explicar que ele, entre nós, nunca tivera autoridade extrínseca, mas fora sempre subsidiário, e estudar as suas doutrinas gerais, para que o aluno viesse a conhecer o que dele merecia aplicação por se fundar no Direito Natural e o que nele devia ser reprovado por não ter tal base. Como instrumento de ensino, uma vez que as Institutas de Justiniano não se prestavam para fazer essa distinção, deveria ser adotado o compêndio de Waldeck, que resumira aquelas Institutas, afastando o que já não devia ser estudado, e isso se faria até que o professor redigisse novo compêndio em que observaria método semelhante, salientando, no fim de cada parágrafo ou capítulo, as doutrinas que eram, ou não, reprovadas pelo Direito brasileiro, à semelhança do que fizera Heinécio em seu compêndio das Pandectas. Com esse conhecimento das instituições mais gerais do Direito Romano, estaria o aluno apto a receber, nos terceiro e quarto anos, ensinamentos mais específicos, nas cadeiras de Direito pátrio, sobre as origens romanas de institutos de Direito Civil, bem como sobre o uso moderno do Direito Romano como direito subsidiário na prática forense.

Por não ter sido instalado - como já se acentuou - o curso jurídico para o qual foi redigido esse Projeto de Estatutos, teria ficado ele sem utilização se a lei de 11 de agosto de 1827, que criou os Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais em São Paulo e em Olinda, não houvesse disposto em seu artigo 10:

*"Os Estatutos do Visconde da Cachoeira ficarão regulando por ora naquilo em que forem aplicáveis; e se não opuserem à presente Lei. A Congregação dos Lentes formará quanto antes uns estatutos completos,*

*que serão submetidos à deliberação da Assembléia Geral"*

Na parte concernente à cadeira de Direito Romano, porém, ficava ele sem aplicação, pois essa Lei não incluía as Institutas de Direito Romano no currículo dos cursos que criara.

## 2. A INTRODUÇÃO DA DISCIPLINA NO CURRÍCULO DOS CURSOS JURÍDICOS.

O Direito Romano não foi incluído no currículo dos cursos jurídicos de São Paulo e de Olinda criados pela lei de 11 de agosto de 1827 depois de acirrada discussão na Câmara dos Deputados e no Senado. Essa controvérsia, aliás, já se verificara no debate, na Assembléia Constituinte, sobre a "indicação" com que, em 14 de junho de 1823, José Feliciano Fernandes Pinheiro propunha que se criasse, no Brasil, uma universidade. E seus reflexos se fizeram sentir no Projeto de Estatutos do Visconde da Cachoeira que reduziu o ensino do Direito Romano a uma cadeira voltada à sua aplicação prática como direito subsidiário. Os ataques ao estudo do Direito Romano nos cursos jurídicos que se criavam decorreram, basicamente, da ênfase dada a ele, em detrimento do direito pátrio, em Coimbra, onde vários deputados e senadores haviam estudado. A demasia, ao invés de levar à redução, conduziu à supressão. O exagero do resultado encontra explicação na antipatia, que ressalta nítida dos debates parlamentares, àquela disciplina resultante da forma como era estudada na Universidade portuguesa. Aqui e ali, encontram-se recordações sugestivas, como a de Batista Pereira: *"por desgraça minha, fui forçado a estudar quatro anos esse informe código de contradições, ficções, e barbaridades, e são poucas as lágrimas que derramo, quando me recordo que, depois de tantas vigílias, aprendi uma legislação que pequeno préstimo me podia dar ainda no sistema absoluto, pois que a Lei de 18 de agosto de 1769 me ordena que o siga, só quando as suas disposições se conformarem com a boa razão; ora, Sr. Presidente, tanto estudo para afinal seguir os ditames do meu bom senso é mais que puerilidade"*.<sup>3</sup>

---

3. Criação dos Cursos... ob. cit., p. 281.

Que as lembranças de Coimbra, quanto à eficiência de seu ensino, não eram boas, dão prova disso estas críticas do deputado Vasconcelos, ao sustentar que o curso jurídico deveria instalar-se no Rio de Janeiro e não nas províncias:

*"Quería que me dissessem estes senhores, que gostam das ciências do sertão, se há nessas províncias pessoas que possam constituir a censura pública, tão necessária para o bom andamento e progresso dos estabelecimentos literários. Eu as não conheço. Pois sem essa censura não se apuram os conhecimentos; porque, como o ordenado vai correndo e contam-se os anos para a jubilação, quer se ensine bem, quer mal, quer se tenha merecimento, quer não, os mestres entregam-se inteiramente ao ócio e os alunos fazem o mesmo, à espera que se encha o tempo para obterem as cartas, pois é bem sabido que, quando o mestre dorme, os meninos brincam. Isto é justamente o que acontecia na Universidade de Coimbra no meu tempo; nenhuma emulação, nenhum estímulo se notava ali e por isso nenhum progresso nas letras.*

*Ninguém se deve dar por escandalizado nesta verdade; e para isso eu falarei do que passou por mim próprio, pois tenho franqueza para isso.*

*Estudei Direito Público naquela Universidade e por fim saí um bárbaro: foi-me preciso até desaprender. Ensinararam-me que o Reino de Portugal e acessórios era patrimonial; umas vezes sustentavam que os portugueses foram dados em dote ao senhor D. Afonso I, como se dão escravos ou lotes de bestas, outras vezes diziam que Deus, no campo de Ourique, lhe dera todos os poderes e à sua descendência; umas vezes negava-se a existência das Cortes de Lamego, outras confessava-se a existência, mas negava-se a soberania que os povos nelas exerceram; dizia-se que aquela e as outras assembléias da Nação Portuguesa apenas tiveram de direito e de fato um voto consultivo: o direito de resistência, esse baluarte da liberdade, era inteiramente proscrito; e desgraçado de quem dele se lembrasse! Estas e outras doutrinas se ensinam naquela Universidade, e por quê? Porque está inteiramente incomunicável com o resto do mundo científico.*

*Ali não se admitem correspondência com outras academias; ali não se conferem os graus, senão àqueles que estudaram o ranço dos seus compêndios; ali estava alerta continuamente uma Inquisição, pronta a mandar às chamas todo aquele que tivesse a desgraça de conhecer qualquer verdade, ou na religião, ou na Jurisprudência, ou na política.*

*Daí vinha que o estudante, que saía da Universidade de Coimbra, devia, antes de tudo, desaprender o que lá se ensinava e abrir nova carreira de estudos"<sup>4</sup>*

Durante vinte e seis anos de 1828 a 1854 - os dois únicos cursos jurídicos existentes no Brasil funcionaram sem a cadeira de Direito Romano. Sua necessidade, porém, até para o estudo mais completo de nosso Direito Civil, acabou por impor sua admissão no currículo. O Decreto Legislativo de 16 de agosto de 1851 incluiu, no segundo ano, a cadeira de Institutos de Direito Romano, a qual só foi instalada três anos mais tarde, em 1854. Em São Paulo, essa instalação se deu em setembro desse ano. Já estavam em vigor, em substituição aos do Visconde da Cachoeira, os Estatutos dos cursos jurídicos mandados observar pelo Decreto 1.386, de 28 de abril de 1854. Por eles (art. 1º), *"os atuais cursos jurídicos serão constituídos em Faculdades de Direito; designando-se cada uma pelo nome da Cidade, em que tem, ou possa ter assento"*. No ano seguinte, era aprovado pelo Decreto 1.568, de 24 de fevereiro, o Regulamento complementar dos Estatutos das Faculdades de Direito, expedido na conformidade do § 3º do art. 21 do citado Decreto 1.386.

### 3. OS PROFESSORES DE DIREITO ROMANO NA FACULDADE DE SÃO PAULO, DE 1854 A 1889.

Quatro foram, sucessivamente, os professores catedráticos de Direito Romano que a Faculdade de São Paulo teve durante o Império: João Crispiniano Soares, Manuel Antônio Duarte de Azevedo, Francisco Antônio Dutra Rodrigues e Américo Brasiliense de Almeida Melo.

João Crispiniano Soares, nascido em 24 de junho de 1809, na Freguesia da Conceição de Guarulhos (SP), aprendeu latim na aula régia do

---

4. Criação dos Cursos... ob. cit., p. 233-235.

Professor André da Silva Gomes, e, em 1830, quando ainda não se ensinava Direito Romano na Faculdade de São Paulo - que, no entanto, exigia para o ingresso nela a aprovação em gramática latina matriculou-se no curso jurídico, vindo a receber o diploma de bacharel em dezembro de 1834. Doutorou-se em 1835. Em 23 de abril de 1836, foi nomeado lente substituto. Fez carreira política, tendo sido deputado provincial e geral, e Presidente das Províncias de Mato Grosso, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo. Por Decreto de 8 de julho de 1854, foi nomeado professor catedrático de Direito Romano, e, no ensino dessa disciplina, ganhou renome no país. O discurso inaugural, que proferiu em 1854, nessa cadeira, então introduzida nos cursos jurídicos, teve larga repercussão, havendo sido considerado monumento de erudição e de eloquência. Nas suas lições, professava as doutrinas da Escola Histórica germânica, e seu autor preferido era Savigny. Graças a isso - como se verá no próximo item deste trabalho - substituiu o compêndio de Waldeck pelo de Warnkoenig como base de suas lições. Muito orgulhoso, começava suas aulas em voz baixa e a ía elevando na medida em que desenvolvia o tema, e com frequência dizia que Papiniano, Cujácio e outros haviam errado ao sustentar certas opiniões. Sacramento Blake<sup>5</sup> dá notícia de um *Tratado sobre Fontes do Direito Pátrio* escrito por Crispiniano em colaboração com seu colega e amigo Joaquim Ignácio Ramalho, catedrático de Direito Processual Civil; não se conhece, porém, qualquer exemplar dessa obra. Embora Duarte de Azevedo - que, mais tarde, o substituiu na cátedra de Direito Romano - tenha alcançado um compêndio escrito por Crispiniano para uso de seus alunos, e que seria resumido, claro, metódico e seguro nas suas doutrinas, o certo é que não foi ele impresso, e não se conhece dele nenhuma

---

5. *Dicionário Bibliográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1895, v. 3, p. 396 (reimpressão de off-set feita pelo Conselho Federal de Cultura, Rio de Janeiro, 1970).

cópia.<sup>6</sup> João Crispiniano Soares jubilou-se como professor, em 21 de agosto de 1871.<sup>7</sup>

Para preencher a vaga deixada por Crispiniano, foi nomeado lente catedrático de Direito Romano, em 15 de novembro de 1871, Manoel Antônio Duarte de Azevedo.<sup>8</sup> Nascido em Itaboraí, na Província do Rio de Janeiro, em 16 de janeiro de 1832, ingressou na Faculdade de Direito em 1852, bacharelando-se em 1856. Em 4 de agosto de 1859, recebeu o grau de doutor em Direito. Na política, ocupou o cargo de Presidente das Províncias do Piauí (em 1860), de Alagoas (em 1861) e do Ceará (em 1862). Em decorrência de concurso, foi nomeado professor substituto em 9 de agosto de 1862, e como tal permaneceu até sua nomeação como catedrático de Direito Romano, em substituição a Crispiniano. Deixou grande fama no exercício do magistério. Dizendo-o tipo perfeito de professor, assim sintetizou Spencer Vampré suas qualidades para o ensino: "*a precisão, o método, a clareza, a simplicidade expositiva, a profundidade dos conceitos, a elegância da forma, e uma irradiante simpatia*".<sup>9</sup>

Pelágio Lôbo, cujo pai foi aluno de Duarte de Azevedo em 1880, assim se refere a este: "*O velho Duarte, conselheiro do Império, era um grande professor: - fluente, claro, seguro, sem arroubos, ensinava o Direito Romano percorrendo, numa série de aulas pontualíssimas, todo o programa, no que este apresentava de essencial e básico. Suas lições, claras, desembaraçadas, dadas à classe numa exposição de invejável fluência, sem arrebiques desnecessários e sem rasgos de eloquência, ensinavam, de verdade, a matéria e habilitavam a classe a*

---

6. Sobre esse compêndio, informa Almeida Nogueira: "*Temos notícia, igualmente, de um compêndio de Direito Romano, da lavra do eminente romanista, para curriculum dos seus discípulos. Também ficou inédito. Este trabalho esteve, por empréstimo do seu preclaro autor, em mãos do conselheiro Duarte de Azevedo, que nele admirou o método, a clareza e a segurança das doutrinas, não obstante ser obra resumida, um manual, mais que um expositor*" (*Tradições e Reminiscências da Academia de São Paulo*, São Paulo, A Editora, 1909, v. 6, p. 73).

7. A respeito dos dados biográficos de Crispiniano, *vide* Azevedo Marques, *Apontamentos Históricos, Geográficos, Biográficos, Estatísticos e Noticiosos da Província de São Paulo*, 5a. edição, Belo Horizonte, Itatiaia/EDUSP, 1980, t. 2, p. 34-35; Sacramento Blake, *ob. cit.*, 1895, v. 3, p. 396; Almeida Nogueira, *ob. cit.*, v. 6, p. 68-78; e Spencer Vampré, *Memórias para a História da Academia de São Paulo*, 2ª edição, Brasília, Instituto Nacional do Livro e Conselho Federal de Cultura, 1977, v. 1, p. 180-184.

8. Para a biografia de Duarte de Azevedo, *vide* Sacramento Blake, *ob. cit.*, v. 6, p. 16-18; e Spencer Vampré, *ob. cit.*, v. 2, p. 123-126.

9. *Ob. cit.*, v. 2, p. 124.



*guardar uma noção suficiente desse Direito, de forma a assegurar-lhe o indispensável desenvolvimento futuro*".<sup>10</sup> Advogado de grande renome, foi eleito deputado várias vezes à Assembléia Provincial e à Assembléia Geral; participante do Gabinete de 7 de março de 1871, foi nele, de início, Ministro da Marinha, e, depois, Ministro da Justiça. Jubilou-se na Faculdade, em 28 de maio de 1881. É de notar-se que, ainda quando lente substituto, Duarte de Azevedo, na *Memória Histórica* da Faculdade, relativa ao ano de 1864, já criticava o currículo dos cursos jurídicos, assim aludindo ao Direito Romano: "*O Direito Romano, a mais próxima e abundante fonte de nosso direito privado, a base de todas as legislações civis dos povos da Europa, como disse Cousin, a mais bela aplicação da lei natural, na frase de Bossuet, a razão escrita, e o direito modelo, como a denominaram tantos outros, aí é ensinado em um ano só: e, o que é mais grave, ensinado no primeiro ano da Faculdade, quando a inteligência dos alunos, removida de chofre dos estudos preparatórios para as aulas de Direito, não está ainda em estado de investir com as dificuldades da mais técnica e sistemática das legislações conhecidas*".<sup>11</sup> E, na reorganização que propunha para as Faculdades de Direito (que daria dois cursos, um de ciências sociais em dois anos e outro de ciências jurídicas em quatro anos), incluía, no curso de ciências jurídicas, duas cadeiras de Direito Romano: uma no segundo ano e outra no terceiro.<sup>12</sup>

A Duarte de Azevedo segue-se, na cátedra de Direito Romano, Francisco Antônio Dutra Rodrigues.<sup>13</sup> Carioca, bacharelou-se em São Paulo em 1865, tendo recebido o grau de doutor em Direito em 1866. Classificado em primeiro lugar no concurso para professor substituto, foi nomeado a 9 de outubro de 1872. Ascendeu à cátedra de Direito Romano por Decreto de 25 de junho de 1881, e a deixou em virtude do falecimento ocorrido em 29 de setembro de 1888. Sua atuação como professor é assim referida por Spencer Vampré:

*"Foi Dutra Rodrigues afamado professor: - embora prolixo, e difuso, era penetrante nas críticas, e as suas*

---

10. *Recordações das Arcadas*, São Paulo, Reitoria da Universidade de São Paulo, 1953, p. 270.

11. *Apud* Spencer Vampré, ob. cit., v. 2, p. 137.

12. *Ibidem*.

13. A respeito de sua biografia, vide Sacramento Blake, ob. cit., 1893, v. 2, p. 393-394; e Spencer Vampré, ob. cit., v. 2, p. 224.

*apostilas de Direito Romano, conhecidas pelos nomes de Dutrinha, e Dutirão, serviram de pábulo a muitas gerações de estudantes.*

*Falava torrencialmente, como José Bonifácio, mas repetia, em cada ano, quase literalmente, o que expusera nos anteriores.*

*Quando freqüentamos a Faculdade, no quinquênio de 1905 a 1909, eram ainda lidas as suas lições, com justo acatamento" <sup>14</sup>*

O último catedrático de Direito Romano nomeado antes da queda do Império, ocorrida em 1889, foi Américo Brasiliense de Almeida Melo. Nascido em São Paulo, em 8 de agosto de 1833, matriculou-se na Faculdade de Direito em 1851, bacharelando-se em 1855. Doutorou-se em 1860. Advogado e político, foi nomeado professor substituto em 11 de setembro de 1882, depois de classificar-se em primeiro lugar no respectivo concurso. Em 3 de outubro de 1888 foi promovido a catedrático de Direito Romano, tomando posse no cargo a 22 dos mesmos mês e ano. Pouco tempo, porém, exerceu essa cátedra, nomeado que foi, por decreto de 21 de março de 1891, catedrático de Direito das Gentes.<sup>15</sup>

Nos trinta e cinco anos, que vão de 1854 a 1889, de ensino de Direito Romano, durante o Império, na Faculdade de São Paulo, várias vezes professores substitutos assumiram temporariamente a cátedra de Direito Romano. Na maioria dos casos, o impedimento dos catedráticos se deu pelo exercício de funções políticas. Aludindo a esse problema, Duarte de Azevedo, na *Memória Histórica* de 1864, escreveu:

*"Tratam, porém, os legisladores de considerar e de erguer o magistério à altura do seu incontestável merecimento, e da benéfica influência, que lhe cumpre exercer na sociedade, tornem-no independente, com remunerações, que não desdigam do posto eminente, que ocupam aqueles servidores do Estado, e que os ponham ao abrigo da penúria de meios, para a decente*

---

14. Ob. cit., v. 2, p.224

15. Dados biográficos em Sacramento Blake, ob. cit., 1883, v. 1, p. 71-72; e Spencer Vampré, ob. cit., v. 2, p. 299-301.

*manutenção de suas famílias; facultem ao Governo a jubilação, com o ordenado proporcional, daqueles que, em oito, ou dez anos, se não mostrarem capazes de ensino, e reservem a aposentadoria, com todos os vencimentos, para os que consumirem vinte e cinco, ou trinta anos, no professorado, ou nele se inabilitarem para outro qualquer serviço; desperte assim a lei, e por outras medidas que tais, tão usadas na Europa, as verdadeiras vocações, arredando dos concursos, pela severidade das provas, as aspirações ilegítimas, e aniquilando, no ânimo dos que se destinam à vida pesada do magistério, a fraqueza, se não desejo natural, de melhorarem sua condição; proceda assim, e não faltará, sob a regra das incompatibilidades, ou independente delas, quem se dedique de alma e coração ao professorado, e exhiba abundantemente o fruto de suas locubrações e fadigas, com proveito da mocidade e do país. A política ficaria então de parte; e até a advocacia judicial, que tanto distrai o lente de seus estudos cotidianos, e das leituras de sua cadeira, muita vez de matéria estranha ao serviço de advogado, não se reputaria mais ocupação própria, e digna de um professor de Direito, que, somente no melhor desempenho do seu honroso cargo, deverá concentrar todas as vantagens e glórias do seu presente e do seu futuro".<sup>16</sup>*

Lecionaram Direito Romano, nesse período, intermitentemente, os professores substitutos Manoel Antônio Duarte de Azevedo, Carlos Leôncio Carvalho, João Teodoro Xavier de Matos, João Jacinto Gonçalves de Andrade (Cônego Andrade), José Maria Correia de Sá e Benevides, José Joaquim Almeida Reis e Francisco Antônio Dutra Rodrigues. Desses substitutos, como já se viu, dois ascenderam à cátedra de Direito Romano: Duarte de Azevedo e Dutra Rodrigues.

---

16. *Apud* Spencer Vampré, ob. cit., v. 2, p. 136.

## 4. OS COMPÊNDIOS EMPREGADOS NO ENSINO DO DIREITO ROMANO.

Em Coimbra, antes da Reforma Pombalina, não se adotava no ensino das instituições de Direito Romano um compêndio que o professor, nas aulas, devesse desenvolver com suas explicações. Por isso mesmo, Verney criticava a forma pela qual as Institutas eram estudadas, com estas palavras ásperas:

*"Passemos às Instituições, cujo método infinitamente me desagrada. É coisa digna de riso que, reduzindo Justiniano o Corpo do Direito a poucas palavras nas suas Instituições, para que os estudantes pudessem formar em breve a idéia de todo o Direito, a qual com o tempo fossem ampliando, queiram os Mestres que os estudantes comecem pelo Mânzio, Oinotom, Vínio, e outros autores difusísimos, os quais não dizem palavra que não confirmem com dez textos; e, com tanta erudição, confundem o juízo e impedem a percepção. De que nasce que os estudantes tanto entendem as Instituições como a língua da China; e passam aquele primeiro ano lendo muito, e entendendo pouco; e comumente não acabam o primeiro livro"* <sup>17</sup>

O método então utilizado, mesmo para o estudo das instituições, era o analítico, cujos inconvenientes foram assim resumidos no *Compêndio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra no tempo da invasão dos denominados Jesuítas e dos estragos feitos nas ciências e nos professores e diretores que a regiam pelas maquinações e publicações dos novos estatutos por eles fabricados*, obra publicada em 1771 pela Junta de Providência Literária que D. José constituíra, em 1770, para examinar as causas da decadência daquela Universidade:

*"248. Da mesma sorte não deputaram alguns Professores para lerem publicamente uma, e outra Jurisprudência por compêndios: nem também dispuseram, que só depois de aprendido o compêndio sintético se passasse às Lições Analíticas.*

*249. Antes muito pelo contrário somente estabeleceram lições pelo Método Analítico; e para*

---

17. Verdadeiro Método de Estudar. In: *Estudos Médicos, Jurídicos e Teológicos*, Lisboa, Sá da Costa, 1952, v. 4, p. 116.

*estes precisamente é que destinaram todas as cadeiras, que instituíram: não fazendo menção alguma das Lições Sintéticas, nem querendo admiti-las nas Escolas, sem embargo do vantajosíssimo uso, que delas haviam já feito o incomparável Cujácio, e outros jurisconsultos egrégios, que com grande utilidade dos ouvintes haviam imitado o seu louvável exemplo.*

.....  
251. *Deste estabelecimento das Lições Analíticas, e do abuso, que era muito natural, que delas se fizesse, como se fez, resultaram dois inconvenientes tão graves, como são os seguintes.*

252. *O primeiro: o de se explicarem anualmente em todas as cadeiras de ambas as Faculdades muito poucos textos, e doutrinas, e ainda estas sem conexão, e dedução, que mais que tudo concorrem para elas bem se perceberem, e se imprimirem melhor na memória. .... Do que era forçoso seguir-se saírem os estudantes da Universidade sem terem chegado a aprender, e nem ainda a ouvir as principais regras, e primeiros princípios de todas as matérias do direito, como na realidade saíam.*

253. *O segundo inconveniente das mesmas Lições pelo Método Analítico foi o grande embaraço, e invencível impedimento que com elas se pôs aos bons progressos dos Estudos Jurídicos. Porque como elas eram formadas sem os necessários, e impreteríveis subsídios da interpretação genuína dos textos, como é manifesto, por faltarem estes totalmente na Escola de Bártole, que era só a que nelas se seguia (o que também se faz certo com igual evidência pela inteira falta dos ditos subsídios que muito facilmente se pode observar nos Comentários e Postilas, que para as mesmas lições se ditavam): de tudo isto provinha também que as sobreditas Lições Analíticas mais serviam para confundir, escurecer, e tornar a Jurisprudência arbitrária; e para controverter, e fazer disputável todo o direito, ainda o mais certo, do que para ilustrá-lo, e comunicar-lhe as luzes, de que ele necessita".<sup>18</sup>*

---

18. Verdadeiro Método... ob. cit., p. 261-262.

Para que se corrigisse esse defeito, já havia aconselhado Verney que os estudantes estudassem as Institutas de Justiniano lendo as breves paráfrases que a elas fizeram Perézio e ainda melhor - Heinécio, deixando de lado todos os demais comentadores que *"são impertinentes e confusos, e pouco próprios para principiantes - , dos quais digo o que já disse um homem douto dos comentários do Cardeal Caetano sobre S. Tomás: que, depois que os comentadores explicaram S. Tomás, ninguém o entendeu"*.<sup>19</sup> Posteriormente, o referido *Compêndio Histórico*, recomendando a adoção do método sintético-compendiário, ressaltava a necessidade de o ensino das Institutas se fazer por meio de um compêndio:

*"Para que as lições públicas das Escolas possam produzir o maior fruto possível, não basta que se ordenem pelo método sintético. É necessário que se façam também pelo caminho compendiário; e que o direito se ensine por um compêndio completo, e bem ordenado, o qual não só traga as definições mais claras, e exatas; as divisões necessárias e os princípios de todas as matérias; mas todas estas matérias se achem nele dispostas pela ordem mais natural, e com uma tal dedução, que entre elas ocupem sempre o primeiro lugar as mais simples, e que não dependem das outras para poderem bem entender-se; e delas se vá sempre passando, como por degraus, para as mais complicadas, e sublimes, não se chegando nunca a estas sem se terem preparado os ouvintes com a prévia noção de todas as outras, que os podem ilustrar para a boa inteligência delas.*

*Porque tão-somente por meio destes compêndios se pode adquirir facilmente uma idéia sistemática de todo o direito: das partes, e matérias, de que ele se compõe; e da conexão, e relação, que há entre elas"*<sup>20</sup>

Feita a reforma da Universidade de Coimbra com os Estatutos baixados por D. José I em 1772, estabeleceu-se neles que o ensino das instituições de Direito Romano - que era o elementar - se faria pela edição, anotada por Boehmer, das Institutas de Justiniano e da Paráfrase de Teófilo, a

---

19. Ob. cit., p. 169.

20. *Ibid.*, p. 259.

qual nesse mesmo ano de 1772, fora impressa na Imprensa Régia, em Lisboa.<sup>21</sup> Essa obra foi adotada por causa das notas escritas por Boehmer, como se vê desta passagem do capítulo X ("*Das Instituições de Direito Civil Romano, que se hão de ensinar no primeiro ano do curso dos legistas*") do título III do Livro II dos mencionados Estatutos, onde se determinou aos professores: "*E para este fim usarão das que Bohemero ajuntou, e fez estampar na Edição, que deu do texto da Instituta com a Paráfrase de Teófilo; não só por se acharem na dita Edição estas notas já unidas com o texto, e com a Paráfrase; mas também pelo merecimento substancial, e intrínseco delas; por serem formadas depois do grande número de escritos, e de observações, com que os jurisconsultos cujacionos, antigos, e modernos, têm trabalhado para dissipar as trevas do Direito Romano*".<sup>22</sup>

Reconheciam, porém, os Estatutos que as notas de Boehmer eram insuficientes, pois "*ainda há muitos lugares a que Bohemero faltou com as luzes necessárias*".<sup>23</sup> Em razão disso e enquanto não fosse elaborado um compêndio pelo professor dessa cadeira -, determinaram eles que o professor escrevesse breves notas aos lugares das Institutas que demandassem maiores luzes, notas, porém, que não podiam ser ditadas aos alunos, mas fornecidas a eles por escrito em cadernos avulsos de onde as copiassem em suas casas.<sup>24</sup> Com essa determinação, procurava-se evitar o defeito das antigas apostilas ditadas pelos lentes e que, além dos erros grosseiros a que davam margem, consumiam grande parte do tempo letivo, impossibilitando a explicação das Institutas em sua íntegra.

O Aviso Régio de 26 de setembro de 1786 ordenou que as diversas Faculdades escolhessem um ou mais lentes para a elaboração dos compêndios das disciplinas elementares, e, em virtude disso, a Faculdade de Leis atribuiu

---

21. Lê-se na página de rosto dessa edição, em dois volumes: "*Fl. Justiniani imperatoris Institutionum libri quator, seu legitimae scientiae prima elementa. Justus Henningius Boehmer jurisconsultus recensuit, ex codice optimae notae emendavit, annotationibus illustravit, atque Theophili paraphrasin subjunxit cum duplici indice, Olisipone, ex typographia regia. Anno MDCCLXXII. Cum facultate Regiae Curiae Censoriae*"

22. Item 48.

23. Livro II, título III, item 49.

24. Livro II, título III, itens 49 e 50.

essa incumbência, para a feitura de todos os necessários (inclusive o relativo às instituições de Direito Romano) a Ricardo Raimundo Nogueira.<sup>25</sup>

Em 7 de maio de 1805, outro Aviso Régio, com base em Alvará de 16 de janeiro do mesmo ano, mandou que se adotasse como compêndio para o estudo das Instituições de Direito Romano "*o das Instituições de Direito Civil de Heineccio, emendadas e reformadas por Jo. Pedro Waldeck*"

Daí a razão de ter sido esse o compêndio cuja adoção, no Brasil, foi determinada pelos Estatutos, de 2 de março de 1825, do Visconde da Cachoeira, e que foram mandados observar, nos cursos jurídicos criados em 1827, pela Lei que os instituiu.

Esse compêndio foi o adotado, por pouco tempo, em São Paulo, por João Crispiniano Soares.

Waldeck - como noticia Landsberg<sup>26</sup> - foi professor em Göttingen, e, em 1788, publicou "*uma desfigurada e superficial reelaboração*" dos *Elementa iuris civilis secundum ordinem institutionem* de Heinécio, a qual chegava, em 1806, à quinta edição, e, ainda em 1828, era utilizada em Göttingen como fundamento das lições. Embora tenha sido jurista de segunda categoria, tornou-se conhecido, não só pela fineza em distinguir, mas também, e principalmente, pela refundição dos *Elementa* de Heinécio a que deu a denominação de *Institutiones Iuris Civilis Heineccianae emendatae atque reformatae*, obra que, já em 1805, era editada em Coimbra pela imprensa da Universidade. Nessa reelaboração, Waldeck eliminou o método axiomático seguido por Heinécio, o qual assim é caracterizado por Landsberg:

*"Este método quer demonstrar ao estudante a conexão e as causas das proposições jurídicas, para ajudar-lhe a adquirir, assim, o conhecimento científico: saber é conhecer perfeitamente a causa das coisas. Em primeiro lugar, é dada uma curta descrição do conceito principal, passando-se, depois, à exata definição. Dessa*

---

25. A propósito, vide Paulo Merêa, O Ensino do Direito. In: *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX*, Lisboa, Edição do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, 1947, v. 1, p. 157.

26. *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, dritte Abtheilung, erster Halbband, Noten*, München und Leipzig, Druck und Verlag von R. Oldenbourg, 1898, p. 287-288.



*definição se deduzem as regras jurídicas superiores do instituto jurídico em exame como corolários, os denominados axiomas. Dos axiomas isolados ou da ligação deles decorrem, de novo, os princípios jurídicos particulares que afinal, no direito positivo efetivamente dado, devem ser provados por meio de citações das fontes. Tudo isso em curtas proposições, em bom e muito simples latim; às vezes, são acrescentadas como 'escólios' explicações mais largas. Evidentemente porque os axiomas mediadores entre o conceito e as proposições finais têm capital importância, o método todo se chama axiomático".<sup>27</sup>*

Dessa eliminação resultou um compêndio seco e de não fácil compreensão para os alunos, tanto que, em 1845, Manoel Maria da Silva Brushy publicou, também pela Imprensa da Universidade de Coimbra, três volumes, intitulados *Anotações a Waldeck*, destinados a afastar como diz o autor no prefácio dessa obra o "*quanto medo incutem a proverbial aridez do Direito Romano, e o ímprobo trabalho, que se requer para entender o compêndio de Waldeck*", sendo que esse segundo ponto "*é o que por imediato e experimentado atemorisa mais*"<sup>28</sup>

Ao contrário do que ocorreu na Universidade de Coimbra, em que o compêndio de Waldeck foi adotado por muitos anos (em 1842, a Imprensa da Universidade publicava sua quarta edição portuguesa), em São Paulo ele só serviu de base para as lições de Crispiniano no segundo semestre de 1854 (quando se inaugurou o curso de Direito Romano) e durante o ano de 1855, pois, na *Memória Histórica* de 1856 redigida por Antônio Joaquim Ribas, este aplaudia o ato de Crispiniano de substituir o compêndio de Direito Romano de Waldeck pelo de Warnkoenig, e acentuava que, para justificar essa substituição, bastariam "*os progressos, que tem feito o estudo de direito e das antiguidades*

---

27. Ob. cit., p. 184-185.

28. p. IV. Antonio Luiz de Souza Henriques Secco em seu *Manual Histórico de Direito Romano* (Coimbra, Imprensa da Universidade, 1848, p. 73), aludindo a essa obra, a qualifica de "preciosa".

*romanas, graças aos esforços de Niebuhr, Hugo, Savigny, e tantos outros espíritos investigadores e perspicazes*".<sup>29</sup>

As *Institutiones Iuris Romani Privati* de L. A. Warnkoenig foram utilizadas como compêndio, em São Paulo, durante o resto do século XIX. No prefácio da quarta edição dessa obra, publicada em Bonn, em 1860, seu autor salienta que elas vieram à luz muito antes do que ele esperava porque seu editor lhe dissera que elas haviam sido muito vendidas no exterior, sendo adotadas como compêndio, mais recentemente, nas academias, entre outros países, no Brasil.<sup>30</sup> Essas *Institutiones*, já na sua terceira edição vinda à luz em 1834, haviam colhido os frutos da ciência romanística da Escola Histórica de Savigny. E na quarta edição - que foi a largamente utilizada no Brasil - se valeram elas amplamente dos trabalhos mais recentes de Savigny, de Vangerow e de Maynz. Divide-se essa obra em duas partes: na primeira (a Introdução), examinam-se alguns princípios jurídicos fundamentais, dão-se noções do desenvolvimento da história do Direito Romano (inclusive no império do Oriente e entre os povos do Ocidente), e se estudam as fontes de direito; na segunda (as relativas às instituições propriamente ditas), em quatro livros - seguindo a sistemática das Institutas de Gaio e de Justiniano - trata-se das pessoas (*de personis*), das coisas e da aquisição delas (*de rebus et acquisitionibus earum*), das obrigações (*de obligationibus*) e das ações e de outros modos de persecução do direito (*de actionibus et aliis iuris persequendi modis*). Escritas em latim, foram tais *Institutiones* traduzidas para o português por Antônio Maria Chaves e Mello, que se graduara em direito na França. Essa tradução veio à luz, em 1863, na cidade do Rio de Janeiro. Seu prefácio informa que para ela serviu de base a quarta edição do original, que, por suas qualidades, merecera ser adotada por João Crispiniano Soares como compêndio a ser seguido em suas lições.<sup>31</sup> Em 1882, publicou-se, também no Rio de Janeiro, pelo mesmo editor, uma segunda edição melhorada. Essas duas edições, tendo em vista o restrito público estudantil, demonstram que o estudo do Direito Romano na Faculdade de São Paulo se

---

29. *Apud* Spencer Vampré, ob. cit., v. 1, p. 300.

30. p. III.

31. *Instituições de Direito Romano Privado* compostas em latim por L. A. Warnkoenig, Dr. *in utroque Jure, etc.*, trasladadas para o idioma vernáculo por Antonio Maria Chaves e Mello (Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1863 -data do prefácio -, p. 1).

fazia, por parte dos alunos, principalmente por meio delas. Embora o ensino do latim desse como frutos alguns bons latinistas e os Estatutos, que o Decreto 1.386, de 28 de abril de 1854, mandou observar, mantivessem o exame da língua latina para o ingresso na Faculdade de Direito, muitos estudantes havia, por certo, malpreparados nessa disciplina. Um episódio relatado por Almeida Nogueira é bastante significativo. Referindo-se a um dos alunos da turma acadêmica de 1856 a 1860 Joaquim José Pereira de Santiago - diz ele:

*"Era muito estudioso; lutava, porém, com as dificuldades resultantes da deficiência dos seus estudos preparatórios. Por exemplo: quasi nada sabia de latim.*

*Imagem como poderia estudar Direito Romano ...*

*Uma feita, na aula do Crispiniano, o Santiago teve que suar para traduzir um fragmento do Digesto. O rígido mestre, percebendo o embaraço do aluno, mandou que ele tomasse as partes, e perguntou-lhe sucessivamente pelo sujeito, verbo e atributo" <sup>32</sup>*

Por isso mesmo, aliás, em 1882, Dutra Rodrigues, explicando os §§ 268 e 269 do compêndio de Warnkoenig, alertava quanto à frase "*divini iuris sunt res sacrae, religiosae et quodammodo sanctae*" que abria o segundo desses parágrafos:

*"O tradutor do Compêndio traduziu mal o original, dizendo que as coisas de Direito Divino se dividiam em coisas sagradas, religiosas, e, de certo modo, santas, porque o pensamento de Warnkoenig é diferente, não querendo ele dizer que são de Direito Divino as coisas de certo modo santas, mas que as coisas santas, de certo modo, são de Direito Divino" <sup>33</sup>*

## 5. O MÉTODO DE ENSINO.

A lei de 11 de agosto de 1827, que criou os Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais em São Paulo e em Olinda, ao estabelecer em seu artigo 10

---

32. Ob. cit., 1908, v. 3, p. 255.

33. *Direito Romano - Resumo completo das preleções desta matéria (taquigrafadas na Faculdade de Direito de São Paulo em 1882 por um Bacharel)*, São Paulo, Louzada & Irmão, 1888, p. 228.

que *"os Estatutos do Visconde da Cachoeira ficarão regulando por ora naquilo que forem aplicáveis; e não se opuserem à presente Lei"*, impôs, para o ensino desses cursos, o método sintético-compendiário que fora instituído em Portugal com a Reforma Pombalina feita pelos Estatutos da Universidade de Coimbra editados em 1772.

Esse método, adotado em substituição ao analítico, até então usado em Coimbra, era o utilizado principalmente nas universidades alemãs. Baseava-se ele na idéia de que a função precípua dos cursos jurídicos era a de ensinar aos estudantes os princípios e o sistema do direito. Por ser dedutivo, o método sintético-compendiário, como salienta Paulo Merêa,<sup>34</sup> *"consistia - segundo a própria linguagem dos Estatutos em dar primeiro que tudo as definições e divisões das matérias, passando-se logo aos primeiros princípios e preceitos gerais mais simples, dos quais se procederia para as conclusões mais particulares e complicadas"*, e, para isso, *"o direito devia ser ensinado por compêndios breves, claros e bem ordenados, nos quais apenas se contivesse a substância das doutrinas, as regras e exceções principais e de maior uso, fazendo avultar os princípios na sua conexão e dando predomínio à didática sobre a polêmica"*. Por outro lado, para que os estudantes pudessem aprender os princípios e o sistema do direito, era indispensável que o professor ensinasse, durante o ano letivo, toda a matéria contida nos compêndios, devendo as Escolas decidir, se não fosse possível prelecioná-la integralmente, sobre quais as partes menos importantes que poderiam ser suprimidas. Ademais, com a adoção de compêndios se procurava acabar com a prática das apostilas que eram dadas aos alunos pelos lentes, dando margem a grande perda de tempo letivo e aos erros grosseiros das anotações por ditado.

No ano em que foi instalada a cadeira de Institutos de Direito Romano 1854 - o Decreto 1.386, de 28 de abril, deu novos Estatutos aos cursos jurídicos. Em seu artigo 21, § 3º, determinou que as Congregações organizassem, no prazo de dois meses a partir da publicação deles, o regulamento complementar para a sua boa execução. Esse regulamento foi aprovado pelo Decreto 1.568, de 24 de fevereiro de 1855. Nele, mantinha-se o ensino com base em compêndios, como se vê em seus artigos 239 e 240:

---

34. Ob. cit., v. I, p. 157.

*"Art. 239. As preleções dos Lentes serão dadas sobre compêndios certos e determinados, compostos pelos mesmos Lentes ou adotados dentre os que já correm impressos; precedendo em todo o caso aprovação da Congregação, a qual poderá dar preferência a outros, se assim o entender conveniente ao aproveitamento dos alunos.*

*A escolha dos compêndios será comunicada ao Governo, e dependerá de sua aprovação definitiva.*

*Art. 240. Nas preleções darão os Lentes todas as explicações que forem necessárias aos alunos, tanto para mais fácil compreensão da matéria de que tratarem, como para o seu desenvolvimento, para a correção de qualquer doutrina errônea, ou menos conforme aos progressos da ciência, e para o conhecimento dos diferentes sistemas que possam haver sobre o assunto"*

No artigo 244, 2ª e 3ª partes, acrescentava, porém, que *"cada Lente Catedrático apresentará à Congregação, no 1º dia útil do mês de março, para ser por ela aprovado o programa do ensino de sua Cadeira"* e que *"este programa, depois de adotado, com modificações ou sem elas, não poderá ser alterado senão por deliberação da Congregação"*.

O método sintético-compêndiário foi seguido pelos professores da Faculdade de Direito de São Paulo durante todo o período do Império. Nela não ocorreu, com a consequência da abolição da obrigatoriedade do compêndio, a mudança, verificada na Faculdade do Recife, de que dá notícia a memória histórica escrita pelo romanista, então professor substituto, Joaquim de Albuquerque Barros Guimarães, em 1882. Nessa memória,<sup>35</sup> a págs. 10 (na parte concernente ao *"desenvolvimento das matérias do curso"*), se lê que, em sessão de 6 de dezembro de 1881, a Congregação, para remediar o fato de os compêndios estarem atrasados em face dos avanços da ciência quanto às doutrinas e ao método, adotou a indicação feita por alguns lentes para que os professores catedráticos apresentassem, na primeira sessão dela, em 1882, *"programas de ensino por lições ordenadas sistematicamente sobre todas as matérias de cada uma*

---

35. Na Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro, há um exemplar dessa *Memória Histórica* (indicação do catálogo: IV, 322, 6, 10).

*das cadeiras*", e isso para libertar o professor da obrigação "*de seguir os textos de velhos compêndios*" e para compeli-lo a acompanhar o progresso científico, dando às matérias do curso um desenvolvimento melhor. Assim, Recife substituiu o compêndio pelo programa. Já em São Paulo, apesar de se elaborarem também programas, manteve-se o método compendiário, com a substituição, feita por Crispiniano em 1856, em vista do progresso da romanística moderna, do compêndio de Waldeck pelo de Warnkoenig. Note-se que, na edição das Institutas de Justiniano que Ernesto Ferreira França - que viria a ser catedrático de Direito Natural na Faculdade de São Paulo - publicou, em 1858, em Leipzig, incluiu ele, na parte final desse livro,<sup>36</sup> os *Iuris Civilis Romani scholarum in usum lineamenta*, que nada mais eram do que um programa de estudos dividido em livros, capítulos e parágrafos, e que abarcava a *Encyclopaedia et methodologia iuris (Lib. I)*, a *historia fontium iuris romani (Lib. II)*, o *ius actionum et processus civilis (Lib. III)* e as *Institutiones iuris civilis romani (Lib. IV)*. Essa orientação, porém, não encontrou eco na Congregação das Arcadas do Largo de São Francisco.

Os dois objetivos a que visava precipuamente o método sintético-compendiário - dar uma visão geral dos princípios e do sistema de Direito Romano e acabar com a prática das apostilas - não foram alcançados no ensino desse Direito, durante o Império, na Faculdade de Direito de São Paulo.

Pelas poucas apostilas - editadas, ou não, em forma de livro - que chegaram até nós atinentes a esse período (1854 a 1889), pode-se ter uma idéia de como funcionava, na prática, o método sintético-compendiário no tocante ao Direito Romano.

A mais antiga dessas apostilas que encontrei foi a das lições ministradas por José Maria Correia de Sá e Benevides, como professor substituto, de abril a 25 de setembro de 1877 (já em 31 de julho desse mesmo ano havia passado a catedrático de Direito Natural, Público e das Gentes, em virtude da jubilação, nesse cargo, de Ernesto Ferreira França). Delas há um exemplar na Biblioteca da Faculdade de Direito de São Paulo,<sup>37</sup> o qual lhe foi

---

36. *Institutionum D. IUSTINIANI libri IV in usum Academicarum Brasiliensium editit E. Ferreira França I.U.D., apud F. A. Brockhausium, Lipsiae, MDCCCLVIII*, p. 317-329.

37. A indicação do catálogo é: 08-20-4.

doado, em 22 de janeiro de 1923, pelo Prof. João Brás de Oliveira Arruda, que ingressou nas Arcadas em 1877, tendo, portanto, assistido a essas aulas. Tais apostilas se celebrizaram graças a Rui Barbosa. Este, como deputado, publicou, em apêndice ao parecer sobre a reforma do ensino superior apresentado à Câmara em 13 de abril de 1882, o texto da 39ª lição de Direito Romano dada por Sá e Benevides que se encontrava nessas apostilas. A aula toda versara a explicação do § 19 do compêndio de Warnkoenig, do qual o conteúdo assim era exposto pelo referido professor:

*"No § 19 o nosso Comp. afirma perante a filosofia do direito que a justiça é uma idéia inata; e na parte final do § estabelece a diferença entre o direito natural e o direito positivo, dizendo que o direito civil, na linguagem moderna, é chamado direito positivo em antítese ao direito natural".*<sup>38</sup>

Em nota, Rui Barbosa fez-lhe esta crítica contundente:

*"A lição de direito romano (!), que aqui se transcreve, é o corpo de delito da falta de seriedade que lavra em grande escala no ensino superior, entre nós. Não qualificamos a filosofia, a ciência e a crítica de que esse documento é revelação. O fim da publicidade que ora se lhe dá, é expor ao país a incrível amostra de um ensino, em que se trata de tudo menos de assunto que corre ao lente o dever de professar. Uma lição do direito romano, em que ao Direito Romano nem remotamente se alude! Este método de ensinar as Pandectas, endeusando o Syllabus, e caricaturando a ciência moderna, devia vir a lume, para que os bons espíritos toquem a chaga que denunciemos, e contra a qual propomos severas medidas. Fazemos justiça aos lentes de mérito, que as nossas Academias contêm; mas o ensino em geral tem descido de um modo incalculável. Parece impossível baixar mais.*

*Costumam os estudantes de S. Paulo reproduzir pela litografia as lições professadas ali. É de uma dessas*

---

38. *Obras Completas de Rui Barbosa: Reforma do Ensino Secundário e Superior*, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Saúde, 1942, v. 9, t. 1, p. 307.

*litografias que trasladamos na íntegra essa inimitável lição de direito romano.*

*Note-se que ela é a trigésima nona do curso, e que alude a outras nas quais o professor se ocupou tanto das Institutas, do Digesto e do Código, quanto nesta".<sup>39</sup>*

Em artigo publicado no *Correio Paulistano* (São Paulo) e no *Jornal do Comércio* (Rio de Janeiro),<sup>40</sup> Sá e Benevides replicou ao ataque de Rui Barbosa, salientando, inicialmente, que a matéria versada na aula em questão era o § 19 do compêndio adotado pela Faculdade, o qual tratava de assunto puramente filosófico (a definição filosófica do Direito Natural e a afirmação de que o Direito Positivo emana da autoridade pública), razão por que a aula teve por objeto matéria própria à disciplina ensinada. Nesse artigo a que Rui treplicou em discurso proferido em sessão da Câmara dos Deputados, a 20 de outubro de 1882<sup>41</sup> -, há algumas informações sobre a forma por que, em 1877, se lecionava a cadeira de Direito Romano em São Paulo. Ei-las:-

*"É verdade que os meus discípulos tinham autorização minha para tomar notas e reproduzir pela litografia as lições professadas para uso exclusivo deles, sem que eu me responsabilizasse pela reprodução litográfica pois que não me obrigava a rever as notas tomadas antes de litografadas.*

*Não tenho o hábito como lente de fazer lições escritas para reproduzi-las na preleção oral. Costumo falar livremente, dando ao pensamento a forma do momento em que falo e segundo a ordem das idéias, conforme o plano oral da lição, sobre o qual medito, e estudo antes. Assim, pois, não tenho meio de verificar se a preleção oral foi reproduzida com inteira exatidão confrontando-a com o original.*

*Recorrendo, porém, aos apontamentos que tenho dessa preleção, posso com segurança dizer qual a minha responsabilidade na referida lição impressa".<sup>42</sup>*

39. Ob. cit., v. 9, t. 1, p. 307

40. Ele está reproduzido nas *Obras Completas...* ob. cit., 1948, v. 9, t. 2, p. 285-320.

41. O resumo desse discurso se encontra nas *Obras Completas...* ob. cit., v. 9, t. 2, p. 127-136.

42. *Ibid.*, v. 9, t. 2, p. 286.



e um pouco mais abaixo:

*"O compêndio a que se refere a lição é - Warnkoenig: Institutiones Juris Romani Privati - Introductio, cap. 1º, tit. 3º, § 19".*

.....  
*Nos §§ 14, 15, 16, 17 e 18, o compêndio trata do Direito Natural, das Gentes e Civil, segundo o Direito Romano, e já tinham sido explicados. No § 19, o que cumpria examinar era a noção filosófica do Direito Natural quanto a ser inato à razão, visto como o Direito Positivo Geral e o Direito Romano já tinham sido considerados.*

*A lição 39ª, que a Comissão se dignou imprimir, versou portanto sobre a matéria própria e não sobre matéria estranha. A lição versou sobre a indagação do ser a justiça idéia inata".<sup>43</sup>*

Ao contrário do que ocorria com os antigos mestres da Universidade de Coimbra - *"a palavra lente (e a observação é de Carlos Maximiliano) recorda as preleções dos antigos professores de Coimbra, escritas uma vez, retocadas de ano em ano e saporativamente lidas em aula"*<sup>44</sup> Sá e Benevides não lia as lições que houvesse escrito, mas fazia preleções orais seguindo apontamentos tomados quando da preparação da aula, aula essa cuja duração não mais era de hora e meia como determinavam os Estatutos do Visconde da Cachoeira, para que se empregasse meia hora para ouvir os estudantes e a hora restante para a explicação do compêndio, mas, sim, de uma hora, em conformidade com o artigo 69 dos Estatutos para as Faculdades de Direito mandados observar pelo Decreto 1.386, de 28 de abril de 1854, e no qual se preceituava: *"Os Lentes são obrigados a lecionar em todos os dias úteis da semana, por espaço de uma hora, podendo, sempre que o julgarem conveniente, ouvir alguns dos alunos sobre a lição da véspera"*. Portanto, com essa redução, a hora de aula era geralmente toda empregada no desenvolvimento da parte do compêndio tomada para servir-lhe de objeto. Utilizava-se Sá e Benevides do original em latim das *Institutiones Juris*

---

43. *Obras Completas...* ob. cit., v. 9, t. 2, p. 287.

44. *Apud* Cândido de Oliveira Filho, *Métodos de Ensino das Ciências Jurídicas*. In: *Livro do Centenário dos Cursos Jurídicos (1827-1927)*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1929, v. 2, p. 441.

*Romani Privati* de Warnkoenig, e não da tradução já existente. Apesar da adoção do compêndio, persistia o velho hábito da elaboração, certamente por parte de algum dos estudantes, de apostilas resultantes de anotações tomadas em aula e reproduzidas, sem a revisão do professor, litograficamente. Esse hábito se explicava até pelo fato de que as preleções desenvolviam a matéria contida no compêndio, não se limitando, portanto, o professor a simples esclarecimentos sobre pontos obscuros, e este, muitas vezes, divergia da opinião de Warnkoenig, emitindo a sua, apoiada, ou não, em outros autores que citava. Essas características do método adotado ressaltam nítidas da apostila das lições de Sá e Benevides professadas em 1877. Mas vinham de longe. Do ensino de Crispiniano a tradição guardou estes traços, de que dá notícia Vampré, e que mostram, à falta hoje do registro gráfico de suas preleções, que ele se fazia por explanações orais eloqüentes, sem guardar fidelidade à doutrina do compêndio seguido:

*"Professava as doutrinas da escola histórica, seguindo a Savigny, seu autor predileto.*

*Começando baixinho as preleções, entusiasmava-se gradualmente, ao ponto de apostrofar, em voz ostentórica, os autores que combatia.*

*Chegando-lhe aos ouvidos que o dr. Furtado, que lecionava, à mesma hora, na aula contígua, se queixava de rumor de suas vozes, disse Crispiniano sempre orgulhoso:*

*'Eu ergo a voz, porque tenho confiança no que digo. Não receio errar; não temo que o mundo inteiro me ouça'.*

*De outras vezes, não hesitava em dizer: - 'Indubitavelmente Papiniano errou...' ou ainda: 'Donellus, Cujacius, e a corrente dos comentadores, são desta opinião; eu, porém, entendo que eles erraram, e penso diversamente...'*

*A um estudante, que opunha, aos ensinamentos da cátedra, a doutrina geral dos clássicos do Direito Romano, replicou:*

*' - Então o sr. não admite que um jurisconsulto moderno corrija um jurisconsulto antigo?'<sup>45</sup>*

---

45. Ob. cit., v. 1, p. 182.

Aliás, mesmo com relação a professor que seguia em suas aulas o compêndio que ele próprio havia escrito, faziam-se apostilas, por causa do desenvolvimento dado nas preleções aos parágrafos do livro. Na segunda edição, datada de 1872, das Apostilhas de Prática, referentes às lições de *Hermenêutica Jurídica* e do *Processo Civil* dadas por Joaquim Ignácio Ramalho, colega e contemporâneo de Crispiniano, que adotava para o processo civil o compêndio que publicara em 1861 (*Prática Civil e Comercial*),<sup>46</sup> encontra-se esta nota final bastante elucidativa sobre a elaboração e a difusão das apostilas:

*"Um acidente lastimável (o desastre em 6 de setembro de 1865 na inauguração da estrada de ferro de S. Paulo) impediu que o ilustrado professor terminasse as suas preleções, das quais coligimos para nosso uso, e de alguns colegas, estas lições, de apontamentos tomados no correr da exposição. Conhecemos que muitas vezes tiramos à frase precisa e elegante do sábio mestre a sua força, porém, apenas procurávamos apanhar o pensamento, e a nós e não a ele se devem atribuir os erros que porventura se encontram: pois, como fica dito, redigíamos sobre apontamentos e muitas vezes com o único auxílio da memória.*

*Destas Lições se iam publicando diariamente, à tarde, no ano de 1865, as que eram pela manhã explicadas na Faculdade, pelo que foi muito imperfeito o trabalho; e tomados raríssimos os poucos exemplares que se imprimiram, anuímos aos constantes pedidos de uma nova edição, mais pelo desejo de satisfazê-los, do que levado por qualquer outro motivo. Procuramos nesta segunda edição sanar as incorreções da primeira, e adicionamos-lhes algumas notas no sentido de melhor inteligência do texto, feitas porém sempre ao correr da pena e à medida que se iam publicando. Possa isto servir de desculpa para as imperfeições de que estão cheias"*<sup>47</sup>

---

46. Foi impressa em São Paulo pela Tipografia Imparcial de Joaquim Roberto de Azevedo Marques.

47. Essas apostilas de Processo Civil foram impressas na Tipografia Americana, em São Paulo, em 1872; a nota transcrita no texto, que se encontra a p. 309, informa que elas dizem respeito às aulas dadas por Joaquim Ignácio Ramalho, em 1865.

Pela apostila das aulas de Sá e Benevides, verifica-se, ainda, que um dos objetivos da adoção do método sintético-compêndiário - o de se dar ao aluno uma visão geral de toda a matéria contida no compêndio - não era normalmente alcançado. Perdia-se muito tempo com longas explanações sobre os princípios gerais contidos na introdução do compêndio de Warnkoenig, que se encontravam no capítulo primeiro dela (*Generaliter de iuris origine atque progressu*), dividido em cinco títulos, assim dispostos: I. *De iure et iustitia*; II. *De iuris origine atque progressu*; III. *De iure naturali, gentium et civili*; IV. *De iurisprudencia*; V. *De publico et privato iure, sive totius iurisprudenciae in partes suas distributio*. Com efeito, para explicar os cinco primeiros parágrafos em que se dividia o título I relativo aos conceitos de direito e de justiça, Sá e Benevides deles se ocupou, em 1877, em dezoito aulas, das 74 que, de abril a 25 de setembro, proferiu nesse ano letivo. Por isso, na trigésima nona lição - a criticada por Rui Barbosa por versar exclusivamente direito moderno - ainda estava na explicação do § 19 do compêndio de Warnkoenig, o qual integra o título III (*De iure naturali, gentium et civili*) da Introdução, e se encontra na pág. 6 desse livro, constituído de 354 páginas de texto. Nesse passo, evidentemente, seria impossível sequer explicar o livro I das *Institutiones Iuris Romani Privati* concernente ao direito das pessoas (*De personis*). Por outro lado, persistia-se numa das falhas do antigo método analítico adotado na Universidade de Coimbra antes da Reforma Pombalina, falha essa exprobadada por Verney, em texto anteriormente transcrito, no qual dizia ele que, enquanto Justiniano reduzira o corpo do direito a poucas palavras em suas Institutas, "*para que os estudantes pudessem formar em breve a idéia de todo o direito, a qual com o tempo fossem ampliando*", os mestres conimbricenses, pela prolixidade dos comentários que faziam e dos autores de que se utilizavam, "*comumente não acabam o primeiro livro*". Esse defeito não era peculiar a Sá e Benevides, que era muito voltado à filosofia do direito, mas se encontra também em Dutra Rodrigues, cujas preleções - e elas espelham o seu ensino, pois ele, como informa Vampré,<sup>48</sup> além de falar torrencialmente, "*repetia, em cada ano, quase literalmente, o que expusera nos anteriores*" - foram resumidas e publicadas, em 1887, por um estudante, em livro do qual o prefácio mostra que o método empregado por esse professor era substancialmente o mesmo:

---

48. Ob. cit., v. 2, p. 224.

*Ao Leitor*

*Resumindo em um volume as excelentes preleções de Direito Romano, expendidas em aula, na Faculdade de Direito, pelo ilustre jurisconsulto e lente daquela Faculdade Dr. Dutra Rodrigues, acreditamos auxiliar muito aos Srs. estudantes de Direito; pois que, como sabemos, o Direito Romano é a fonte de todos os mais direitos, e muitas vezes temos necessidade de recorrer a ele, para consultar ou salvar alguma ou algumas questões de que não tenha cogitado o legislador.*

*Cumpre, porém, advertir ao leitor, de que estas preleções foram dadas à publicidade sem a revisão e responsabilidade de seu ilustre autor, poluindo, por conseqüência alguns erros e faltas em várias lições, pelo que esperamos que a benevolência e inteligência do leitor facilmente desculpará.*

*Para a melhor compreensão desta obra é necessário que o leitor tenha o Compêndio de Direito Romano de Warnkoenig, cujos parágrafos e capítulos são nestas preleções brilhantemente desenvolvidos.*

*Achamos imprescindível necessidade publicar, sob o título Introdução, a história resumida do Direito, desde a criação do mundo até os nossos tempos, extraída dos melhores escritores.*

*Rio de Janeiro, 1<sup>o</sup> de janeiro de 1887<sup>m</sup> 49*

Nessa obra, que abarca, em suas 250 páginas, 38 preleções, estas só esgotam a matéria que era tratada nos cinco títulos em que se dividia o capítulo I

---

49. *Preleções de Direito Romano expedidas em aula pelo Dr. Francisco Antônio Dutra Rodrigues (Lente catedrático da Faculdade de S. Paulo) com uma introdução sobre a história geral do Direito, extraída dos melhores escritores de Direito por um estudante de Direito*, Rio de Janeiro, Imprensa Industrial, 1887, v. 1, p. 1.

Em 1888, impresso em São Paulo, na Tipografia Louzada & Irmão, vinha à luz *Direito Romano - Resumo completo das preleções desta matéria (taquigrafadas na Faculdade de Direito de S. Paulo, em 1882) por um Bacharel em Direito*, em cujo prefácio (p. 1) se diz que esse trabalho nada mais é do que um resumo das preleções, feitas em 1882, pelo referido professor.

da *Introdução* do compêndio de Warnkoenig, além de fornecer um resumo da história do Direito Romano, a descrição do *Corpus Iuris Civilis* e noções de direito escrito (*ius scriptum*) como fonte do direito objetivo, matérias essas que são versadas nas 33 primeiras páginas do compêndio referido.

Pelágio Lôbo, porém, dá notícia de que o ensino de Direito Romano sob a direção de Duarte de Azevedo abarcava toda a matéria no que fosse essencial e básico. Diz ele:

*"Tive à mão essas preleções nas apostilas pertencentes a meu pai, da turma de primeiranistas de 1880, apanhadas taquigraficamente e copiadas pelo estudante Antônio Mercado - com a mesma letra igual, firme e clara que conservou até o fim dos seus honrados 80 anos - volume esse que doei à biblioteca da Academia, ao tempo em que era diretor Alcântara Machado. As preleções abraçam o curso completo - noções preliminares de Direito, justiça, 'aequitas', pessoas, coisas, obrigações, e chegam à família e sucessões, calcadas na orientação adotada pelo sólido Mackeldey, edição belga".<sup>50</sup>*

Como quer que seja, na cadeira de Institutas do Direito Romano, punha-se o estudante em contato com o Direito Romano, dando-lhe noções básicas necessárias ao seu estudo. Seus princípios sobre Direito das Coisas, Direito das Obrigações, Direito de Família e Direito de Sucessões eram aflorados pelos professores de Direito Civil, dada a necessidade, inclusive, de muitas vezes se ter de recorrer ao Direito Romano para suprir as lacunas do Direito Civil brasileiro que continuava a ser, basicamente, o contido nas Ordenações Filipinas de 1603, com as alterações posteriormente introduzidas. Frequentíssimas, por isso mesmo, eram as remissões ao Direito Romano feitas pelos compêndios utilizados no estudo acadêmico do Direito Civil, como, a princípio, as *Instituições* de Melo Freire, e, mais tarde, o *Curso de Direito Civil Brasileiro* de Antônio Joaquim Ribas. Eminentemente romanista, aliás, era a formação dos professores que, no Império, lecionaram essa cadeira. Justino de

---

50. Ob. cit., p. 270. A apostila a que alude Pelágio Lôbo infelizmente não mais se encontra na biblioteca da Faculdade de Direito de São Paulo, não se achando sequer sua indicação no fichário de obras ou de autores.

Andrade, que a ensinou de 1868 a 1890, era versado nas obras de Savigny, de Puchta, de Windscheid.<sup>51</sup> Do profundo conhecimento do Direito Romano de Antônio Joaquim Ribas dá pujante demonstração a obra que deixou escrita, especialmente seu livro clássico sobre Direito Civil.<sup>52</sup> Vicente Mamede, exigia (segundo o depoimento de Waldemar Ferreira, que foi seu aluno) que os estudantes, quando argüidos, soubessem de cor capítulos não apenas da obra de civilistas como Ribas, Lafaiete, Coelho da Rocha, Aubry et Rau, mas também de romanistas como Maynz, Mackeldey, Bonjean, Van Wetter, Ortolan; por isso, ficou na tradição que, além de fazer questão fechada da assiduidade dos alunos, lhes marcava a lição de cada dia, com a indicação do livro e da página de cada autor, dizendo: " - *Este ponto deve ser estudado em Maynz, do § tal ao § tal; no Conselheiro (Conselheiro Ribas), da página tal a tal; no Conselheiro Lafaiete, da página tal a tal*".<sup>53</sup> E também professores de outras matérias freqüentemente recorriam, em seu ensino, ao Direito Romano. De Ernesto Ferreira França, que se doutorou em Direito Civil e em Direito Canônico pela Faculdade de Direito de Leipzig, diz Almeida Nogueira que "*era principalmente, ou talvez exclusivamente - romanista. Sentia-se deslocado na cátedra de Direito Comercial e achava meios de, na regência dela, explicar digressivamente - Direito Romano*".<sup>54</sup>

Uma última informação digna de nota, sobre o método de ensino, nos fornece a apostila de Sá e Benevides em 1887. Na 26ª lição, em 5 de junho, começou ele acentuando que "*na forma dos estatutos os Senhores têm de fazer duas dissertações: dou quanto ao primeiro - análise do § 3º desse comp.: introdução, cap. 1º Tit. 1º*". Era o cumprimento do disposto no artigo 243 do Regulamento Complementar dos Estatutos das Faculdades de Direito aprovado pelo Decreto 1.568, de 24 de fevereiro de 1855, para a execução do § 3º do artigo 21 do Decreto 1.386, de 28 de abril de 1854. Nele se lia: "*O Lente de cada cadeira dará anualmente aos seus discípulos dois pontos escolhidos, dentre as mais importantes doutrinas que lhes houver explicado, para dissertações por escrito*

---

51. Spencer Vampré, ob. cit., v. 2, p. 43.

52. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Universal de Laemmert, 1865, vs. 1 e 2: parte geral.

53. Spencer Vampré, ob. cit., v. 2, p. 296.

54. Ob. cit., v. 1, p. 262.

*em língua vulgar, as quais serão feitas e entregues no prazo de mês e meio. Estas dissertações, depois de examinadas pelos respectivos Lentes, serão remetidas por eles até o fim do ano letivo ao Secretário, que as arquivará por ordem dos anos".* A tanto se reduzira a determinação dos Estatutos do Visconde da Cachoeira de que os professores deveriam dar, no fim de cada mês, um ponto aos estudantes, dentre os explicados, para que fizessem uma dissertação destinada a aferir, a fim de que fossem considerados no final do ano letivo, seu bom gosto no escrever e o progresso nos conhecimentos da disciplina.

## 6. O MÉTODO SINTÉTICO-COMPENDIÁRIO E A PRODUÇÃO DE OBRAS DIDÁTICAS PELOS PROFESSORES DE DIREITO ROMANO DA FACULDADE DE SÃO PAULO.

À semelhança do que ocorreu em Portugal, em que, apesar do empenho das autoridades no sentido de que os professores da Universidade de Coimbra escrevessem os seus compêndios, estes - como observa Teófilo Braga<sup>55</sup> - *"nunca apareceram, salvo um ou outro que naufragou nas Congregações, e os escritos de Paschoal José de Mello"*, no Brasil, embora desde os Estatutos do Visconde da Cachoeira já fizesse a mesma recomendação, o certo é que, com raras exceções, algumas das quais não foram aprovadas, não se elaboraram os desejados compêndios. De nada adiantou a promessa de prêmios, como a contida no artigo 72 dos Estatutos aprovados pelo Decreto 1.386, de 28 de abril de 1854: *"Terão direito a prêmios os Lentes ou quaesquer pessoas que compuserem compêndios ou obras para uso das aulas, e os que melhor traduzirem os publicados em língua estrangeira, depois de terem sido ouvidas sobre eles as Congregações e de serem aprovados pelo Governo"*. Essa promessa, aliás, voltou a ser feita no artigo 137 dos novos Estatutos às Faculdades de Direito do Império mandados observar pelo Decreto 3.454, de 26 de abril de 1863: *"Terão direito a prêmios os Lentes, ou quaesquer pessoas, que compuserem compêndios, ou obras, para uso das aulas, ou que melhor traduzirem os que forem publicados em língua estrangeira. Esses prêmios porém não poderão ser conferidos sem que o Governo*

---

55. *História da Universidade de Coimbra*, Lisboa, Academia Real das Ciências, 1898, t. 3, p. 706.



*aprove os ditos compêndios, ou traduções, tendo ouvido sobre eles as Congregações".*

Por falta de compêndios escritos pelos próprios professores - o de Crispiniano, que seria a exceção, em São Paulo, no terreno do Direito Romano, ficou inédito, não tendo sido, portanto, utilizado por seus alunos -, o método sintético-compendiário, então adotado, deu margem àquilo que, com ele, se procurava evitar: a utilização das apostilas. Como o professor desenvolvia suas aulas sobre os parágrafos do compêndio adotado, manifestando-se, por vezes, contra a doutrina neles contida, faziam-se apostilas com base nos apontamentos, em geral imperfeitos, colhidos nas aulas, e era por elas que os alunos estudavam. Reproduzia-se, no Brasil, o que sucedia em Portugal, onde as apostilas se denominavam "sebentas", e contra as quais de nada adiantaram providências como a do edital de 1786 do reformador-reitor Castro que proibia, em Coimbra, que os alunos tomassem notas em aula, sob pena de sanções severas: "*E ordeno outrossim aos bedeis que vigiem muito cuidadosamente pela exata observância desta importante providência; e que tenham a maior vigilância em apontar todos aqueles estudantes que por qualquer modo a pretenderem iludir. Os quais pela primeira vez serão multados em 1\$600 réis para os mesmos bedeis que os apontarem; pela segunda vez pagarão a mesma multa em dobro, que terá a mesma aplicação, e incorrerão além disso na pena de dois meses de prisão e de lhes serem havidas por sem causa as faltas que naquele tempo fizerem nas suas respectivas aulas; e pela terceira vez, finalmente, ficarão incursos na perda irremediável do ano*".<sup>56</sup>

Ainda no final do Império - como o demonstram as apostilas já referidas, das aulas de Sá e Benevides, Duarte de Azevedo e Dutra Rodrigues -<sup>57</sup> persistia o uso delas.

Aliás, durante o Império, o compêndio mais desenvolvido de Direito Romano Privado é a *História Interna do Direito Romano Privado até Justiniano*, de autoria de Luiz Antônio Vieira da Silva. Essa obra foi a primeira sobre a

---

56. Braga, ob.cit., t. 3, p. 701.

57. Spencer Vampré diz que "*as suas apostilas de Direito Romano, conhecidas pelos nomes de Durinha, e Dutra, serviram de pábulo a muitas gerações de estudantes*" Suas preleções, como já se salientou no texto, foram publicadas em resumo nas duas obras referidas na nota 45. (ob. cit., v. 2, p. 224)

denominada *história interna* escrita em língua portuguesa, e foi publicada pela Editora Eduardo & Henrique Laemmert, no Rio de Janeiro, em 1854, ano em que o Direito Romano começou a ser lecionado em nossos cursos jurídicos. Seu autor, natural do Maranhão, embora fosse doutor em leis e em cânones pela Universidade de Heidelberg e se houvesse destacado como historiador e parlamentar, não foi professor de Direito em São Paulo ou em Recife, e talvez, até por isso, seu compêndio que é obra de mérito, e que revela o conhecimento das fontes romanas e da literatura romanística alemã - não foi adotado por qualquer das duas Escolas então existentes.

Os outros dois compêndios de Direito Romano que se publicaram também no Império saíram das penas de dois professores de Recife - Joaquim de Albuquerque Barros Guimarães e José Soriano de Souza. Ambos vieram à luz em 1883. O do primeiro - obra que alcançou uma segunda edição em 1904<sup>58</sup> - se intitula *Elementos de Direito Romano*, e abarca apenas a parte introdutória do programa seguido na Faculdade de Direito do Recife no ano de 1883, não chegando, portanto, a tratar do direito das pessoas, das coisas e das ações, segundo a classificação adotada pelas Institutas de Gaio e de Justiniano. O do segundo<sup>59</sup> - que foi impresso com o pseudônimo Vico também observa o referido programa adotado no ano de 1883, e vai até o ponto XXXIX dele. Desde o ano anterior - 1882 - a Faculdade de Direito do Recife, como já se salientou anteriormente, havia adotado o sistema dos programas, libertando, assim, os professores "*da obrigação de seguir os textos de velhos compêndios*".<sup>60</sup>

Em Direito Romano, durante o Império, a única obra de professor da Faculdade de São Paulo que, com fins didáticos, veio à luz foi uma edição das Institutas de Justiniano, baseada no texto que se encontra no *Corpus Iuris Civilis* dos irmãos Kriegel, e publicada por Ernesto Ferreira França, em 1858, em Leipzig, com este título: *Institutionum D. Iustiniani Libri IV in usum Academiarum Brasiliensium edidit E. Ferreira França I.U.D.*. A raridade dos

---

58. *Elementos de Direito Romano*, 2ª edição, Pernambuco, Manoel Nogueira de Souza-Editor, 1904 (edição póstuma).

59. *Pontos de Direito Romano segundo o programa da Faculdade de Direito em 1883 por Vico*, Recife, Central, 1883.

60. Clovis Bevilacqua, *História da Faculdade de Direito de Recife*, 2ª edição, Brasília, Instituto Nacional do Livro e Conselho Federal de Cultura, 1977, p. 162.

exemplares que restam dela<sup>61</sup> Spencer Vampré,<sup>62</sup> na biografia que escreveu desse professor alude a vários trabalhos seus, mas salienta sobre esse, embora ele esteja relacionado no *Dicionário* de Sacramento Blake a que o historiador da Faculdade de Direito de São Paulo remete os leitores demonstra que não foi usada em nosso ensino jurídico, embora seu autor, no prefácio escrito em latim, esperasse que esse pequeno livro, destinado precipuamente aos alunos, não fosse inútil aos próprios professores (*"Denique speramus fore, ut hicce libellus, quamquam alumnis praecipue destinatus, tamen ne ipsis quidem professoribus prorsus inutilis esse videatur"*).<sup>63</sup>

---

61. Na Biblioteca Nacional, no Rio de Janeiro, há um exemplar, cuja indicação no catálogo é: III, 3, 1, 2.

62. Ob. cit., v. 2, p. 94.

63. *Institutionum* ... ob. cit., p. VIII.

# LA TIPICITÀ DEL SISTEMA CONTRATTUALE ROMANO

*Mario Talamanca*

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Roma "La Sapienza"

## Resumo:

No sistema contratual do Direito Romano constata-se, como se sabe, uma tipicidade forte, por meio da qual se permite às partes, ao regular as suas relações, empregar somente os tipos de contrato colocados à disposição pelo ordenamento; diverso, portanto, da tipicidade fraca dos sistemas contratuais do direito moderno.

Tal constatação, no entanto, não deve ser entendida de forma rigorosamente dogmática, eis que, no arco de evolução da jurisprudência romana, pode-se verificar a presença de vários fenômenos aparentemente contrários a uma interpretação rígida da tipicidade forte. É o caso, principalmente, dos contratos inominados, da intervenção pretoriana por meio das *actiones in factum*, da disciplina civilística das *dationes ob rem*, da *actio incerti* de Aristão e Mauriciano e, por fim, e em especial, da *stipulatio*, ato jurídico abstrato e formal que conjugava a relativa rigidez da forma - a *congruentia verborum* - com a liberdade de conteúdo.

A partire dalla pandettistica, è usuale la constatazione della *tipicità* del sistema dei contratti romani, in cui il termine contratto va inteso nel senso romano di negozio obbligatorio, tendenzialmente bilaterale. Si tratta, com'è noto, di una tipicità *forte*, la quale implica che i soggetti possono impiegare, per regolare i loro rapporti, soltanto i tipi di contratto posti a disposizione, dall'ordinamento: si tratta di cosa ben diversa da quel pensare per tipi che è caratteristico di qualsiasi costruzione ed argomentazione giuridica, e che, in definitiva, sottende anche la tipicità *debole* dei nostri sistemi contrattuali. E, a ben vedere, codesta tipicità forte si estende, d'altronde, a tutte le altre forme del sistema negoziale che possono vedersi inverte in nell'esperienza giuridica romana, ché, anzi, in queste ultime - si pensi, ad es., al sistema della trasmissione della proprietà (nonché della costituzione dei diritti reali parziari) od ai *negozi* di diritto familiare - essa è, senz'altro più rigorosa che nel sistema contrattuale.

Ora nella formulazione corrente, e che risale, come dicevo, alla pandettistica, la tipicità del sistema contrattuale romano è pensata in modo rigorosamente dogmatico: qualsiasi soluzione venga data al problema delle origini di tale sistema e della tipicità che lo connota, l'ordinamento romano viene assunto in una dimensione statica, fuori del tempo, in cui, ovviamente, la tipicità diventa un dato di connotazione costante. Da questo angolo di visuale, non v'è certo spazio per cogliere i mutamenti nel modo d'essere della tipicità stessa, e per porsi il problema dei suoi limiti: e si tenga conto che quest'ultima prospettiva è di notevole rilievo sul piano della concreta operatività di un sistema, poiché una forte mutazione nell'un senso o nell'altro di tali limiti viene ad incidere sulla qualità del fenomeno. Le modificazioni quantitative, ai livelli elevati, reagiscono sempre sul piano qualitativo.

Nella impostazione corrente, v'è poi la tendenza a rimuovere la presenza di fenomeni che rilevano anche sul piano di una prospettiva sincronica: si pensi soltanto a due aspetti di certo non insignificanti, come la protezione riconosciuta in modi diversi ai c.d. contratti innominati e l'intervento pretorio con *actiones in factum* (più che con l'individuazione di nuovi tipi negoziali mediante *actiones edictales*, le quali danno luogo ad un sistema tipico pretorio concorrente con quello civile, anche se di solito non preso in considerazione). Quanto di regola vien detto sulla tipicità del sistema contrattuale romano assume come presupposti impliciti del discorso anzitutto la restrizione al sistema civilistico (e, eventualmente, quello creato dalla protezione edittale da parte del pretore), e poi, rispetto alla disciplina civilistica delle *dationes ob rem*, la necessità di una protezione delle fattispecie considerate in via di azione di adempimento.

Ma v'è di più: generalmente, nell'indagare sulla tipicità del sistema contrattuale romano, non si prende in considerazione l'*actio incerti* di Aristone e Mauriciano, che fonisce una tutela nei limiti dell'interesse positivo, e quindi dell'interesse all'adempimento, la quale astrattamente potrebbe valere per tutti i quattro tipi di contratti innominati (a prescindere dall'ulteriore osservazione che per la permuta, che copre praticamente tutti i casi di *do ut des*, v'era, a partire dal II sec. d.C., un'azione civile ed edittale di adempimento nel caso che una delle prestazioni fosse già stata adempiuta). A seconda dei casi, forse rilevano qui fattori diversi: la persuasione, ampiamente diffusa (ma mai dominante), che l'azione di adempimento, come *actio praescriptis verbis*, sia giustiniana

(persuasione che può influire soprattutto su chi si ponga sul piano di un diritto classico, come lo si intendeva all'epoca dell'interpolazionismo); la circostanza - molto più determinante, a mio avviso - che, anche al livello della giurisprudenza bizantina, tutela in via di adempimento dei contratti innominati e classificazione-enumerazione dei contratti (che è il punto di partenza per qualsiasi discorso sulla tipicità) era contesti di discorso incomunicanti. Dal punto di vista costruttivo, bisogna, poi, rilevare che, almeno nella nostra prospettiva, l'atipicità si connette con la consensualità (sulla quale non influisce l'eventuale forma sancita dall'ordinamento per la manifestazione del consenso), mentre la rilevanza giuridica dei contratti innominati nel sistema d'Aristone-Mauriciano, accettato dai compilatori giustiniane, dipende da un elemento reale, l'anticipazione di una delle prestazioni, che non può essere riportato ad una semplice previsione di forma, rappresentando un vincolo sostanziale alla libertà ed all'autonomia delle parti. Se così non fosse, l'introduzione dei contratti innominati nel sistema contrattuale romano avrebbe dovuto portare a riconoscere che da una tipicità *forte* si era passati a quella *debole* delle nostre codificazioni.

In questa breve rassegna cercherò, invece, di mettere in risalto quanto si possa cogliere, nello svolgersi della giurisprudenza romana, sullo sviluppo delle concezioni e delle soluzioni al riguardo, sia nel senso dell'affermarsi della tipicità nell'ambito ristretto del sistema contrattuale del *ius civile* e del modo in cui essa vi si struttura, sia della portata che alla tipicità di questo ristretto sistema va riconosciuta, tenendo conto dei fenomeni concorrenti, sia cercando di vedere le linee di sviluppo che si possono cogliere nel periodo postclassico.

E bisogna, altresì, tener presente - al livello di un'esegesi qui impossibile - un altro aspetto di cui gli interpreti moderni non si sono sempre dati sufficiente conto: a partire dagli inizi del II sec. a.C., l'esperienza giuridica romana si struttura come un diritto giurisprudenziale, che ha essenzialmente le caratteristiche di un *ius controversum*, e nel quale, in genere e soprattutto in contesti come quello qui discusso, difficilmente rileva un elemento eteronormativo (sia esso la *lex*, il *senatusconsultum* e, se si vuole, la *constitutio principis*). Quando l'interprete moderno, giurista che vive in un sistema codicistico, si pone dinanzi agli atteggiamenti avuti dei *prudentes* al riguardo deve abbandonare il modo di pensare che gli è proprio nel presente (e per cui, in definitiva, il momento ultimo da accertare è quello della volontà normativa

espressa in fonti di diritto eteronome, anche se raggiunta con la mediazione di un'interpretazione sistematica).

\* \* \*

Per quanto attiene ai diversi periodi storici, v'è un primo punto da precisare. La concezione puntuale di una tipicità e delle sue diverse varianti, da cui è partito il discorso sin qui fatto, mancava anche alla più matura giurisprudenza classica, nella quale si possono cogliere impostazioni e soluzioni, che, sulla base della nostra consapevolezza, vengono riferite a questa problematica. Nonostante la presenza dei *pontifices*, anche queste impostazioni e soluzioni nei termini propri della prima giurisprudenza imperiale - mancavano, però, in un periodo arcaico, connotato dall'empiria, per il quale siamo dinanzi ad una fenomenologia che non si distacca, sostanzialmente, da quella di un'esperienza in cui, come accade in Grecia, il diritto è vissuto, per l'appunto, senza una consapevole riflessione sul dato normativo o pragmatico. In esperienze del genere, ci si imbatte in fenomeni che possono, da lontano, sembrare analoghi a quelli che si hanno in un sistema contrattuale - o negoziale - tipico, soprattutto nel senso dell'impossibilità o, meglio, della difficoltà di espandere gli strumenti posti a disposizione dei soggetti. Chiunque indaghi sui problemi del contratto, e soprattutto della compravendita, nell'esperienza giuridica greca, dall'Attica ai papiri del periodo romano, vede bene come si articoli in una tale esperienza la problematica della ricerca del giuridicamente rilevante negli atti volti ad attuare una pacifica convivenza.

In Roma arcaica, i referenti oggettivi sono diversi dal mondo greco: si pensi soltanto al differente atteggiarsi dell'oralità e della scrittura in queste due esperienze. La ricerca di nuove forme contrattuali appare comunque difficile, al di là, come si è detto, del consapevole operare di una tipicità. Difficoltà non è, però, impossibilità, e questa considerazione trova immediata rispondenza negli sviluppi che - senza la necessità di una riflessione teorica sul dato pragmatico - il sistema contrattuale romano ha ancora sino alla fine della repubblica, sviluppi per cui, almeno per il I sec. a.C., si può certamente impostare il problema dei rapporti con la giurisprudenza. Per l'espansione del sistema contrattuale, basti pensare alla creazione dell'*obligatio litteris contracta* (la quale non può risalire a

prima della fine del III sec. a.C.), ed alla vicenda dei contratti consensuali che appare, senz'altro, molto più complessa.

\* \* \*

Per cercare di delineare, rapidamente, gli sviluppi del sistema contrattuale romano dall'angolo di visuale prescelto siamo posti, bisogna partire dal periodo immediatamente precedente alla grande espansione commerciale ed economica di Roma: non abbiamo motivo per ritenere che in questo periodo il sistema contrattuale differisse molto da quello esistente all'epoca della legislazione decemvirale, fatta salva la sparizione del *nexum*, sancita o promossa dalla *lex Poetelia Papiria*. A parte il mutuo, che ha una sua origine particolare (connessa, secondo l'opinione più probabile, con il delitto di furto), il sistema romano conosce, in sostanza, negozi di assunzione di garanzia, fra i quali si ricomprendono ancora la dazione di *vades* e di *praedes* (atti originariamente a struttura reale), ma di cui resterà vitale soltanto la *sponsio-stipulatio*, che consisteva, alle origini, in un giuramento promissorio. Proprio perché la formalità della struttura era essenzialmente riferita non al fatto garantito, ma al modo di assumere la responsabilità, questi atti potevano garantire una serie indeterminata di casi, che trovavano il solo limite dell'immaginario sociale: né risultano indizi, nelle nostre fonti, che l'eventuale specializzazione di queste forme - verbali e reali - di assunzione della responsabilità abbia mai giocato un ruolo - negativo - sui limiti di applicazione della *stipulatio*, i quali dipendevano esclusivamente dalla sua struttura (soprattutto come contratto unilaterale), mentre proprio la funzionalità della garanzia (assunzione della responsabilità in virtù di un evento futuro) sin dalle origini rendeva di casa, nella *stipulatio*, il meccanismo condizionale.

Era un sistema idoneo ad evolvere più o meno lentamente - verso un sistema basato sulla consensualità (accompagnata o meno da forme documentatrici) e sull'atipicità, il che sarebbe potuto avvenire mediante la progressiva deformalizzazione della *congruentia verborum* nella *sponsio/stipulatio* (al modo che, qualche secolo più tardi, vediamo almeno prospettato da Ulpiano, nella *lex* introduttiva di D. 45, 1). Postisi su questa strada, sarebbe potuta venir meno anche l'*interrogatio-responsio* (ma si tenga conto della persistenza del



requisito della *praesentia* nella *stipulatio* ormai degradata ad *instrumentum*). Se mi è permessa questa formulazione un po' paradossale, ciò non avvenne proprio a causa dell'apparire dei contratti consensuali, sul piano della tutela pretoria prima e soprattutto della loro recezione nel *ius civile*, più tardi.

È proprio l'emersione delle *obligationes consensu contractae* che connota, profondamente, lo sviluppo del sistema contrattuale romano negli ultimi due secoli della repubblica. Si sa quanto numerose e quanto articolate siano le ipotesi sulle origini di questo *genus contractus*. E, d'altro lato, non si deve far confusione fra il problema dell'origine del carattere vincolante del consenso (quali ne fossero i limiti) e quello dell'origine dei singoli contratti consensuali, né fra codesta problematica e quella, nettamente diversa, sul modo in cui, prima dell'introduzione delle singole *obligationes consensu contractae* si sopperisse ai bisogni della pratica cui avrebbero poi adempiuto queste *obligationes* (ammesso che tali bisogni esistessero nell'epoca presa in considerazione).

Non potendo discutere delle varie opzioni interpretative, accennerò soltanto i punti, a mio avviso, più probabili nella storia di questa figura. Non può negarsi in assoluto che anche al di fuori dell'efficacia del *pactum* (estintivo della *vindicta*) e del matrimonio *sine manu* - il consenso trovasse momenti di rilievo, nell'ordinamento cittadino già all'epoca delle XII Tavole: si pensi alla *manus iniectio* concessa in certe fattispecie di *venditio* e *locatio* collegate con la sfera sacrale. Si tratta, però, di fenomeni senza - apparenti - possibilità di sviluppo: l'*obligatio consensu contracta*, come noi la conosciamo, nasce nel commercio internazionale, per la compravendita e la società, forse per qualche figura di *locatio operis*. Le cause per cui le più che evidenti - necessità pratiche presero la via di questa formalizzazione giuridica sono oggetto soltanto di congetture. Nel III sec. a.C. non si potevano estendere ai *peregrini* le forme della *sponsio* (e sarebbe stato, del resto, impossibile imporle a costoro come presupposto per il carattere vincolante delle transazioni), né era pensabile di recepire nell'ordinamento romano le forme scritte delle *syggraphai*, usate nella prassi greca del commercio internazionale: al di là della forma restava la possibilità di far ricorso alla *fides bona* come momento regolatore del traffico, alla tutela della parola data indipendentemente da qualsiasi forma adibita, e ciò configurava già le *obligationes consensu contractae*.

Molto rapidamente questo schema venne recepito anche nei rapporti tra *cives*: e non possiamo qui seguire gli scarsi indizi né sulle tappe di questa recezione né sull'estensione dello schema del contratto consensuale ad altre fattispecie (penso al mandato, che difficilmente, per la sua gratuità, può esser sorto in ambiente mercantile), né tantomeno sui rapporti tra la *bona fides* come momento determinante nella protezione delle *obligationes consensu contractae* e i casi endogeni in cui la *bona fides* stessa si affermava come presupposto per una fattispecie giuridicamente rilevante (si pensi alla *fiducia* od all'*actio tutelae*).

Già accennavo che il sorgere dei contratti consensuali ha, con molta probabilità, portato, come contraccollo, all'irrigidimento della struttura formale della *verborum obligatio*, nel che ha senza dubbio influito anche l'iniziare nel II sec. a.C. della giurisprudenza e della sua opera sistematizzante. La *stipulatio*, infatti, coniugava la relativa rigidità della forma (la *congruentia verborum*) con la libertà del contenuto, che ormai le parti tendevano a sfruttare appieno: la forma costituiva il momento di emersione del giuridicamente vincolante. Essa mancava, per definizione, nei contratti consensuali, dove, come dice Gaio, non v'era *sollemnitas verborum* (né *scripturae proprietas*), e ad essa si venne mano sostituendo la tipicità causale.

Non è stato, senz'altro, un processo immediato: possiamo ancora vedere le tracce di uno sviluppo che ha portato al progressivo irrigidimento dei *fines contractus* (che sono, poi, *fines actionis*, dato che il sistema romano delle azioni è, anch'esso, tipico). Punto di partenza al riguardo sono le *leges contractus*, formulari di contratti, per così dire, agrari, che troviamo soprattutto nel *De agricultura* di Catone (quelle, invece, del *De re rustica* di Varrone sono interessanti perché mostrano l'adattamento di formulari pensati per una vendita a contanti alla nuova realtà della vendita consensuale ed obbligatoria). Nelle *leges* di Catone, i confini tra le varie figure sono incerti, soprattutto sul piano terminologico, ma anche su quello sostanziale: e, d'altro lato, si trova - anche se al livello di trace - il segno del passaggio tra modelli di formalizzazione giuridica precedenti, principalmente la *stipulatio*, e le *obligationes consensu contractae*. È, proprio, sotto questo profilo che si può cogliere una delle cause del fenomeno per cui l'irrigidimento della tipicità causale avvenga soltanto parzialmente e gradualmente in una prima fase storica. Per le *leges contractus* che assumevano efficacia giuridica in forma stipulatoria, non si poneva evidentemente un

problema di contenuto tipico, ché era la *conceptio verborum* a dar loro rilevanza. Con tali *leges* si venivano a perseguire scopi che, più o meno facilmente, s'inscrivano negli schemi, in formazione, dell'*emptio venditio* o della *locatio operis*, ma si tendeva naturalmente ad attribuire al *consensus* la stessa efficacia vincolante dei verba *stipulationis*, mentre in senso opposto, sia nella prassi giurisdizionale del pretore che nell'incipiente giurisprudenza, si stava come dicevo sostituendo alla formalità la tipicità causale quale momento per distinguere, nell'ambito negoziale, ciò che vincolava e ciò che non vincolava giuridicamente.

Questo è l'orizzonte, dai limiti più o meno precisabili, in cui ha operato la giurisprudenza repubblicana fino a quella proto-imperiale, nella quale si può cogliere di contro allo sviluppo di fondo verso l'irrigidimento dei tipi di contratto qualche traccia, fino a Labeone incluso, di un atteggiamento molto meno rigoroso (anche se bisogna, subito, precisare che il senso dell'evoluzione non è unidirezionale, ché vi sono fenomeni di segno opposto: si pensi, ad. es., al *mandatum pecuniae credendae*, il *mandatum qualificatum* della dottrina medievale). Ricorderò un paio d'esempi soltanto: Q. Mucio ed ancora Servio conoscono, nell'ambito della *locatio operis* e del deposito, le figure irregolari di contratto, quelle cioè in cui le cose date per venir elaborate o conservate passano nella proprietà dell'accipiente. La *locatio operis* irregolare cessa con Servio (od Alfeno): nella giurisprudenza posteriore è ancora vivo il problema della qualificazione della fattispecie del contratto con cui l'artigiano si impegna a trasferire cose prodotte con materiale proprio, fattispecie indubbiamente più ampia, ma in cui rientra, a ben vedere, anche quella della *locatio operis* irregolare. Nella tarda giurisprudenza classica, poi, si discute del deposito irregolare, in termini che non possono venir qui esaminati e che sono ampiamente controversi nella dottrina moderna, ma non risulta dalle fonti che i giuristi severiani si ricordino della circostanza che, senza discutere, Servio - ma non era evidentemente il solo - ammettesse, con una disciplina non precisabile nei dettagli, questa figura contrattuale.

V'è, in secondo luogo, Labeone: non è possibile riprendere, qui, il problema della definizione data da questo giurista al *contractus* come *ultra citroque obligatio* (e cioè, secondo un'opinione difficilmente confutabile, come contratto bilaterale), e della portata di tale definizione (se meramente

descrittiva, come sostanzialmente continuo a credere, o dogmatico-normativa, come si sostiene da parte di certi studiosi non certo caratterizzati, in genere, per la ponderatezza delle loro opinioni). Si apre, a questo punto, un problema che non sono in grado di affrontare in questa sede, quello degli influssi reciproci fra le diverse definizioni romane del *contractus*, oggetto da sempre di ricerche approfondite, e il *sistema contrattuale* romano considerato dal nostro punto di vista. Il problema trova referenti abbastanza interessanti proprio per Labeone, per cui è abbastanza agevole cogliere in vari passi una tendenza particolare nei confronti dei *finēs contractus*: in relazione a fattispecie che si trovano a cavaliere fra due (od eventualmente più) tipi contrattuali, in genere protetti mediante *iudicia bonae fidei*, od in cui manca qualche elemento necessario per l'integrazione del tipo stesso, il giurista augusteo concede un'*actio civilis in factum*, secondo una terminologia riportata da Papiniano (negli altri testi severiani si parla, in realtà, di *agere* od *actio praescriptis verbis*), in cui rispetto ad un possibile intervento pretorio sul piano del diritto onorario (con il quale ci si pone al di fuori della prospettiva seguita in questo momento) - è proprio la qualificazione di *civilis* ad esser importante. Il giurista non si muove, infatti, appellandosi alla discrezionalità normativa del pretore (il che avverrebbe, se avesse fatto ricorso ad un'*actio decretalis*), il che lo metterebbe, in un certo senso, al di fuori del sistema, bensì sfruttando le risorse estreme del sistema, in quanto opta per un'azione fondata sul piano del *ius civile*, anche se la sua esperibilità dipende dalle caratteristiche del caso concreto, e quindi sulla base di una valutazione complessiva del sistema contrattuale. Ed a ciò si collega il costante ancoramento a fattispecie già conosciute: si manifesta, qui, in sostanza l'operare della tipicità causale, che viene, però, intesa da Labeone in modo molto elastico, nel senso che la fattispecie deve andarsi ad inserire anche se in modo non rigoroso in un contesto, per cui si è già riconosciuta la tutelabilità sul piano del diritto.

Le decisioni di Labeone cui si è accennato si toccano, nel periodo severiano soprattutto, con la tutela dei contratti innominati: e su ciò torneremo fra un momento. Per riprendere il discorso sullo sviluppo del sistema contrattuale in generale, si ricordi che, immediatamente prima di Labeone, pervengono alla tutela mediante *iudicium bonae fidei*, e quindi alla rilevanza civilistica, anche il deposito ed il comodato (per non impegnarci nella discussione sul contratto

obbligatorio di pegno): si viene così a chiudere il sistema dei contratti del *ius civile*, che troverà la sua espressione non tanto nel manoscritto veronese di Gaio quanto nelle *Res cottidianae* (nei passi riportati nel Digesto le *obligationes litteris contractae* sono soppresse da parte dei compilatori). Si tratta di un sistema, indubbiamente, tipico, ma nella valutazione di tale tipicità dobbiamo tener conto di una circostanza già accennata: a parte i contratti letterali (la cui funzionalità è ristretta, nonostante la formalità e l'astrattezza, dalla limitazione alla *pecunia numerata* e dal formalismo interno), ci troviamo di fronte ad un sistema in cui la rilevanza delle fattispecie tipiche si articola in funzione di elementi causali (le *obligationes re e consensu contractae*) e formali (le *verborum obligationes*, più precisamente la sola *stipulatio*). Questa constatazione è di estrema importanza per soppesare il *Typenzwang* del sistema civilistico romano, sotto il profilo dell'impatto pratico sulla libertà contrattuale delle parti: si tratta di una costrizione ben diversa da quella propria di un sistema contrassegnato esclusivamente da una tipicità causale, per quanto numerose siano le fattispecie previste (si pensi al nostro codice civile, in cui, al posto della norma sulla libertà contrattuale, trovassimo una disposizione che sancisse la tipicità in senso *forte* del sistema). In effetti, in Roma, il sistema era molto flessibile: bisogna, anzitutto, tener conto dell'amplissima gamma di applicazioni che, già alla fine della repubblica, era propria della *locatio operis*, per cui, praticamente questa figura copriva tutti i casi di *facio ud des*, e *do ut facias*, purché la prestazione in *dando* consistesse di *pecunia numerata* (il che era, ed è, poi il caso più frequente); ed anche la *societas* offriva una forma giuridica capace di coprire qualsiasi accordo diretto a far considerare comune il risultato di una gestione, (sia pure di un singolo socio).

Ancora più importante era, però, il ruolo della *stipulatio*, che conservava, per tutto il periodo classico ed oltre, la funzione di negozio mediante il quale ci si poteva assumere la responsabilità per la frustrazione di qualsiasi aspettativa *creditoria* dello stipulante (e che, nella forma della *stipulatio poenae* o ancor più al *quanti ea res erit*, poteva assumere la funzione di creare responsabilità per il fatto di un terzo): in definitiva, le parti incontravano, dunque, un limite esclusivamente di forma, ché il sistema delle clausole stipulatorie accessorie ad una *conventio*, come risulta già praticato al tempo di Alfeno (cfr. D. 17, 2, 71 pr.), permetteva di superare anche i problemi derivanti dalla struttura rigidamente

unilaterale del contratto e, con qualche accortezza, a concatenare sinallagmaticamente l'adempimento delle singole prestazione, se le parti lo avessero sentito necessario e voluto.

Il sistema civilistico era già, al suo interno, sufficientemente elastico nell'ambito dei *quattuor genera contractuum*, nell'enumerazione che risulta dalle *Res cottidianae* (le quali aggiungono le *obligationes re contractae* del *ius gentium* a quelle già conosciute dal manoscritto veronese, ed eliminano la discussione sulla *condictio indebiti*, che ha trovato il suo posto nelle *variae causarum figurae*). Ma esso non andava a porsi nel vuoto, ché, a questo proposito, bisogna tener presente la possibilità dell'intervento pretorio, sia in via sia editale che decretale (sull'ampiezza del quale, nella concreta realtà storica, ha senza dubbio influito l'accennata elasticità del sistema civilistico in sé considerato), e va altresì considerata, sul piano concettuale e pratico, l'importanza della tutela dei c.d. contratti innominati.

Scarsa importanza ha l'intervento del pretore mediante la concessione di *actiones edictales*, che configuravano, dunque, delle nuove fattispecie, di una tipicità soltanto pretoria (la quale, del resto, non deve intendersi in senso rigorosissimo, data la possibilità di dare azioni decretali, che il pretore ha mantenuto sino alla fine della giurisprudenza classica, e forse anche oltre). Una volta sussunti mediante la concessione di *iudicia bonae fidei* nelle *obligationes re contractae*, c.d. del *ius gentium*, il deposito ed il comodato (e forse, ma più tardi, il pegno), le fattispecie per cui si danno azioni editali pretorie hanno una rilevanza molto marginale in un sistema contrattuale, avvicinandosi di più, con il *constitutum debiti* ed il *receptum argentarii*, alla promessa di pagamento, e configurando un aggravamento od un'estensione della responsabilità in fattispecie altrimenti tutelate dall'ordinamento, come il *receptum caponum*, *nautarum* e *stabulariorum*. E, per quanto concerne le azioni decretali, si ricadeconcretamente, in linea di massima nella tematica dei contratti innominati.

\* \* \*

Le considerazioni già fatte sull'elasticità del sistema civilistico (e soprattutto sull'impiego della *stipulatio*) sono una sufficiente spiegazione del carattere sostanzialmente marginale, sul piano pratico, della problematica dei *nova negotia*

e dei contratti innominati, il che si esplica su un duplice piano. A vedere più da vicino la casistica offerta dalle fonti al di là della schematizzazione astratta dei quattro tipi (*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*), si tratta di fattispecie residuali dal punto di vista socio-economico: e si potrebbe, ulteriormente, pensare a casi in cui si debba ricorrere al regime delle convenzioni sinallagmatiche, perché non ha funzionato la forma stipulatoria, od in cui le parti abbiano erroneamente fatto affidamento sull'integrazione di un contratto causalmente tipico. Ciò trova giustificazione nel fatto che, se negli affari del traffico o comunque economicamente di grossa rilevanza non fosse sufficiente lo strumentario posto a disposizione dai contratti causalmente tipici, si ricorreva alla *stipulatio*. Nessuno, penso, avrebbe condotto i propri affari a Roma, facendo deliberatamente ricorso all'efficacia - diretta o indiretta - dei contratti innominati: poteva accadere che, per ragioni contingenti, vi si dovesse far ricorso, ma si trattava, l'ho detto, di un rilevanza residuale.

D'altro lato, non v'erano grosse esigenze nella prassi nel senso dell'individuazione di nuovi tipi, il che è dimostrato dalla circostanza che nuovi tipi non emergono, al di fuori della permuta e del contratto estimatorio (che sembrano proprio essere l'eccezione che conferma la regola), neppure sul piano di quel *ius honorarium* che era più disponibile a recepire nuove istanze socio-economiche. Si tratta, tutto sommato, di una disputa che sembra coinvolgere i giuristi più che rispecchiare la dialettica fra un ordinamento statico e il dinamismo della vita sociale, dinamismo che, tutti lo sappiamo, non connotava del resto la società dell'impero.

Al livello della giurisprudenza classica, da Labeone in poi, la tematica dei contratti innominati viene affrontata in modo tendenzialmente separato da quella della classificazione dei contratti: ciò si riscontra, in modo piuttosto evidente, nel lungo squarcio di Ulpiano, contenuto in D. 2, 14, 1, *h.t.* 5 ed *h.t.* 7, che rappresenta una teorica generale della *conventio*, in cui - oltre che nella famosa impostazione di Sesto Pedio (che nel discorso di Ulpiano ha un'importanza parentetica) - i contratti sono solo marginalmente presi in considerazione come *conventiones quae transeunt in proprium nomen contractus* (e sono quelle che danno luogo alle *obligationes consensu contractae* ed alle *obligationes re contractae* del *ius gentium*, mentre i contratti innominati, trattati più a fondo di

quelli che hanno un *proprium nomen*, vengono ad emergere fra le *conventiones quae in suo nomine stant*, e non hanno quindi un *proprium nomen contractus*.

Con Ulpiano stiamo, però, alla fine del periodo classico, in cui questa tematica ha una lunga storia alle spalle. Le *dationes ob rem* sono rilevanti sul piano giuridico, dal II sec. a.C., anche se in un primo momento non sortono gli effetti tipici delle forme ricomprese nei *quattuor genera contractuum* gaiani, e cioè l'azione di adempimento che garantisce al soggetto l'interesse positivo (intesa questa espressione in senso generico, senza dar rilievo al diverso modo di calcolarlo a seconda del tipo di *condemnatio*).

Queste *dationes* hanno una linea di sviluppo che tende, per un certo periodo, ad allontanarle da un punto che avevano, alle origini, in comune col contratto. Tale punto era la protezione giudiziale mediante l'*actio certi*, con la quale il *dans* poteva ottenere la restituzione della cosa se non si fosse attuato lo scopo per cui la dazione era avvenuta. Quest'*actio certi*, che alla fine del periodo delle *legis actiones* si faceva valere con la *condictio* (e nel processo formulare dava luogo alle due forme dell'*actio certae creditae pecuniae* e della *condictio certae rei*) era l'azione che tutelava anche il mutuo, l'*expensilatio*, la *stipulatio certi* (ma anche il *iusiurandum liberti*). Tutti i contratti dell'antico *ius civile*, dunque, che davano luogo ad un'*obligatio certi* erano protetti da quest'azione, la cui tipicità si collegava - a differenze dalle *actiones ex delicto* (e degli stessi *iudicia bonae fidei*) - non alla fattispecie costitutiva, bensì al tipo di diritto fatto valere ed all'oggetto di quest'ultimo, il che permetteva, almeno in astratto, di impiegarla ogni qual volta si desse un'*obligatio certi* del *ius civile* correlata ad un atto lecito. Proprio il carattere astratto della *condictio* rispetto alla fattispecie generatrice dell'*obligatio* ne permetteva l'uso anche al di fuori del campo contrattuale (inteso nei limiti gaiani), in una serie di fattispecie in cui, secondo un principio la cui portata è discussa in dottrina (soprattutto per quanto riguarda le origini), si trattava di rimuovere un trasferimento di ricchezza che non risultava giustificato dall'inizio o che aveva perso la sua giustificazione: ed è proprio questo principio che ha portato alla tutela delle *dationes ob rem*.

L'uso della *condictio* nelle *dationes ob rem* le avvicinava senz'altro - sotto il profilo della tutela giudiziaria - alle fattispecie dove si andava individuando, da parte della giurisprudenza, un'*obligatio contracta*. Bisogna tener qui presente il fatto che alla classificazione dei contratti era preceduta nel tempo una



classificazione delle *causae condictiois*, la quale traluce ancora nella *Pro Roscio comoedo* di Cicerone, laddove si afferma che, per esercitarsi l'*actio certae creditae pecuniae*, era necessario che la *pecunia* fosse o *data* o *promissa* o *expenso lata*. Siamo, a tutta evidenza, dinanzi ad una classificazione che, nella sostanza, coincide con quella delle *obligationes in re, litteris, verbis contractae*: e, com'è noto, in dottrina non a torto si è sostenuto che la quadripartizione dei *genera contractuum* che si trova in Gaio risulti dalla concrezione delle *obligationes consensu contractae* sulla tripartizione delle *causae condictioes*.

Sotto il profilo della classificazione delle *causae condictiois*, dunque, le *dationes ob rem* erano senz'altro avvicinate alle *obligationes contractae*, ma se ne allontanarono nel momento in cui la tripartizione di queste *causae* diede luogo alla quadripartizione dei *genera contractuum*. In quest'ultima non ebbero mai ingresso, a nostra conoscenza, tali *dationes*, mentre da Gai 3, 91 sappiamo che era discussa la questione se la *condictio indebiti* rappresenti o no un caso di *obligatio re contracta*, alla quale una minoranza di giuristi, i *quidam*, dava una risposta affermativa. Gli elementi a nostra disposizione sono, invero, pochi, e bisogna essere molto prudenti nella formulazione delle ipotesi. A parte qualsiasi discussione sul profilo della consapevolezza da parte dei protagonisti di questa storia (che sono poi i giuristi), è, a quanto sembra, l'incontro con i contratti consensuali (strutturalmente delle *conventiones*), ad emarginare i residui casi di applicazione della *condictio*. Il profilo in base al quale ciò accadeva è evidenziato, per la *condictio indebiti*, da Gai 3, 91: manca, in questa fattispecie, l'intento pratico delle parti volto a costituire un vincolo (*magis distrahere vult negotium, quam contrahere*). Tale profilo non regge, però, per le *dationes ob rem*, dove il trasferimento della proprietà avviene allo scopo, per l'appunto, di assicurarsi una prestazione o comunque un comportamento dell'accipiente: se il parere dell'interprete moderno non è troppo condizionato dal suo modo di vedere, l'*obligatio contracta* è qui esclusa dalla circostanza che la *res* richiesta con la *condictio* non è l'oggetto della controprestazione, detto in altri termini che non si ha qui un'azione per l'adempimento, bensì per la *risoluzione* del contratto.

Quale sia stato il senso preciso degli eventi che allora si svolsero è difficile da determinare: il risultato è, però, abbastanza evidente nei suoi esiti ultimi, che debbono essersi verificati già nel I sec. d.C. La tripartizione delle *causae condictiois*, nella sua valenza contrattuale (che non è l'unica) concorre

alla creazione dei *quattuor genera* delle *obligationes ex contractu*, che si ritrovano rispechiati complessivamente in Gaio (ed ai quali si fa singolarmente allusione in vari passi del Digesto), ma sembra, con ciò, esaurire la sua funzione, ch  ad essa non si fa pi  allusione. Contemporaneamente, la *condictio* che non   azione di adempimento (com' , invece, l'*actio certae creditae pecuniae* nel mutuo o la *condictio certae rei*, nella *stipulatio a rem dari*) viene separata dalla figura dell'*obligatio re contracta*, e cos  la tematica delle *dationes ob rem*, dove la *condictio* tende sempre a rimuovere un trasferimento ingiustificato, si allontana dalla materia contrattuale.

Ma, in materia di contratti innominati, si va, per , oltre all'azione, per chiamarla cos , di risoluzione. Per i tipi *do ut des* (e per l'*aestimatum*, che vi si avvicina), la concessione di un'azione in adempimento aveva trovato una sanzione sul piano normativo dell'editto con la concessione forse dopo Aristone - di due *formulae edictales*, che debbono ritenersi di *ius civile* con *intentio 'ex fide bona'*, ma in cui come requisito dell'azione era mantenuta l'anticipazione di una delle prestazioni (la quale, nel contratto estimatorio, era necessariamente quella di colui che promuoveva la vendita). Cos , per , si perveniva a creare due nuove specie di contratti tipici, ci si poneva, se si vuole, al di fuori della tematica dei contratti innominati. Ma vi sono state soluzioni anche all'interno di quest'ultima tematica, in cui ci si muoveva, allargandola, nell'ambito della prospettiva labeoniana dell'*actio civilis in factum*, ed utilizzando a tale scopo un altro strumento del giurista augusteo, il *contractus* inteso come '*synallagma*', e cio  come *ultra citroque obligatio*.

  la soluzione avanzata da Aristone e ribadita da Mauriciano, che si contrappone all'opinione dei pi  grandi giuristi dell'epoca, Celso e Giuliano, ed ha quindi l'aria d'essere un po' eterodossa, anche se ripresa da Ulpiano. Per Aristone, dunque, nel caso di una convenzione sinallagmatica in seguito all'esecuzione di una prestazione sorgeva un'*obligatio civilis* a favore della parte adempiente, fondata contemporaneamente sul '*synallagma*' e sul *causam subesse*, sulla previsione di uno scambio e sull'esistenza di una giustificazione oggettiva offerta dallo spostamento patrimoniale: questa soluzione era possibile, pur nell'inesistenza di un *proprium nomen contractus* (la quale implicava la disponibilit  di un'azione tipica), proprio perch  il sistema romano delle azione conosceva un'*actio incerti*, probabilmente risalente alla *legis actio per iudicis*

*arbitrive postulationem*, la quale come la correlativa *actio certi* - era esperibile ogni qual volta, sul piano sostanziale, venisse integrata un'*obligatio incerti*. Questa azione, cui pensava Aristone, era, molto probabilmente, un'azione con *intentio*, *civilis incerta*, al *quidquid dare facere oportet* (ma non *ex fide bona*), ed aveva sempre ad oggetto un *incertum*, qualquiasi fosse la natura della prestazione di cui si chiedeva l'adempimento.

Non è possibile intrattenersi, qui, sulla sorte che l'ipotesi di Aristone (e di Mauriciano) ebbe nella giurisprudenza posteriore (anche in relazione alla complessa tematica del rapporto fra l'*actio incerti*, azione d'adempimento, e la *condictio*, azione di *risoluzione*, nonché con il residuo impiego della protezione per via d'azione decretale in siffatte fattispecie). Il problema riaffiora, soprattutto, nella giurisprudenza severiana: Ulpiano recepisce, contemporaneamente, le soluzioni labeoniane, più ristrette, e l'ipotesi più ampia di Aristone: è difficile allo stato delle nostre conoscenze stabilire se il tutto si risolvesse nella considerazione casistica, o se in qualche luogo il giurista tentasse un raccordo. Paolo sembra più cauto e nell'una e nell'altra direzione, mentre Papiniano raccoglie sicuramente l'insegnamento di Labeone, ma la sua posizione rispetto ad Aristone è più difficile da determinare.

Il problema del rapporto di questi sviluppi con la classificazione delle *actiones ex contractu* è un problema evidentemente sovrastrutturale: nelle fonti non v'è traccia che né il riconoscimento della permuta e dell'*aestimatum* come contratti tipici né la concessione dell'*actio incerti* in adempimento negli altri casi di convenzione sinallagmatica (sempre nell'eventualità che fosse adempiuta una delle obbligazioni) reagisse sulla quadripartizione dei *genera contractus*, quale si sviluppa dal manoscritto veronese di Gaio alle *Res cottidianae* ed infine alle *Institutiones* imperiali. Al riguardo si deve porre attenzione alla circostanza che siamo noi moderni a dare a tale quadripartizione un'importanza totalizzante quale essa non aveva nella giurisprudenza romana. A prescindere dall'impiego delle singole strutture che compongono la classificazione in parola (impiego che si riscontra in altro tipo di opere ed in autori diversi da Gaio), la quadripartizione in sé considerata si riscontra soltanto nel Gaio delle opere istituzionali (anche se, probabilmente, non è stata ideata da questo giurista) e da queste ultime si tramanda a Giustiniano che, inquadrato nella tradizione, ne fa uso soltanto nelle *Institutiones* od in quell'inizio del tit. 7, D. 44, il quale dipende

dalle *Res cottidianae* gaiane, assumendo quindi il *Gedankengang* tipico delle opere istituzionali.

Il mancato collegamento della permuta (e dell'*aestimatum*) nonché delle dei contratti atipici in quanto forniti di azione di adempimento alla quadripartizione dei contratti ha, dunque, una portata minore di quella cui potremmo pensare noi moderni che, sulla base dell'impostazione pandettistica, abbiamo per lungo tempo fatto della quadripartizione gaiana il punto di partenza per qualsiasi discussione sui contratti. Quanto al più ristretto problema della ragione per cui, neppure nelle *Res cottidianae*, Gaio è riuscito a tener conto di questa fenomenologia, si può forse avanzare solo una congettura. I *quattuor genera contractus* sono, nella prospettiva gaiana, la necessaria mediazione fra le singole figure di contratto e la categoria generale dell'*obligatio ex contractu* (il che può trovare, forse, la sua origine nel modo in cui si è venuta storicamente a formare l'articolata classificazione di Gai 3, 88 e 89). Ora la permuta, l'*aestimatum*, le convenzioni sinallagmatiche protette dall'*actio civilis incerti* nei limiti dell'interesse all'adempimento non riescono a trovare una soddisfacente collocazione in quei *genera*. Sì, i postgiustiniani avrebbero accostato i contratti innominati alle *obligationes re contractae*; e per le *dationes ob rem*, la permuta ed anche l'*aestimatum*, e si tratta di una soluzione accettabile ad una stregua astratta, poiché indubbiamente in esse il vincolo sorge dal trasferimento della (proprietà di una) cosa (la *realità* verrebbe indubbiamente forzata per introdurvi anche il *facio ut des* e *facio ut facias*). Ma v'era una diversa logica nel *re contrahi obligationem*: i contratti reali comportavano, in linea principale, un'obbligazione di restituzione (e, qui, si potrebbe aprire il discorso su *creditum* e *contractus*, che porterebbe, però, troppo lontani, su basi che, come quelle avanzate in una certa dottrina, non sembrano esser particolarmente vantaggiose), mentre tutte le figure di cui discutiamo presuppongono, come obbligazione principale, quella alla controprestazione. E, per quanto concerne i redattori delle Istituzioni giustiniane, ha indubbiamente giocato un ruolo anche la forza della tradizione, ché essi non si allontanano dagli schemi gaiani.

Questo è, però, soltanto un filone fortemente influenzato dagli schemi classici dello sviluppo del sistema contrattuale nella proiezione verso il tardo-antico, filone che in sostanza guarda più all'indietro che in avanti, fondandosi sulle forme che il sistema contrattuale aveva assunto alla fine dell'epoca classica. Già

in questo periodo, però, erano in corso svolgimenti che avrebbero aperto una serie di sviluppi che danno luogo ad una fenomenologia parallela a quella sin qui vista, con la quale non si sarebbero mai fusi sostanzialmente neppure ad opera dei compilatori giustiniani. Questi svolgimenti s'incentrano sulla *stipulatio*, e si riferiscono proprio a quell'aspetto che contribuiva a rendere la *verborum obligatio* uno strumento prezioso all'interno di un sistema tipico com'era quello romano. È stato da tempo rilevato in dottrina che la *congruentia verborum* della *stipulatio (dari spondes? - spondeo)* può legittimamente paragonarsi allo schema moderno della proposta e dell'accettazione contrattuale: ed è questo atteggiarsi della formalità dell'*obligatio verbis contracta* che la rende estremamente duttile, capace in realtà di recepire qualsiasi contenuto negoziale. Sull'oralità della formalità stipulatoria s'esercita la pressione della prassi, soprattutto - ma, forse, non esclusivamente - della prassi greca, che conosce, in luogo di quelle verbali, forme scritte di contratti. V'era un punto specifico su cui si poteva esercitare questa pressione: fin dall'epoca repubblicana (ed è del resto fenomeno del tutto ovvio), soprattutto nei casi in cui la transazione fosse piuttosto complicata, le parti procedevano a redigere un documento probatorio, una *testatio* (ma poi anche un *chirographum*), in cui veniva descritto, più o meno analiticamente, il comportamento delle parti ed il contenuto dei *verba*. La documentazione predisposta per la prova del negozio poteva, poi, servire - in casi particolari - all'adempimento delle formalità verbali dello stesso, come accade nel famoso passo di Alfeno, D. 17, 2, 71 pr., in cui, con due stipulazioni separate (bisogna tener conto dell'operatività unilaterale del negozio), le parti si promettono tutte le prestazioni *in dando* e *in faciendo* coinvolte dall'assetto negoziale concordato e versato in un documento (oggetto dell'*interrogatio*, e conseguentemente della *responsio*, era *haec quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri spondes?*). Questo apriva, già nella prassi romana, la via alla c.d. clausola stipulatoria, con la quale in un documento ancora, almeno formalmente, probatorio le parti, od il solo debitore (nei contratti anche sostanzialmente unilaterali), attestavano di aver versato in una stipulazione il contenuto negoziale racchiuso nel documento stesso.

Già la giurisprudenza tardo-classica, e soprattutto la cancelleria ed i giuristi severiani (primo fra tutti Paolo) giungevano a soluzioni piuttosto ardite in tema di valore probatorio di questi documenti, per chiamarli così, stipulatori:

anche se l'*iter* negoziale era stato soltanto parzialmente documentato (ad. es., la *responsio* e non l'*interrogatio*), purché non constasse positivamente del contrario s'intendeva provata, con una sorta di presunzione, anche la parte mancante; e, sotto il profilo sostanziale, le clausole concordate durante le trattative s'intendevano ricomprese anche nella *verborum obligatio*, anche se non sappiamo in quali limiti. Nulla emerge di positivo in relazione alla misura in cui ancora, al di là della redazione del documento stipulatorio, si procedesse scrupolosamente allo scambio effettivo d'*interrogatio* e *responsio*: e bisognerebbe distinguere, al proposito, tra la prassi metropolitana, quella dei territori dell'Occidente latino (più o meno sottoposti ad deviazioni sotto l'influsso della cultura preromana e delle differenti situazioni culturali e socio-economiche), ed i territori dell'Oriente greco, dove positivamente consta di un diverso modo di porsi della prassi negoziale nei confronti del documento.

Il documento fornito della clausola stipulatoria fu il mezzo che, a stare alla documentazione egiziana (non smentita da dati positivamente emergenti per le altre province) venne adottato dai *novi cives* per cercare di trovare nell'ambito del diritto romano (come quello ultimativamente vincolante) una protezione per le loro transazioni negoziali, per le quali tendenzialmente continuavano ad adoperare lo stesso tipo di documento. Qui si può tranquillamente ritenere che non solo i contadini della *chóra* egiziana, ma anche i possidenti dei villaggi e delle città, non avranno che in casi rari od eccezionali proceduto all'effettivo scambio dell'*interrogatio* e della *responsio*; ma a questo punto potevano soccorrere, ove la lite fosse giunta ad un'istanza giurisdizionale capace di afferrare queste sottigliezze, il gioco di presunzioni che abbiamo visto proprio della cancelleria imperiale dei Severi ed in cui, fra i giuristi, si distingue Emilio Paolo.

L'evoluzione successiva s'incamminò su questa strada, favorita altresì dalla decadenza della giurisprudenza che, nel chiuso delle scuole, si atteneva al modello della *stipulatio* come *obligatio verbis contracta*, ma non riusciva ad esercitare alcuna influenza sulla prassi. Quali siano state le tappe attraverso le quali si perviene alla *stipulatio/instrumentum* di C. 8, 37, 10 (e, cioè, alla consacrazione della definitiva prevalenza, nel documento stipulatorio, della documentazione sui *verba*) non si può dire, ma arrivati a quel punto, e salvo le modificazioni introdotte al proposito da Giustiniano (ed ulteriormente permissive), dell'antica *verborum obligatio* si conserva soltanto la necessità della

*praesentia* delle parti. La formalità dell'*instrumentum* stipulatorio è una forma documentatrice, non v'è più neppure quel residuo di formalismo interno che si poteva cogliere nella *verborum obligatio* classica (rigorosamente unilaterale, ad. es.): per la sua valenza può considerarsi come una forma documentale del nostro attuale diritto, l'atto pubblico o la scrittura privata.

I problemi che, con la fantasia acuita da novecento anni di esercizio concettuale sul piano del diritto, l'interprete moderno potrebbe cogliere a livello della compilazione giustiniana e dell'interpretazione degli scolasti postgiustiniani sono molti e tutti di grave momento, limitiamoci qui a vedere la cosa, dal punto di vista della tipicità del sistema contrattuale. Le *Institutiones* imperiali e la Parafrasi di Teofilo continuano a parlare di *obligatio verbis contracta*, anzi si sforzano di trovare nella *cautio* non più impugnabile - qualcosa che possa sostituire i *nomina transcripticia* come *obligatio litteris contracta*. La *stipulatio* classica, come contratto verbale ed eventualmente astratto, ormai non esiste più se non sulla carta: e, a ben vedere, non esiste più neppure la tipicità del sistema: noi abbiamo una serie di contratti tipici, che sono i contratti reali e quelli consensuali, davanti ai quali le convenzioni atipiche hanno un unico limite, ormai essenzialmente di forma, quello di essere versate in una *stipulatio/instrumentum*, che rimane un contratto consensuale e causale, dacché gli effetti dipendono dalla volontà delle parti e dalla funzione economico sociale perseguita. L'atipicità del sistema non è impedita dall'onere della forma, che non incide sulla libertà del contenuto sostanziale, come può, astrattamente, pensarsi incidere, invece, la necessità dell'esecuzione di una delle prestazioni nelle convenzioni sinallagmatiche.

Queste ultime appaiono, in effetti, senza una precisa collocazione nell'insieme della normativa che può desumersi dalla compilazione: sono contratti atipici, ma che prevedono un requisito attinente alla funzione causale per divenire vincolanti. In astratto, l'esecuzione di una delle prestazioni rende vincolante il contratto, in sostituzione della forma scritta (la quale, a sua volta, tende a restringere la libera manifestazione del consenso nelle *obligationes consensu contractae*, e soprattutto nella vendita che è ritornata, tendenzialmente, ad identificarsi col negozio traslativo). Ma bisogna dire che, al livello della compilazione, non vi sono tracce che i compilatori si ponessero tematiche del genere, ché, anzi, l'impressione è nel senso che gli argomenti accennati

*stipulatio/instrumentum*, contratti innominati, previsione di una forma scritta (convenzionale od obbligatoria che fosse) per certi tipi di contratto (ivi compresi negozi ad effetti reali) - rimangano tutti isolati e non si compongano a sistema. E per quanto sappiamo dagli scarsi documenti, della prassi, possiamo constatare una sorta di incomunicabilità, anche altrimenti visibile di questi tempi, fra il *diritto vivente* e l'elaborazione dottrinale coeva.

La storia della tipicità contrattuale nell'arco del diritto romano si conclude così, senza che i vari fattori che vi avevano concorso riescano, neppure al livello di una riflessione dottrinale astratta, a comporsi ad unità. Lavorare su questo quadro normativo, era un compito lasciato agli interpreti dell'età di mezzo, in Occidente, e la tematica del sistema contrattuale resta, senza dubbio, una delle più interessanti (ed ancora non completamente indagata dalla dottrina moderna in una visione complessiva per vedere sin dove quegli elementi si riconducano a sistema). Per quella naturale prosecuzione dell'oggetto degli studi del cultore del diritto romano, che è la giusbizantinistica, non sembra che molto lavoro si sia fatto, neppure per accertare quello che, pessimisticamente, potrebbe sospettarsi come uno dei probabili sbocchi di tale ricerca, l'assenza di una sufficiente base testuale, che dall'apparato degli scolii ai Basilici è assicurato, in effetti, soltanto per le convenzioni sinallagmatiche, in quanto trattate in D. 2, 14. Ma è argomento di cui si potrà trattare, dopo aver accertato questo dato di fatto.

\* Conferência proferida na Faculdade de Direito da USP em 28 de agosto de 1991.



# DOS DIREITOS INDIVIDUAIS NO "JUS CIVILE ROMANORUM"

*Agerson Tabosa Pinto*

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará

Resumo:

A declaração de direitos, nesse trabalho, é estudada à luz do direito civil romano. Tais direitos, que eram classificados em três grupos, direitos individuais, direitos civis e direitos políticos, são analisados pelo autor, que se detém mais demoradamente no primeiro deles.

Abstract:

The Roman constitutions have dedicated, all of them, as the modern constitutions, pride of place to what have been conventionally called the declaration of rights. These may be classified as individual, civil and political for the Roman citizen. Let us examine briefly each of these groups with a little more attention for the first one.

Sumário:

1. Direitos Individuais
  - 1.1. Direito à vida
  - 1.2. Direito à liberdade
  - 1.3. Direito à propriedade
  - 1.4. Direito à segurança
    - 1.4.1. O *jus scriptum*
    - 1.4.2. O *jus actionis*
    - 1.4.3. O *jus provocationis*
    - 1.4.4. O *jus intercessionis*
2. Direitos Civis
3. Direitos Políticos

As constituições romanas dedicaram, todas elas, como fazem as constituições modernas, destacado espaço ao que se convencionou chamar de declaração dos direitos. Estes, para o cidadão romano, podem ser classificados em individuais, civis e políticos. Vamos examinar, sucintamente, cada um desses grupos, detendo-nos, um pouco mais, no primeiro deles.

## 1. DIREITOS INDIVIDUAIS

Direitos Individuais são aqueles, como a denominação sugere, próprios do indivíduo, como criatura humana, como pessoa, independentemente de sua nacionalidade e cidadania. Por isso é que nossa Constituição, ao assegurá-los, o faz indistintamente, a brasileiros e estrangeiros residentes no País.<sup>1</sup> São eles, segundo a enumeração tradicional de nossas últimas Constituições, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à segurança. A Constituição atual, de 5 de outubro de 1988, acrescentou um quinto direito, o direito à igualdade.<sup>2</sup> Mas será que os antigos, e mais particularmente os romanos, conheceram esses direitos? A grande maioria dos autores, seguindo Coulanges, acha que não. Segundo esses autores, tudo o que, na cidade antiga, o cidadão tinha, tudo que podia fazer, não decorria de sua personalidade, de direitos inerentes à sua natureza humana, mas antes, era tudo dádiva ou concessão do Estado. O Estado era totalitário, absolutista, no seu relacionamento com os súditos, as pessoas, os cidadãos.<sup>3</sup> A nós nos parece que a negação da existência dos direitos individuais implicaria na negação do próprio direito. Como existir direito sem liberdade e sem segurança? Como viver e de que viver o homem, sem garantia do seu direito à vida e à propriedade? É indiscutível que o Cristianismo, ao destacar a dignidade da pessoa humana, feita à imagem e à semelhança de Deus, muito concorreu para o reconhecimento da liberdade e da igualdade como valores sociais básicos. Mas, mesmo antes de Cristo, gregos e romanos estavam convictos da existência de um direito natural decorrente da própria natureza. Sófocles (495-406 a.C.), por exemplo, fala em *Antígona*, de decretos que nunca foram escritos, que são eternos e imutáveis, e que, portanto, não podem ser revogados por leis terrenas. No mesmo sentido, Cícero (106-43 a.C.), em *De Republica*, refere-se a uma lei verdadeira, constante e sempiterna, inerente à

---

1. Cf. art. 5º *caput*, da Constituição Brasileira vigente.

2. "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade..." (art. 5º da Constituição Brasileira). Segundo me parece, dispensável seria o acréscimo da igualdade à relação dos quatro direitos individuais referidos, pois ela é pressuposto da liberdade e já está manifesta na expressão de abertura do artigo "todos são iguais perante a lei".

3. *A Cidade Antiga (La Cité Antique)*, p. 40l.

natureza, espalhada entre os homens.<sup>4</sup> Sófocles e Cícero referiam-se à lei natural (*jus naturale*) garantidora dos direitos que não são atribuídos ao homem pelo Estado, mas que lhe são inerentes como criatura humana, dotada de personalidade.

### 1.1. Direito à vida

Podem-se dizer que, primitivamente, só ao *pater familias* lhe era assegurado o direito à vida, pois, pelo exercício do pátrio poder, ele tinha o direito de vida e de morte sobre os filhos o *jus vitae ac necis*. Decorria esse direito não só da função de juiz, assumida pelo *pater*, no âmbito da família romana antiga, mas também, como diz Biondi, do seu poder de dispor da pessoa física do filho.<sup>5</sup> Mas, o exercício desse direito, seja como poder de dispor, seja como poder de punir, sofre, ao longo da evolução do Direito Romano, muitas restrições. Já no Direito Romano antigo, a decisão do pai de matar o filho não dependia somente de sua *potestas*, ou arbítrio pessoal, mas estaria condicionada ao *placet do consilium domesticum*. Por outras palavras, não era decisão pessoal de *judex unus*, mas decisão colegiada de um tribunal familiar.

No direito clássico, surgem as primeiras leis restritivas do direito do pai de matar o filho, antes reconhecido apenas pelo *jus quiritium*, predominantemente consuetudinário. Observa Chamoun, que, com o Direito pós-clássico, "a idéia de potestas foi temperada com a noção moral de dever de afeição, *officium pietatis*, e o Estado começa a imiscuir-se na vida doméstica para exigir do pater o respeito a seus deveres"<sup>6</sup> Doravante, o *jus vitae necisque* não só desaparece, até com relação ao escravo, como passa a ser punido o pai que matasse o filho.<sup>7</sup>

---

4. "Est quaedam vera lex, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna" De Republica, 3, 22, 33, apud Cretella Junior, Curso de Direito Romano, p. 27.

5. Istituzioni di Diritto Romano, p. 566.

6. Instituições de Direito Romano, p. 187. É nesse momento que, segundo Biondi, "la patria potestas si comincia a concepire come officium, cioè dovere di protezione e di assistenza, non è più diritto nell'interesse del pater o del gruppo, ma officium, cioè dovere nell'interesse del sottoposto, e solo a tale fine sono attribuiti poteri al pater" (Biondi, ob. cit., p. 566 e 569).

7. Para Biondi, "nel diritto giustiniano il 'jus vitae ac necis' non è que un ricordo storico" (Ibid., p. 568).

## 1.2. Direito à liberdade

Embora Coulanges afirme que os antigos não conheceram a liberdade,<sup>8</sup> e Benjamin Constant tenha feito uma distinção entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos,<sup>9</sup> a definição de liberdade, que nos chegou dos romanos, através do *Digesto* e das *Institutas*, é semelhante à de Montesquieu, que se encontra em *De l'Esprit des Lois* e nas constituições modernas.

Senão vejamos: "*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur*", isto é, liberdade é faculdade natural de alguém fazer o que quiser, a não ser que esteja proibido pela força ou pelo direito.<sup>10</sup> Segundo Montesquieu "*la liberté consiste à faire ce que les lois permettent*", isto é, a liberdade consiste em fazer o que as leis permitem.<sup>11</sup> Em ambas as definições, está bem explícito que só existe liberdade para fazer o que não está proibido por lei. Foi dessas definições que se originou a definição genérica de liberdade, gravada em nossa atual Constituição: "*Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei*".<sup>12</sup>

Ao que tudo indica, o posicionamento de Coulanges e Constant, com relação à liberdade dos antigos, volta-se mais para a Grécia do que para Roma.<sup>13</sup> Segundo Constant, para os antigos, a liberdade se reduzia à sua dimensão política, à liberdade-participação, liberdade de participar ativamente, nas eclesias e nos comícios, das decisões governamentais. Era a liberdade-participação direta do cidadão no governo, mas, ao mesmo tempo, submissão completa do indivíduo ao governo, ou, conforme Paulo Bonavides, "*presença ativa e militante do homem na formação da vontade política, com a correlata*

8. Ob. cit., p. 278-283. O capítulo XVIII dessa obra intitula-se *Da onipotência do Estado; os antigos não conheceram a liberdade individual*.

9. A opinião de Constant foi exposta em célebre discurso intitulado *De la Liberté des Anciens Comparée à celle des Modernes*, proferido em 1819 no Ateneu Real de Paris e publicado no seu *Cours de Politique Constitutionnelle*, v. I, p. 539-560.

10. D., 1, 5, 4, pr., Florentino e Institutas, 1, 3, 1.

11. *De l'Esprit des Lois*, v. I, p. 184-193.

12. Art. 5º, caput.

13. Antonio Zanferino na obra especializada *La Libertà dei Moderni nel Costituzionalismo di Benjamin Constant*, p. 113, ressalva que, quando Constant refere-se à liberdade dos antigos, "*il riferimento più diretto è sempre per la polis greca*".

*sujeição do mesmo a essa vontade onipotente*"<sup>14</sup> Para os modernos, a liberdade tem amplitude maior. É a liberdade-autonomia,<sup>15</sup> autonomia diversificada, que se traduz em iniciativas próprias, nos mais diferentes campos. É o direito de não sujeitar-se senão às leis, de não ser preso, detido, condenado à morte em decorrência de arbitrariedade. É o direito de manifestar opinião, escolher profissão e dispor da propriedade. É o direito de ir e vir, é o direito de reunião e de professar o culto que lhe aprouver.<sup>16</sup> Ora, não é difícil provar que a liberdade dos romanos tinha muito, senão tudo, da liberdade dos modernos, da concepção de Constant, em suas mais diversas manifestações. Coulanges, a seu turno, ao tentar provar a inexistência da liberdade individual na antigüidade, limita-se a exibir dados e exemplos da experiência helênica.<sup>17</sup> É Villey quem diz, apoiado em Jhering, que o Direito Romano *"reconhece e favorece a liberdade, a verdadeira liberdade, a que consiste para cada pai de família, em possuir uma esfera de atividade independente; o romano é único responsável da forma como exerce seus direitos sobre a sua propriedade e a sua família. O Estado reconhece-lhe sem reservas e sem rodeios um certo número de poderes que ele usa à sua vontade, como homem independente e livre"*<sup>18</sup> Foi o mesmo Jhering, que, noutra passagem, fez o seguinte elogio da liberdade no Direito Romano: *"Jamais houve, porventura, um direito que concebesse a idéia de liberdade de um modo mais digno e certo que o Direito Romano"*.<sup>19</sup>

### 1.3. Direito à propriedade

A propriedade, os bens, o patrimônio individual, o direito de propriedade foram designados pela palavra *dominium*, de *dominus*, que significa senhor ou dono, antes do que por *proprietas*. Os juristas romanos não nos legaram uma definição de propriedade, como o fizeram de *libertas*. O romano

---

14. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 152.

15. As expressões liberdade-autonomia e liberdade-participação, cunhadas por Burdeau, sintetizam a distinção de Constant (Cf. Burdeau, *Traité de Science Politique*, p. 26).

16. Constant, ob. cit., p. 541.

17. Coulanges, ob. cit., p. 27.

18. *O Direito Romano (Le Droit Romain)*, p. 34-35.

19. Jhering *apud* Bonavides, ob. cit., p. 176.

costumava dizer: *hoc meum est*, que significa, isto é meu, isto me pertence, é propriedade minha. O absolutismo do direito de propriedade manifesta-se claro na expressão *plena in re potestas* extraída de uma passagem das *Institutas*, que afirma que o proprietário tem sobre a coisa o pleno poder.<sup>20</sup> Nunca se teve dúvida da propriedade como fato. Mas, era preciso explicá-la, em suas manifestações, como direito individual. Essa tarefa coube aos glosadores que traduziram o direito de propriedade no exercício dos três seguintes direitos: o direito de usar da coisa, objeto da propriedade (*jus utendi*); o direito de usufruir, de tirar proveito dela, afora o simples uso (*jus fruendi*); e o direito de tirá-la de uso, de destruí-la, de dispor livremente dela (*jus abutendi*). Em Roma, desde os mais primitivos tempos, já se falava em propriedade individual, como assim deve ser entendida a propriedade das duas jeiras (*bina jugera*) que Rômulo havia distribuído aos antigos *patres* e que formavam o *heredium*.<sup>21</sup> Ao longo de toda a evolução do *jus civile romanorum*, o direito de propriedade nunca perdeu seu caráter privatístico. Durante a primeira monarquia, correspondente à Realeza (753 a 510 a.C.), o Estado mal cuidava da defesa externa, eximindo-se, por completo, de intervenção no domínio econômico.<sup>22</sup> Na República (510 a 27 a.C.), a propriedade individual, de tão importante, serviu para modelar o *status* político do cidadão, antes definido exclusivamente por sua origem étnica ou racial. Anteriormente, as assembleias populares ou comícios eram privativos dos patrícios, oriundos das antigas cúrias. Agora, não. Foram criados os comícios por centúrias, com base no rendimento pessoal, permitindo que patrícios e plebeus ricos se ombreassem, como detentores dos mesmos direitos e garantias.<sup>23</sup> Da

---

20. "*Cum autem finitus fieri ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudaæ proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem*" (*Institutas*, 2, 4, 4).

21. "*Bina jugera quod a Romulo primum divisa viritim quæ heredes sequerentur heredium appllearunt*". Varro *apud* Nóbrega, *História e Sistema do Direito Privado Romano*, p. 233. Segundo Villey: "... *assim que Roma se funda e que constitui o Direito Civil, passa a existir a propriedade individual. Cada um dos pais de família cujo conjunto forma a cidade entende não dever abdicar nem da sua liberdade, nem do suporte desta, a terra hereditária, base da vida de cada família*" (Ob. cit., p. 124).

22. "... *A cidade e o direito quiritário nada têm a ver com o que lhe pertence (ao romano); impõem-se algumas regras de boa vizinhança, para impedir que cada proprietário prejudique o seu vizinho; mas, em princípio, o direito não se imiscui na maneira como cada um gere a sua propriedade; o Estado não ousa nem sequer lançar imposto sobre os bens dos particulares, nem recorrer ao que nós chamamos expropriação por utilidade pública*" (*Ibid.*, p. 125-126).

23. O Estado antigo, embora dominado pelos patrícios, estendeu aos plebeus o exercício do *jus commercii*, que compreendia o direito de propriedade, mesmo antes do estabelecimento da

aliança que formaram, surgiu a famosa *nobilitas*, responsável pela influência da riqueza nos destinos do governo, ao longo de quase toda República. Quando, durante a segunda Monarquia ou fase do Império, o Estado precisou aumentar a produção, com vistas a conseguir mais recursos para ampliar os investimentos públicos, lançou mão de outros expedientes, como a instituição do colonato, a nacionalização em massa,<sup>24</sup> a prática da enfiteuse,<sup>25</sup> antes do que ao confisco e à expropriação.

#### 1.4. Direito à segurança

O direito à segurança está intimamente relacionado com os três outros direitos individuais, já analisados. Ter os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, sem o direito à segurança, é como não tê-los. Daí porque, modernamente, os direitos individuais são declarados juntamente com suas garantias. Na antiguidade clássica, a segurança foi sempre uma das principais preocupações do *civis Romanus*, o que pode ser demonstrado através do aparecimento do *jus scriptum* e da prática do *jus actionis*, do *jus provocationis* e da *intercessio*.<sup>26</sup>

##### 1.4.1. O *jus scriptum*

Uma das principais razões para a elaboração da Lei das XII Tábuas foi o problema da segurança. O Direito Romano antigo foi exclusivamente consuetudinário ou costumeiro, pois suas normas provinham, todas elas, de usos e costumes. Ora, a norma costumeira (*jus non scriptum*) é, por natureza, indefinida, vaga, frouxa e difusa, diferentemente da norma legal

---

igualdade civil, entre as duas castas, o que só ocorreu pouco depois da Lei das XII Tábuas, com a liberação do casamento exogâmico, ou seja, com o exercício do *jus conubii*, sem restrições, por patrícios e plebeus (Vide Homo, *Les Institutions Politiques Romaines: de la Cité à l'État*, p. 54-62).

24. A Constituição de Antonio Caracala, de 212 d.C., fez cidadãos (*cives Romani*) todos os habitantes livres do Império. Como cidadãos, eles se obrigavam a pagar impostos, o que não ocorria antes, quando eram *peregrini* (Cf. D., 1, 5, 17, Ulpiano: "*In orbe Romano qui sunt ex constitutione Imperatoris Antoniani cives Romani effecti sunt*").

25. Com a enfiteuse, os direitos sobre a propriedade foram repartidos entre o senhorio direto e o detentor do domínio útil, o que veio torná-la muito mais produtiva.

26. Por isso é que Schultz relaciona a *securitas* (*security*) entre os princípios do Direito Romano (Vide Schultz, *Principles of Roman Law*, p. 239-252).

(*jus scriptum*), que é precisa, exata, definida e específica. Consciente da insegurança em que vivia, a numerosa casta plebéia, ocupante dos estratos inferiores da pirâmide social romana, arrolou, como uma de suas principais reivindicações ao patriciado, a elaboração de uma *lex*, que fixasse e consolidasse o direito consuetudinário, até então existente.<sup>27</sup>

A partir dessa lei, caminhou-se rapidamente, em termos de tutela dos direitos, da vingança privada regulamentada, com a imposição de regras pelo Estado, para a exclusiva responsabilidade jurisdicional do poder público. A própria *Lex* contém inúmeros dispositivos processuais, inscritos nas três primeiras tábuas, referentes aos momentos extremos do processo, a saber, a citação ou chamamento a juízo (*in jus vocatio*) e execução da sentença.

#### 1.4.2. O *jus actionis*

O direito de ação é decorrência da própria existência dos direitos subjetivos: "*a todo direito corresponde uma ação que o assegura*", reza o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 75. No Direito Romano clássico, a proteção dos direitos, através das ações, se desenvolveu a tal ponto que as normas adjetivas do direito processual se nivelaram em importância às normas do direito substantivo. Gaio, ao definir o objeto de que trata o Direito Romano, referiu-se às pessoas, às coisas e às ações.<sup>28</sup> A ação, definida por Celso como "*jus iudicio persequendi quod sibi debetur*", aparece, como tal, num estágio já avançado da evolução do Direito.<sup>29</sup> Pressupõe a existência de pessoas, agentes capazes, autor e réu, da norma jurídica substantiva, seja em forma de *lex*, seja em forma de *mos*, bem assim como de uma organização judiciária responsável pela administração da justiça (*praetor*) e pela proferição das sentenças (*judex*), com normas processuais

---

27. Segundo Matos Peixoto "o direito dessa época tinha dois defeitos capitais: era incerto e desigual. Incerto porque não escrito, e desigual porque fazia distinção entre patrícios e plebeus. Da incerteza do direito nascia o arbítrio na sua aplicação; da desigualdade, a inferioridade jurídica dos plebeus" (*Curso de Direito Romano*, p. 76). Em razão disso, exclama Sílvio Meira: "Antes da codificação decemviral, quanto arbítrio e quanta violência devem ter sido praticados pelos patrícios contra os plebeus, principalmente no período que medeou entre a instituição da República e o ano da promulgação da Lex!" (*A Lei das XII Tábuas*, p. 70).

28. "Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones". *Institutas*, I, 8.

29. D., 44, 7, 51, Celso.



específicas, tudo funcionando sob o controle do Estado. Resquícios de vingança privada continuaram, naturalmente, durante algum tempo (*natura saltus non facit*), mas, agora, já reconhecidos por lei e sujeitos ao poder jurisdicional do Estado.

O que se conclui desse exame é que, independentemente do grau de democracia ou de autoritarismo dos governos, o Estado romano sempre assegurou ao cidadão o exercício do *jus actionis*, manifestação eloqüente do reconhecimento e tutela do direito à segurança individual.

#### 1.4.3. O *jus provocationis*

*Jus provocationis* significa o direito de apelar, de recorrer aos comícios, de decisões de primeira instância que condenavam à pena de morte ou à multa suprema. Trata-se de um direito relacionado entre os direitos subjetivos públicos, pois o seu exercício implica a participação de órgão público, no caso a assembléia comicial. Em geral, como foi visto, nos dois primeiros sistemas processuais, havia uma só instância. Mas, mesmo na vigência desses sistemas, quando estava em risco a vida ou o patrimônio do condenado, permitia-se excepcionalmente, a apelação para os comícios. A sentença, proferida, em geral, por um juiz singular (*judex unus*) e leigo, às vezes, sem a devida qualificação, poderia não expressar a justiça. Esta podia, então, ser buscada junto à própria assembléia popular, que, além de suas funções legislativa e política ou eleitoral, passava a exercer, no caso, função judiciária, tendo muito mais condições do que o *judex unus* de prolatar uma sentença justa. Era, evidentemente, o *jus provocationis* um instrumento jurídico a serviço da segurança individual.

#### 1.4.4. O *jus intercessionis*

*Jus intercessionis* ou simplesmente *intercessio* era o direito que tinha o cônsul de vetar as medidas do seu colega em exercício e que tinha o tribuno da plebe de vetar iniciativas de todo e qualquer magistrado e também do Senado. Como, no começo da República, o exercício das magistraturas ordinárias era privativo dos patrícios, foi permitido aos plebeus, em 494 a.C., eleger um magistrado seu para lutar em defesa dos seus interesses. O tribuno não tinha direito de iniciativa, não podia propor aos comícios a votação de uma

*lex*, não dispunha de área administrativa específica de atuação, como o pretor, o edil, etc. Mas, como detentor do *jus intercessionis* ou direito de veto, era extremamente temido, pois tinha poderes para interferir em toda a administração pública romana. O tribuno era um ministro sem pasta, sem uma atuação de sentido positivo, mas que, com o direito de veto, podia impedir a execução de qualquer iniciativa governamental.<sup>30</sup> Era um advogado, não só da plebe, como casta social, mas de qualquer cidadão em particular. Para que o seu papel pudesse ser exercido com toda eficiência, ele era *sacrosanctus*, isto é, inviolável, protegido com todas as imunidades. As portas e janelas de sua casa nunca fechavam a fim de que os que precisassem de sua ajuda tivessem sempre fácil acesso. Sua atuação se parecia, em muito, com a do *ombudsman* dos países escandinavos, encarregados de supervisionar a aplicação das leis e a atuação das autoridades administrativas e judiciárias.<sup>31</sup>

## 2. DIREITOS CIVIS

Os direitos que chamamos de civis não decorrem da natureza humana, que é uma só, em todo o mundo, mas da cidadania, do fato de alguém ser cidadão de um determinado Estado. Por isso é que podem variar de Estado para Estado, e não eram em Roma os mesmos que na Grécia. Os direitos civis são direitos dos cidadãos em seu relacionamento dentro da sociedade civil, como particular (*privus*). São direitos privados, desdobramentos dos direitos individuais acima estudados. São eles o *jus commercii*, o *jus connubii*, o *jus actionis*, isto é, o direito de ação; a *factio testamenti*, tanto ativa como passiva, que significa o direito de fazer testamento ou dele ser beneficiado e, por fim, o direito de usar os três nomes (*tria nomina*): o *praenomen*, o *nomen* e o *cognomen*, que são, respectivamente, o nome do pai, o nome gentílico ou de família e o apelido. Exemplos: Marcus Tullius Cicero, Caius Julius Caesar.

---

30. Segundo Arias Ramos "su misión es unicamente, la defensa, el auxilium plebis, y el instrumento para lograrlo es puramente negativo: el veto. En cambio, este veto o intercessio tribunicio alcanza a las decisiones mas elevadas: órdenes de los cónsules, deliberaciones del Senado, elecciones, reclutamiento del ejército, propuestas de ley, casi todo el engranaje político administrativo de la civitas" (*Compendio de Derecho Publico Romano e Historia de las Fuentes*, p. 28).

31. Cf. art. 6º da Constituição sueca de 1974 *apud* Ferreira Filho et alii, *Liberdades Públicas*, v. I, p. 330.

### 3. DIREITOS POLÍTICOS

Direitos políticos são os direitos do cidadão no seu relacionamento com o Estado, por isso tidos como espécies do direito público. São eles o *jus suffragii*, ou direito de votar; o *jus honorum* ou direito de ser votado; o *jus militiae*, direito de prestar serviço militar; e o *jus provocationis*, ou direito de apelar.

#### BIBLIOGRAFIA

- ARIAS RAMOS, J. *Compendio de Derecho Publico Romano e Historia de las Fuentes*. 5ª ed. Valladolid : Minon, 1953.
- BIONDI, Biono. *Istituzioni di Diritto Romano*. 4ª ed. Milano : A. Giuffrè, 1972.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo : Saraiva, 1961.
- BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Paris : Librairie Générale, 1953.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1957.
- CONSTANT, Benjamin. *Cours de Politique Constitutionnelle*. Paris : Guillaumin, 1861.
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga (La Cité Antique)*. 10ª ed. Lisboa : Clássica, 1971.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 7ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1980.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, GRINOVER, Ada Pellegrini, FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Liberdades Públicas*. São Paulo : Saraiva, 1978.
- HOMO, Léon. *Les Institutions Politiques Romaines: de la Cité à l'État*. Paris : La Renaissance du Livre, 1927.
- MEIRA, Silvio A.B. *A Lei das XII Tábuas*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1961.

- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat (baron de la Brède et de). *De l'Esprit des Lois*. Paris : Garnier, 1961.
- NÓBREGA, Vandick Londres da. *História e Sistema do Direito Privado Romano*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1959.
- PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*. 4ª ed. Rio de Janeiro : Haddad, 1960.
- SCHULTZ, Fritz. *Principles of Roman Law (Prinzipien des Romischen Rechts)*. Oxford : Clarendon, 1936.
- VILLEY, Michel. *O Direito Romano (Le Droit Romain)*. Lisboa: Arcádia, 1973.
- ZANFERINO, Antonio. *La Libertà dei Moderni nel Costituzionalismo de Benjamin Constant*. Milano : A. Giuffrè, 1961.

## ASPETTI GIURIDICI E POLITICI DELLA STERILIZZAZIONE

*Massimo Paradiso*

Professor Titular da Universidade de Catania

1. Per *sterilizzazione* s'intende propriamente l'atto con cui si provoca la sterilità in una persona sessualmente feconda. Possono distinguersi, fondamentalmente, due tipi di sterilizzazione: *organica*, che si ottiene tramite la modificazione o asportazione degli organi deputati alla procreazione, e *funzionale*, consistente nel blocco della funzionalità di detti organi tramite farmaci (per lo più, estro-progestinici sintetici). Quest'ultima è una sterilizzazione temporanea, e perciò di norma reversibile con la semplice sospensione del trattamento farmacologico; la prima, vice-versa, è destinata a durare nel tempo ed è anzi, di norma, irreversibile: è a quest'ultimo tipo di pratica medica che si fa comunemente riferimento quando si parla di *sterilizzazione* e che costituisce l'oggetto di queste note.

Ma ulteriori distinzioni attengono al piano degli scopi o risultati perseguiti. Si denomina *terapeutica* la sterilizzazione non direttamente voluta in quanto tale, bensì conseguente a un intervento necessitato dall'esigenza di cura della persona (ad es., l'asportazione dell'utero affetto da carcinoma). Va definita invece *antiprocreativa* (o, impropriamente, *anticoncezionale*) la sterilizzazione perseguita direttamente al fine di rendere la persona incapace di procreare; ne sono sottotipi la sterilizzazione su *indicazione medica*, diretta ad evitare gravidanze che siano fonte di pericolo per la vita della gestante; quella *eugenetica*, praticata al fine di evitare la trasmissione di un patrimonio genetico indesiderato (malattie o particolari caratteri ereditari); quella *edonistica*, o di comodo, determinata dal solo desiderio di evitare la procreazione. Si distingue infine, su un piano diverso, la sterilizzazione *volontaria*, richiesta dal singolo, da quella *forzata* o coatta, imposta cioè dall'esterno.

Si tratta di distinzioni ormai ben note, ma sulle quali conviene richiamare l'attenzione, sia perché tende ad accreditarsi qualche confusione in proposito, sia per dar conto della qualificazione *antiprocreativa* - preferita a quella corrente, di *anticoncezionale* - per le sterilizzazioni edonistica ed

eugenetica. Invero, si nota la tendenza a ricomprendere in un generico calderone definito *contraccezione* sia mezzi in realtà abortivi, come la *pillola del giorno dopo* e la spirale, sia la stessa sterilizzazione definitiva. In realtà, si tratta di interventi che operano su fasi biologicamente distinte del processo generativo umano e che sarebbe del tutto arbitrario confondere.<sup>1</sup>

Per altro verso, preme qui evidenziare come la sterilizzazione ha bensì un *generale significato antiprocreativo*, derivandone comunque uno stabile impedimento alla procreazione; su esso tuttavia si innestano *diversi significati specifici*, in quanto diretta, di volta in volta, a rispondere a un problema che può essere individuale, di coppia, sociale o politico: dalla libertà personale in campo sessuale alla sterilità coniugale, dalla indicazione medica e terapeutica alla finalità eugenetica privata, dalla pianificazione demografica collettiva fino alla programmazione eugenetica e razziale di tragica memoria.

Si tratta dunque di funzioni diverse che, non di rado, vengono sovrapposte o cumulate e rischiano perciò di oscurare il reale *significato concreto* di quel che si definisce, genericamente, *sterilizzazione*. E' del tutto evidente, infatti, che le motivazioni individuali possono confliggere, o almeno non coincidere, con quelle sociali, che la sterilizzazione forzata non può che avere scopi e giustificazioni diverse da quella volontaria, che la pratica della limitazione delle nascite, che comunque ne consegue, non può che avere finalità diverse nel mondo industrializzato e nei paesi in via di sviluppo.

D'altra parte, è ben noto che la pratica della sterilizzazione ha ampia diffusione nel mondo e viene tollerata, quando non incoraggiata o addirittura imposta, sia da singoli paesi sia da organizzazioni internazionali. In tal senso, la sterilizzazione è un dato d'esperienza di cui occorre prendere atto per quello che è: una pratica diffusa che risponde a finalità diverse.

Mi sembra utile, allora, iniziare il discorso da un esame delle ragioni comunemente addotte a sostegno della liceità e desiderabilità della

---

1. Sinteticamente, in tale processo possono distinguersi le seguenti fasi: 1) elaborazione delle cellule germinali e 2) loro trasferimento all'interno dell'organismo maschile o femminile; 3) passaggio del seme maschile nelle vie genitali femminili interne e 4) concepimento; 5) gestazione; 6) parto. Ebbene, la sterilizzazione interviene sulle prime due fasi, incidendo sulla capacità di fecondare o di essere fecondata; la contraccezione, propriamente, opera sulla seconda e la terza, impedendole; l'aborto, infine, opera sulla penultima fase del processo generativo, interrompendo la gravidanza in corso.

sterilizzazione volontaria come mezzo di controllo e pianificazione delle nascite. Ragioni che, schematicamente, si rifanno alla tutela della salute, alla garanzia della libertà individuale, alle esigenze di sviluppo economico, in particolare dei paesi cd. *emergenti*. Specifici rilievi saranno dedicati poi, di volta in volta, alla sterilizzazione forzata.

2. La prima delle motivazioni addotte a difesa della sterilizzazione, dunque, fa riferimento alla *salvaguardia della salute*. In particolare, si afferma che la sterilizzazione, pur menomando l'integrità fisica della persona, salvaguarda la salute complessivamente intesa perché soddisfa altre esigenze, come la libertà individuale nei rapporti sessuali, l'armonia di rapporti di coppia liberi dal timore della prole, la finalità di evitare la trasmissione di malattie ereditarie. In altre parole, la lesione dell'integrità fisica sarebbe compensata dal benessere psichico che ne consegue.

D'altra parte, la salute viene intesa non come semplice assenza di malattie, bensì nella sua accezione più ampia, e oggi largamente recepita, di *completo stato di benessere sia fisico che psichico*. Un concetto, si precisa, diverso e più ampio rispetto a quello di integrità fisica: questa infatti costituisce solo un presupposto, necessario ma non sufficiente, della salute e, se del caso, potrà essere sacrificata per la salute dell'organismo nel suo complesso.

Su tali ultime precisazioni a parte qualche riserva sulla definizione di salute, che appare quanto meno velleitaria non si può non consentire, costituendo il *principio terapeutico* (e cioè il principio della sacrificabilità della parte per la salvaguardia del tutto) il fondamento stesso dell'attività medica e chirurgica. Viceversa, desta gravi perplessità il fatto che fra i *presupposti* della salute entri soltanto l'integrità fisica e non anche quella psichica. In tal modo, infatti, o la sfera (della integrità) psichica esula dal concetto di salute, oppure essa, rifluendo direttamente in tale concetto, finirà con l'identificarsi con esso, ma richiando allora di ridurre la salute esclusivamente ad una condizione di *soggettivo benessere psichico*, quale che siano poi le condizioni fisiche della persona. In entrambi i casi, com'è evidente, si contraddirebbe la definizione di salute da cui si sono prese le mosse.

E il rilievo della contraddizione evidenziata forse modesto sul piano argomentativo, riguardando più *la paglia delle parole* che non *il grano delle cose* si coglie con riferimento alla emersione della visione antropologica che sottostà a tali tesi: una visione, come si vedrà nel prosieguo, che contrasta nettamente col *personalismo* professato a parole per ricadere chiaramente o in un *monismo* di stampo fisicista o in un *dualismo* meccanicistico.

Per intanto, basti sottolineare che quando si invoca il cd. *principio terapeutico* o *principio di totalità* - per cui è lecito sacrificare un organo o una parte del corpo per la salvaguardia dell'organismo nel suo complesso - si fa rinvio ad una prospettiva che *implica necessariamente* sia un *valore oggettivo* del corpo umano e della sua integrità, sia la possibilità di instaurare una *gerarchia fra gli organi* e le funzioni psicofisiche. Se così non fosse, diventerebbe arbitrario scegliere di sacrificare una funzione per la salvaguardia di un'altra e sarebbe perfettamente lecito, ad es., sacrificare le funzioni cerebrali al fine di mantenere la vita vegetativa del corpo. E' ben noto, viceversa, come la stragrande maggioranza della comunità scientifica internazionale reputi inaccettabile tale strada e ricusi oggi interventi, come la lobotomia e la leucotomia, che pur non ledono tutte le funzioni cerebrali superiori ma recidono solo la sfera affettiva della persona.

Ebbene, tale principio del valore obiettivo e della gerarchia fra le funzioni viene di fatto negato laddove si afferma che la fertilità costituisce un bene o no a seconda che la persona vi abbia o no interesse, e che pertanto può essere eliminata ove lo richieda il benessere, soggettivamente inteso, della persona stessa. Ma allora, ad essere coerenti, dovremmo analogamente ritenere ammissibile, ad es., la richiesta di chi chiedo che gli vengano amputate le braccia o le gambe, ove tale soggetto escluda che per lui costituiscano un bene apprezzabile.

Non si tratta di una semplice *boutade*: la verità è che per un verso il principio di totalità, con il correlato criterio di gerarchia fra gli organi e le funzioni, è realmente un principio indefettibile - e del resto mai seriamente contestato della medicina e dell'antropologia, e, d'altro canto, che nessuno veramente crede, in cuor suo, che la fertilità sia un bene solo se soggettivamente valutato come tale o che possa essere posto sullo stesso piano di altre funzioni, come ad es. il gusto o l'olfatto.



In altre parole, il principio della *indisponibilità dell'integrità*, sia fisica che psichica, è un principio fondamentale e, al di là delle contraddittorie posizioni di comodo assunte al fine di giustificare la sterilizzazione, è la regola concreta che regge il comportamento collettivo. Basti ricordare che mentre il solo consenso non basta a rendere lecite eventuali richieste di mutilazioni o lesioni permanenti, il consenso stesso non è necessario in caso di obiettiva necessità - tanto che, contro la presunta volontà della persona, si cura pur chi abbia tentato il suicidio. Viceversa, un espresso consenso è oggi costantemente richiesto quando si tratti di realizzare una sterilizzazione non terapeutica. Accreditarne una diversa impostazione in materia significherebbe in concreto anche questo: che in futuro i medici si riterranno autorizzati a procedere alla sterilizzazione eugenetica ed a quella su indicazione medica anche senza il preventivo consenso della persona.

Alla luce di tali rilievi, allora, dei diversi tipi di sterilizzazione richiamati in apertura del discorso si giustifica soltanto quella terapeutica. Qualche dubbio permane invece per la sterilizzazione su indicazione medica, sia perché non è l'unico mezzo idoneo ad evitare gravidanze, sia perché la sua liceità potrebbe implicare anche l'ammissibilità della sterilizzazione eugenetica. Si tratta di un punto sul quale si tornerà nel prosieguo.

3. Il concetto di salute comunemente recepito, dunque, non è in grado di giustificare razionalmente la pratica della sterilizzazione antiprocreativa: essa infatti accrediterebbe una nozione talmente ampia ed elastica di salute che finirebbe col porre in crisi i fondamentali criteri concettuali ed antropologici sui quali si basa la stessa medicina.

Sembra meglio orientato, allora, il tentativo di riportare tale pratica a un diverso bene della persona: la libertà individuale, e specificamente la *libertà sessuale e procreativa*. In particolare, non solo la raggiunta sterilità assicurerebbe piena libertà nei rapporti sessuali, quali che siano i fini che l'individuo si ripromette, ma consentirebbe inoltre il perseguimento di scopi socialmente rilevanti o addirittura desiderabili, come la limitazione delle nascite e/o l'impedimento alla trasmissione di malattie e di caratteri ereditari indesiderati. A tal proposito anzi ma, mi sembra, giocando con *la paglia delle parole* - si ripropongono formule mal digerite o addirittura travisate nel loro significato

autentico: le proposte di legge volte ad autorizzare la sterilizzazione, e presentate al Parlamento italiano, fanno ad es. espresso riferimento alla finalità di assicurare una *procreazione cosciente e responsabile* nel quadro di un ampliamento della sfera di libertà della persona.

Ma è fin troppo facile l'obiezione che una autentica libertà in proposito non può che chiedere il mantenimento di una effettiva, reale possibilità di scelta fra il *poter procreare* e il *poter non procreare*, mentre la sterilizzazione, con la sua concreta irreversibilità di fatto, preclude la possibilità di scelte ulteriori e diverse. Rappresenta dunque un calo, una diminuzione di libertà effettiva, tanto che qualcuno ha parlato di *incosciente e irresponsabile privazione irreparabile della capacità di procreare*.

La diminuzione di libertà, anzi, è talmente evidente che la diffusa condivisione di tale motivazione risulterebbe del tutto incomprensibile se non la inquadrassimo in alcune opzioni ideologiche di fondo, e cioè la sessualità come diritto assoluto, individuale ed *egoista*, scissa radicalmente da ogni legame con la procreazione e con il matrimonio, che infatti, in tale prospettiva, diventano solo degli ostacoli alla libera esplicazione della sessualità.

Non è possibile in questa sede un esame analitico di tutti tali punti e mi limiterò a qualche semplice richiamo. Quanto alla scissione tra sessualità e procreazione, essa è evidente nella sterilizzazione che, in quanto irreversibile, istituzionalizza il sesso come puro gioco, come *ludus* individuale liberatorio, teso a sfuggire il legame sociale della procreazione; ma è latente altresì nell'odierna diffusione delle pratiche di inseminazione eterologa e procreazione artificiale, irrimediabilmente divaricate da una *sessualità di relazione*. E si comprende allora come procreazione e matrimonio finiscano col costituire delle realtà irrilevanti o secondarie, quando non degli ostacoli da superare per una completa libertà individuale. Basti ricordare che non è isolata nella dottrina italiana l'opinione che nega ogni rilievo al contesto familiare di chi chiede la sterilizzazione: e ciò sia per quanto concerne il requisito (suggerito *de iure condendo*) della già avvenuta procreazione di figli, sia per quanto riguarda il consenso del coniuge, sia infine in ordine al (denegato) rilievo della pregressa sterilizzazione, pur se taciuta al futuro coniuge, sulla validità del matrimonio (e in ciò derogando ad una chiara

previsione del codice civile.<sup>2</sup> Il che, in poche parole, equivale a dire che la procreazione non è una finalità di norma rilevante nel matrimonio, un fine che ciascuno degli sposi possa legittimamente e ordinariamente attendersi.

Si delinea in tal modo più chiaramente il quadro ideologico complessivo in cui si colloca la difesa della sterilizzazione, ma non ritengo opportuno sviluppare ulteriormente tali punti, che inevitabilmente amplirebbero il discorso ad altre tematiche. Quel che invece mi sembra necessario approfondire è se la libertà individuale rappresenti comunque una effettiva giustificazione, una ragione, più o meno solida, a difesa della facoltà di sterilizzazione.

Ebbene, anche in proposito non mancano le sorprese ove appena si approfondisca il senso e i limiti di tale invocata libertà: invero, la dottrina che non preferisce sorvolare sul punto, facendo finta di non vedere il problema, nega l'ammissibilità della sterilizzazione ove essa abbia finalità diverse da quella antiprocreativa. Si nega esplicitamente, ad es., la sua ammissibilità a scopi di sperimentazione scientifica, come parimenti, credo, dovrebbe negarsi la legittimità di una castrazione finalizzata alla fornitura di eunuchi per un harem o alla conservazione di una *voce bianca*.<sup>3</sup>

Si tratta peraltro di limitazioni non razionalmente giustificabili, poiché pretendono di controllare il *merito* delle scelte, lo scopo in vista del quale la sterilizzazione, o comunque l'intervento demolitivo, è attuato: infatti, nel momento in cui si sindacava il tipo di personalità o la *direzione* che ciascuno voglia dare alla propria libertà, si nega in buona sostanza che sia la libertà il valore tutelato. Si riconosce, cioè, che essa non è sufficiente a costituire il fondamento della pratica della sterilizzazione, rinviando ad un altro *valore* alla cui stregua avviene la valutazione di liceità o meno del comportamento.

---

2. L'art. 122 c.c. dispone che il matrimonio può essere annullato su istanza del coniuge caduto in errore su "*qualità personali ed essenziali dell'altro coniuge*" qualora l'errore riguardi, fra l'altro, "*l'esistenza di una malattia fisica o psichica o di una anomalia o deviazione sessuale tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale*". E dunque se, in tale interpretazione, la sterilizzazione volontaria non costituisce neanche *anomalia* tale da impedire un ordinario svolgimento della vita coniugale, se ne deve dedurre che la procreazione non può dirsi attinente nonché ad un fine essenziale del matrimonio, neppure ad un naturale negotii, a un fine che ciascuno dei coniugi può legittimamente e ordinariamente attendersi dal matrimonio stesso.

3. Si tratta di ipotesi, già largamente sperimentate nella storia umana, oggi improbabili a verificarsi per il divario fra la pubertà e la maggiore età richiesta per una scelta volontaria in tal senso, ma non impossibili in assoluto.

S'è già veduto, peraltro, che tale valore non può essere la salute, che implica una irrinunciabile valenza obiettiva, a pena di togliere legittimità a qualsiasi tipo di cura e intervento medico-chirurgico. Rimane allora, come possibile fondamento di tale libertà, un altro bene: in concreto, e nella valutazione dei fautori della sterilizzazione, il fine sociale della limitazione delle nascite, su cui è necessario ora soffermare l'attenzione.

4. Il tema della *limitazione delle nascite*, come problema sociale legato alla sovrappopolazione, è troppo noto perché sia necessario soffermarsi sui suoi termini generali.

Piuttosto, è il caso di sottolineare come al fondo di tali concezioni sta una ormai non più latente impostazione che, se ancora è disposta a vedere nella procreazione *non limitata* un bene individuale, a condizione che l'interessato lo consideri tale, vede tuttavia in essa, senza mezzi termini, un male sociale. Sempre più massicciamente infatti si prospetta un pressante interesse collettivo a limitare il numero delle nascite, sì che appare benvenuta ogni pratica che consenta di favorire tale finalità, sia essa l'adozione di anticoncezionali, la sterilizzazione e, come ultima risorsa, lo stesso aborto. E ciò, si badi, non solo nei paesi caratterizzati da alti tassi di crescita demografica, ma anche laddove, come in Italia e in molti altri paesi, si è arrivati al declino demografico, alla cd. *crescita negativa*.

Quanto alle giustificazioni di tale opzione, esse sono ovviamente diverse per le diverse realtà socio-economiche: nei paesi in via di sviluppo, una drastica riduzione del numero delle nascite viene ritenuta condizione imprescindibile dello sviluppo economico; nel mondo industrializzato la si ritiene piuttosto necessitata da esigenze di equilibrio ecologico, dall'esigenza di ridurre la *pressione* umana sulla natura e il prelievo di risorse.

Possiano tranquillamente lasciare da parte affermazioni polemiche, come quella che protesta contro una presunta politica pronatalista dell'occidente, finalizzata al mantenimento di un alto tasso di incremento demografico a sua volta funzionale al sottosviluppo economico del terzo mondo. Si tratta di affermazioni risibili e in palese contrasto con una prassi politica mondiale che dagli anni '60 in poi ha imposto ai paesi emergenti, quale condizione

irrinunciabile per l'aiuto economico, una radicale politica di limitazione delle nascite. Ed è ben noto, poi, come su questa strada si siano particolarmente distinti alcuni paesi asiatici, come l'India e la Cina, dove è stata anzi sistematicamente praticata, con alterne fortune, la sterilizzazione forzata di larghi strati della popolazione.

Quel che è certo è comunque una cosa: anzitutto mancano seri studi economici che supportino in modo scientificamente corretto l'asserità incompatibilità tra incremento demografico e sviluppo economico. Essa cioè costituisce allo stato attuale una affermazione gratuita, dedotta empiricamente dalla constatazione che paesi con alti tassi di crescita demografica hanno bassi livelli di sviluppo economico, ma non è stata mai seriamente dimostrato un rapporto di causa-effetto tra i due fenomeni.

Ma soprattutto, studiosi della levatura di un Maynard Keynes sostengono proprio il contrario, rilevando che lo straordinario sviluppo economico e tecnologico dell'occidente negli ultimi due secoli è legato ad un parimenti eccezionale livello di incremento demografico. Non è un caso del resto se gli Stati Uniti d'America hanno da alcuni anni cambiato rotta e tolto il loro appoggio economico a politiche che praticano l'aborto e la sterilizzazione coatta come strumenti per il controllo delle nascite, imputando piuttosto la stagnazione economica di tali paesi a distorte politiche di pianificazione dell'economia e collettivizzazione delle risorse.

E' sotto gli occhi di tutti, poi, che molti dei paesi sottosviluppati devono tale loro condizione ad una *politica di potenza*, magari soltanto *regionale*, che destina enormi risorse agli armamenti piuttosto che alla creazione delle infrastrutture economiche necessarie allo sviluppo. Del resto, le colpe non stanno soltanto dalla loro parte e molte distorsioni vanno imputate alla politica cieca di diversi paesi occidentali che, sotto l'etichetta di *crediti agevolati allo sviluppo*, alimentano una politica di consumismo - leggi: di acquisto di prodotti occidentali che distrugge risorse che dovrebbero essere destinate alle infrastrutture di sostegno al decollo economico.

Si aggiunga che quello della sovrappopolazione è un problema non solo limitato ad alcune zone del globo, ma anche contingente, di breve periodo, e appare quanto meno azzardato tentare di risolverlo generalizzando una scelta così drastica e definitiva. Non si dica che in una situazione in cui l'aborto è

largamente praticato la sterilizzazione costituirebbe un male minore: un male può essere soltanto subito, non scelto volontariamente come risposta ad altri mali. Se non altro perché l'esperienza dimostra che la prassi abortista ha potuto prosperare proprio innestandosi su una mentalità che potremmo definire antinatalista a tutti i costi, su una attitudine mentale cioè che, a dir poco, si illude di risolvere i problemi scegliendo delle *scorciatoie*, non importa se irrispettose della dignità umana.

Certo, nessuno vuol negare che l'equilibrio fra le risorse e la popolazione è un problema importante, che non può essere semplicemente ignorato, ma di esso, appunto, devono considerarsi tutti gli aspetti, mantenendo viva la consapevolezza che le risposte ad esso devono essere autenticamente rispettose della libertà e della dignità dell'uomo. Lasciato allora all'economista e al politico il loro compito, al giurista compete la domanda se la sterilizzazione antiprocreativa sia comunque una risposta accettabile dal punto di vista relativo al rispetto dei diritti dell'uomo.

5. Sotto tale profilo, la risposta non può che essere negativa. Fermissima la condanna di ogni forma di sterilizzazione forzata o anche soltanto *incoraggiata* dallo Stato, perché contraria alla dignità e alla libertà della persona, altrettanto fermo dev'essere il rifiuto di quella volontaria.

Diversi possono essere, al riguardo, gli approcci al tema. Ne scelgo uno che in qualche modo può dirsi comune alle esperienze italiana e brasiliana, in parte sul piano del diritto positivo, in parte sul terreno di quei *principi generali del diritto* che, se pur faticano oggi a trovare un univoco fondamento, convergono tuttavia, nell'universale apprezzamento, sulla esigenza di tutela della libertà e dignità della persona umana.

Quanto allo spunto di diritto positivo, l'art. 5 del codice civile italiano vieta *gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica o siano altrimenti contrari ... all'ordine pubblico o al buon costume*. Il richiamo a tale norma si giustifica sia perché, caduta la repressione penale della sterilizzazione volontaria, la dottrina italiana fonda proprio su tale disposizione il divieto di tale pratica, sia perché alcuni dei progetti di riforma del codice civile brasiliano contengono proprio una disposizione di

analogo tenore. Inoltre, ben può dirsi che tali previsioni sulla indisponibilità del corpo, nel loro contenuto sostanziale, fanno comunque parte del patrimonio culturale della nostra civiltà occidentale, di là dalla loro espressa formulazione in testi legge, sì che si prestano ad essere assunte come comune punto di riferimento.

Ebbene, tali principi si spiegano solo alla luce di una antropologia che potremmo sintetizzare qui col termine *personalismo*, intendendo con tale termine una visione globale della persona umana che la vede a pari titolo costituita sia dal corpo che dallo spirito. In tale visione, cioè, *il corpo* è per così dire *altrettanto umano* dell'intelletto; non è, per intenderci, quella gabbia in cui Platone vedeva rinchiusa l'anima, quel carcere da cui l'anima deve liberarsi per essere autenticamente spirituale, e perciò veramente umana. E' questo il cd. *dualismo* che, originatosi nella cultura greca, ha influenzato non poco la stessa cultura occidentale e cristiana se un pensatore come Cartesio poté configurare il corpo come mera macchina, aliena e sostanzialmente estranea all'anima (e sia pure intesa quest'ultima come sinonimo di coscienza).

L'impostazione che si è designata sinteticamente come dualismo opera ancor oggi potentemente nella visione di tanti pensatori contemporanei: basti qui ricordare, come segno della scissione tra lo spirito e il sostrato fisico del corpo, alcuni dei cd. *nuovi filosofi* (e in particolare Baudrillard e Lyotard, Deleuze e Guattari) e la loro allucinata visione del mondo come un universo di desiderio, dove gli uomini sono ridotti niente più che a semplici *macchine desideranti*. Una visione, certo, cui in qualche modo offrono oggi suggestioni anche le moderne tecniche medico-chirurgiche e le pratiche dei trapianti d'organo che, quasi moderni *pezzi di ricambio*, illudono ciascuno di noi di potersi in perpetuo rinnovare, d'essere *altro* che *un corpo e uno spirito inscindibilmente contessuti insieme*.

Ciò che può apparire singolare, allora, è che in tale impostazione per così dire assolutamente libertaria l'uomo *non è il corpo*. Al contrario, la scissione tra corporeità, sessualità e procreazione rese dalle moderne tecniche biomediche progressivamente autonome dai vincoli biologici e non più interdipendenti - ha finito per fare dell'uomo quasi solo uno spirito, *rectius*: una pura *volontà desiderante* che, aspirando ad affrancarsi dai limiti biologici del corpo, finisce col perdere la propria identità e perciò, già nella visione di tale

filosofi, *muore come soggetto*: non solo sul piano epistemologico (come avveniva con Foucault), ma ormai, con Deleuze e Guattari, anche sul piano ontologico. Qui dunque, come ben è stato detto, la *metafisica della possibilità*, filosofica e tecnologica, diviene metafisica della soggettività e vi si celebra l'esplosione, il trionfo del Desiderio come nuova categoria trascendentale assoluta. Non esiste più l'uomo: c'è solo un *universo di desiderio* che opera ciccamente e pensa se stesso nel deserto delle sue *macchine desideranti*.

E' culturalmente in declino, invece, ma d'altra parte operativamente ancora vigorosa nel comportamento di tanti l'altra opzione che in questo secolo e in quello passato ha conteso il campo alle impostazioni sopra ricordate: quella del cd. *monismo* che ha trovato in Marx, Sartre e Marcuse i suoi più noti, pur se disomogenei, propugnatori. E' la visione dell'uomo a una *dimensione*, in cui il corpo esaurisce la totalità della persona e delle sue esperienze. E' il corpo come luogo e mezzo di liberazione, di piacere, di gioco, che va lecciberato dalla legge e dalla morale, dalle sovrastrutture e dai vincoli sociali: in una parola, da ciò che definiamo spirito o ragione umana.

6. Il *personalismo*, viceversa, ci ricorda che *l'uomo è inscindibilmente corpo e anima*, carne e spirito. L'uomo cioè *non ha un corpo*, così come *non ha un sesso*: l'uomo, piuttosto, è *anche un corpo* così come è *anche*, inseparabilmente, *spirito*. E in tale inscindibile unione l'uomo sarà poi, parallelamente, maschio o femmina. Lo spirito, dunque, compagina il corpo, ne è la *forma sostanziale*, e insieme costituiscono l'uomo nella sua unità: quel che si definisce, appunto, *persona umana*.

Solo in questa visione, del resto, si percepisce e comprende la rinnovata attenzione moderna ai *diritti del corpo*, alle istanze e necessità della vita materiale, che tanto potentemente hanno contribuito a porre in crisi regimi politici e sociali dimantichi di questa elementare verità. Solo così si comprende come ogni aggressione o lesione del corpo sia vissuta e sofferta come una lesione della persona tutta intera, e come, infine, la dignità della persona reclami anche il rispetto del suo corpo, se non altro perché è solo tramite il corpo che l'uomo entra nel mondo e in contatto con gli altri. Senza il corpo, cioè, mancherebbe lo stesso *essere con gli altri*, quel che Scheler definisce *l'epifania dell'io*.



E ancora, solo in tale prospettiva ha senso quel *principio di totalità* che tutti affermano di condividere e in virtù del quale è poi possibile e giustificata l'attività medica e chirurgica. Solo in tal modo, cioè, si comprende sia la riconduzione di entrambe le dimensioni, fisica e psichica, nel concetto di salute globale della persona, sia la imprescindibile gerarchia che va instaurata fra le parti e il tutto nonché fra le varie funzioni della persona.

Così, sessualità e procreazione sono una dimensione essenziale dell'uomo, e la facoltà di procreare, in particolare, non è facoltà che possa essere assimilata ad es. all'olfatto. Affermare il contrario, o legare la valutazione di essenzialità all'apprezzamento del singolo, equivarrebbe a negare l'evidenza, sia per la valutazione diffusa già nel corpo sociale, sia per il diverso rilievo che una menomazione di tali facoltà avrebbe, ad es., sul piano risarcitorio.

Conseguentemente, se il principio di inviolabilità della persona ricomprende necessariamente, per comune riconoscimento, anche l'indisponibilità da parte dello stesso soggetto, deve riconoscersi che la facoltà di procreare non è dimensione di cui si possa disporre al di fuori degli *stessi limiti in cui è possibile disporre di altre essenziali facoltà* o attitudini.

In buona sostanza, il concetto di salute non può essere ridotto a una nozione *bon a tout faire*, a un concetto elastico o di comodo, variabile in relazione alle circostanze, idoneo a giustificare qualsiasi compromissione dell'integrità. Più specificamente, la generica nozione di benessere psichico non può giustificare la soppressione della facoltà di procreare. Sotto tale più ampio profilo, perciò, si conferma come lecita la sola sterilizzazione terapeutica, quella sterilizzazione cioè che, in presenza di un pericolo serio e attuale per la vita della persona, appaia necessaria per la salvezza dell'organismo nel suo complesso.

7. Con riguardo alla *sterilizzazione su indicazione medica*, il discorso è più delicato, mancando quell'estremo della attualità del pericolo che costituisce necessario requisito per la scriminante dello *stato di necessità*.<sup>4</sup>

Ora, con riguardo almeno all'ordinamento giuridico italiano, essa potrebbe forse ritenersi lecita quando ricorrano gli estremi di un pericolo grave e medicalmente accertato per la vita della madre. Non ci si può nascondere, però,

---

4. Così dispongono sia l'art. 2045 del codice civile, sia l'art. 54 del codice penale italiani.

che tale ammissibilità richiederebbe l'elaborazione di un autonomo principio, desunto in via interpretativa dalla unione di regole diverse: la scriminante dello stato di necessità, per la cui piana applicazione manca appunto il requisito della attualità del pericolo, e la regola, enunciata dalla Corte costituzionale, sulla liceità della interruzione di gravidanza *in caso di pericolo grave e medicalmente accertato per la vita della madre* (sent. n. 27/1975).<sup>5</sup>

Si tratterebbe, allora, di operare una integrazione del sistema in via interpretativa che appare teoricamente non impossibile - pur se mancano concrete proposte in tal senso - e che mi limito a prospettare come una delle soluzioni praticabili alla luce dell'ordinamento positivo italiano. Essa peraltro, e come vedremo, dà ingresso ad una impostazione nella quale si indebolisce il divieto di altri tipi di sterilizzazione.

8. Va esclusa in ogni caso, viceversa, la liceità della cd. *sterilizzazione eugenetica*. Certo, in tali ipotesi la richiesta dell'interessato non è sicuramente capricciosa, non costituisce cioè una sterilizzazione *edonistica* o *di comodo*.

E tuttavia il problema è che, una volta travalicati certi limiti di rispetto dell'ordine naturale, non si riesce a trovare una coerente linea di confine sulla quale arrestarsi. Che dire infatti dei casi in cui una malata di mente, per la peculiare affezione, sia esposta a un uso sconsiderato della sessualità e soggette dunque a *subire* gravidanze a ripetizione? Certo non potremo e non dovremo affidarci ad una sua richiesta. Ricorreremo allora alla sterilizzazione coatta? Ma cos'altro ha fatto il nazismo, negli anni immediatamente precedenti la seconda guerra mondiale, se non una *politica eugenetica* per i malati di mente e le persone *tarate*? E quale sarà il limite di fronte al quale ci fermeremo? Come potremo cioè razionalmente e sicuramente distinguere un semplice *disturbo* della personalità da una vera e propria malattia mentale che escluda ogni *discretionem iudicii*?

E soprattutto, con quale criterio opereremo una sterilizzazione coatta dei malati di mente e la escluderemo per i portatori di tare e malattie ereditarie?

---

5. E' ben vero che la successiva legge del 1978, che ha disciplinato l'interruzione volontaria della gravidanza, ha ampiamente valicato tali limiti, ma essa, proprio per tale motivo, viene ritenuta costituzionalmente illegittima da non pochi settori della dottrina e ritengo perciò inaffidabile la strada di dedurne principi e regole da applicare ad altre problematiche.

Se ci preoccupiamo cioè della salute dei malati di mente, in quanto non in grado di provvedere a se stessi, come potremo non occuparci poi di creature, anch'esse per intanto incapaci di far sentire la propria voce, che verranno al mondo affette da gravi tare ereditarie? Ed affermato così il principio che la vita non è degna di essere vissuta se affetta da particolari malattie, non scivoleremo fatalmente in quella stessa ottica che ha consentito al nazismo l'eliminazione sistematica e pianificata delle cd. *Lebensunwertenlebens*? (e cioè, *esistenze prive di valore vitale*: espressione che, nel linguaggio odierno, suona proprio *vite non degne di essere vissute*). Non è un caso del resto se in Europa la dottrina più tenacemente contraria ad ogni forma di sterilizzazione è proprio quella tedesca, ammaestrata in tal senso dalla tragica esperienza del nazismo.

In altre parole, la sterilizzazione eugenetica volontaria apre fatalmente la strada alla sterilizzazione coatta, sia dei malati di mente sia dei portatori di tare ereditarie e va pertanto decisamente respinta come contraria alla dignità della persona.

9. A voler trarre le fila di quanto s'è detto, allora, va negata l'ammissibilità della sterilizzazione, come pratica diretta al controllo della natalità, sia forzata che volontaria, edonistica o eugenetica che sia (cd. sterilizzazione *antiprocreativa*). Giustificata, nel complessivo quadro di riferimento, appare la *sterilizzazione terapeutica* e problematica, pur se, forse ammissibile con riguardo all'ordinamento positivo italiano, quella *su indicazione medica*.

A tale conclusione, come s'è cercato di evidenziare, si giunge attraverso l'applicazione di principi e regole giuridiche che ben possono dirsi *general*, in quanto comuni alla civiltà giuridica occidentale. Essi cioè appaiono fondati su quel rispetto della libertà e della dignità della persona umana che, per comune riconoscimento, costituiscono ormai il fondamento e il fine di ogni ordinamento giuridico, e per le quali non sono del resto mancate, negli anni, le riaffermazioni solenni: dalla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* fino alla più recente *Dichiarazione di Helsinki*.

10. Più delicato è invece, per concludere, il discorso dei modi e criteri con cui tali principi possono o devono essere recepiti dagli ordinamenti positivi dei

singoli Stati. Pur esclusa radicalmente, infatti, la legittimità di qualsiasi forma di sterilizzazione forzata, le singole legislazioni prospettano un *ventaglio* di diverse scelte politico-legislative, da quella che favorisce la sterilizzazione volontaria, assumendola come servizio pubblico nel sistema sanitario nazionale, fino a quella che la vieta presidiando il divieto con sanzioni penali.

La scelta di fare della sterilizzazione un servizio pubblico *sanitario* mi sembra nettamente da respingere - oltre che sul piano giuridico, come s'è visto anche sul piano sociopolitico, come quella che crea un alibi ai governi, fornisce una soluzione di comodo ai problemi e allontana l'adozione di adeguate politiche sociali di sostegno alle famiglie e di sviluppo economico. Essa poi è di fatto destinata ai ceti sociali più deboli e mostra di ignorare che un adeguato sviluppo economico *risolve* da solo tali problemi, come dimostra l'esperienza dei paesi industrializzati, ormai alle prese con problemi di grave declino demografico.

Quanto alla scelta di una repressione penale della sterilizzazione volontaria, essa non può che dipendere dal criterio generale del *bene comune*: solo se esso lo richieda potrà giungersi a tanto. Nel nostro caso, non essendo in gioco la violazione grave di diritti altrui, ben può lo Stato rinunciare a tale alternativa, del resto abbandonata ormai, a quanto mi risulta, su scala mondiale.

Non può invece, lo Stato, rinunciare ad additare la via di un integrale rispetto della persona, poiché l'ordinamento giuridico ha anche *irrinunciabili compiti di indirizzo* del corpo sociale e dei comportamenti collettivi. E dunque mi sembra pienamente giustificata una soluzione, sicuramente ammissibile ad es. per l'ordinamento italiano, che veda nella sterilizzazione volontaria antiprocreativa un *comportamento illecito, se pure tollerato* dallo Stato al pari di altre realtà sociali.<sup>6</sup>

In concreto, perciò, i singoli avranno una *facoltà di mero fatto* di sottoporsi alla sterilizzazione volontaria, ma il contratto per l'operazione chirurgica, essendo diretto a una menomazione permanente e grave dell'integrità della persona non giustificata da una necessità di salvaguardia della sua salute, avrà un oggetto illecito e sarà perciò nullo.

---

6. Ad es., nell'ordinamento italiano il gioco e la scommessa sono leciti in alcuni casi, tollerati in altri, illeciti e radicalmente vietati, infine, in taluni casi particolari: v. artt. 1933 ss.

Le conseguenze, come si comprende, sono di non poco rilievo. Sul piano civilistico, ad es., non si darà azione per il pagamento del prezzo dell'operazione chirurgica, pur se non sarà ammessa l'azione di ripetizione, trattandosi di prestazione contraria al buon costume. Inoltre, l'eventuale, mancato conseguimento del risultato - lo stato di infertilità della persona - non darà luogo ad azione di risarcimento, neppure nel caso in cui segua poi una procreazione. Daranno diritto al risarcimento invece eventuali lesioni personali conseguenti all'intervento, ma in base alle sole norme sulla responsabilità extracontrattuale, e competerà perciò al danneggiato, fra l'altro, provare la negligenza del medico.

La sterilizzazione volontaria, inoltre, costituirà causa di nullità del matrimonio sotto il profilo di un errore essenziale nelle qualità della persona o, se successiva al matrimonio stesso, causa di separazione personale con addebito.<sup>7</sup>

Quanto ai profili pubblicistici, ne consegue che la sterilizzazione volontaria antiprocreativa non potrà essere eseguita nelle strutture pubbliche, non attuando l'interesse collettivo alla salute delle persone, e la stessa sterilizzazione su indicazione medica, per il caso di pericolo per la salute della madre, potrà essere rifiutata da singoli medici che oppongano il contrasto di essa con le proprie convinzioni morali: è la cd. *obiezione di coscienza* che ha trovato in Italia ampio riconoscimento per il caso dell'aborto. Va aggiunto anzi che l'obiezione di coscienza potrà essere sollevata, per tutti i casi di sterilizzazione non terapeutica, anche dai medici che operino in cliniche mediche private, senza che ciò costituisca inadempimento del contratto che li lega alla struttura sanitaria.

\* *Conferência proferida na Faculdade de Direito da USP em 10 de setembro de 1991.*

---

7. Cfr., per l'ordinamento italiano, l'art. 122 c.c., citato sopra, e l'art. 151, per il quale "la separazione può essere chiesta quando si verificano ...fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole" "Il giudice, pronunciando la separazione, ...dichiara a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio".

**USUCAPIÃO ESPECIAL :**  
**Características do imóvel usucapiendo**  
**em face da Constituição Federal de 1988**

*Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*  
Professora Doutora da Faculdade de Direito da USP  
Professora Adjunta da Faculdade de Direito Mackenzie

**Resumo:**

À luz do Direito Agrário, o presente trabalho visa converter o tratamento legislativo-doutrinário do instituto do Usucapião Especial à nova dimensão constitucional (C.F./1988). Ao lado das demais modalidades de usucapião (ordinário e extraordinário), este, o especial, é a modalidade agrária de prescrição aquisitiva, caracterizada por também especial posse, já que não se contentou o legislador agrário com a simples e comum posse, mas acrescentou-lhe dois importantes requisitos, quais sejam, cultura efetiva e morada habitual. A atual Constituição Federal altera a feição do instituto, embora mantenha em vigor a legislação ordinária anterior (Lei nº 6.969/81); mas revoga, contudo, alguns dispositivos, que perecem em face da nova ordem constitucional.

**Abstract:**

Under Agrarian Law, the objective of this work is to convert the doctrinaire legislative treatment of the institute of special prescription to the new constitutional dimension (C.F./1988). Besides the other modalities of prescription (ordinary and extraordinary), this one, the special prescription, is the agrarian modality of acquisitive prescription, characterized also by special ownership, the agrarian legislator not being contented with simple and common ownership, but adding to important requirements, effective cultivation and habitual dwelling. The present Federal Constitution changes the appearance of the institute keeping in force, however, the previous ordinary legislation (Law nº 6.969/81) but revoking some of the provisions, that disappear with the new constitutional order.

O usucapião especial, disciplinado pela Lei nº 6.969/81, instituto típico e dos mais importantes do Direito Agrário, revela sua essência ao expor a relevante função social que desempenha.

Assim como as demais modalidades de usucapião, o especial se traduz como sendo um dos modos originários de aquisição da propriedade, a consolidar-se pela posse continuada, por um certo lapso de tempo, de imóvel

rural, onde aquele que está usucapindo, realize o seu trabalho pessoal destinado à dinamização da atividade agrária, visando a consecução produtiva.

Indubitavelmente, é nesse desempenho laboral que repousa a justificativa desta modalidade de usucapião, já que o legislador agrário não se satisfaz com a simples posse, mas exige que o usucapiente efetivamente desenvolva atividade específica do labor agrário (trabalho produtivo), bem como ocupe o imóvel, nele estabelecendo sua morada (morada habitual).

Estes trabalho produtivo e morada habitual - são os requisitos da chamada "posse agrária": que difere da posse comum, pelo fato da produtividade e da pessoalidade do ato agrário, impregnando-se, como tudo o mais que compõe o conteúdo do Direito Agrário, da milenar função social da propriedade. E esta é a posse *ad usucapionem* da espécie em exame, isto é, a posse hábil para gerar o usucapião especial.

O que mais marca a diferença entre esta e as demais espécies de usucapião - o ordinário e o extraordinário - além da posse diferenciada, é o lapso temporal menor para que a aquisição se concretize, já que bastam cinco anos ininterruptos e sem oposição.

Este instituto beneficiará o rurícola que não for proprietário rural nem urbano e recairá somente sobre as terras rurais particulares.

Neste passo, é de se anotar as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, em sede de usucapião especial, numa menção paralela àqueles aspectos que não sofreram modificação pelo novo texto.

A Carta Magna de 1988, volta a mencioná-lo, após o interregno constitucional criado pela Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional de 1969, que nada dispuseram a respeito, em razão, com certeza, de já haver sido a matéria tratada pelo Estatuto da Terra em 1964 (art. 98).

Em 1981, como já se disse, o assunto foi plenamente cuidado pela Lei nº 6.969.

O art. 191 e § único da Constituição Federal (1988), então retomando no seu bojo o tema, inserem modificações à regulamentação anterior derivada da Lei nº 6.969/81.

Mas também, já se o mencionou, conservou inalterados certos requisitos ou certos pressupostos, tal como já se encontravam enunciados pela legislação anterior.

Senão vejamos:

De um lado manteve o peculiar prazo de cinco anos, lapso temporal exíguo, se comparado com as demais modalidades de prescrição aquisitiva, como o usucapião ordinário (dez ou quinze anos) e o usucapião extraordinário (vinte anos), mas que se encontra em perfeita harmonia com o modo próprio do Direito Agrário, já que determina o cultivo efetivo e exige morada habitual.

Por isso, apresenta-se como modalidade "humanizada" e revestida da verdadeira função social que marca e norteia toda a ciência jus-agrarista. Trata-se de modalidade que valoriza e recompensa aquele que destina sua atividade laboral à produção do solo e efetivamente o fecunda.

Não seria razoável imaginar que tal recompensa viesse só após um lapso temporal de dez ou quinze anos. A quebra dos ideais de justiça social e dos princípios que embasam o Direito Agrário far-se-ia sentir e a consequência seria o desestímulo do rurícola.

Por isso, andou bem o legislador constitucional ao confirmar o prazo de cinco anos, abonando e ratificando os trabalhos de juristas que antecederam a promulgação da Lei nº 6.969/81, trabalhos estes todos desenvolvidos no empenho de abreviar o requisito-tempo para o usucapião especial.

Quanto à pessoa do usucapiente, não trouxe a atual Constituição nenhuma modificação essencial, firmando os pressupostos no fato de dever ser ele, o que pretende usucapir, pessoa física, brasileiro ou estrangeiro (este sob as restrições da Lei nº 5.709/71), homem ou mulher, desde que não seja proprietário, quer urbano quer rural.

No que diz respeito à posse hábil para gerar tal modalidade aquisitiva de propriedade, e além do que já se mencionou sobre o fato de ser uma posse diferenciada (verdadeira posse agrária, poder-se-ia dizer), recorde-se que esta posse deve ser contínua e sem oposição, nem reconhecimento de domínio alheio.

O usucapiente a exercerá com *animus domini* e a possibilidade da junção de posse por transmissão *inter vivos* estará completamente fora de cogitação.

Efetivamente se trata de uma posse especial, uma posse *ad usucapionem* diferenciada, para uma modalidade diferenciada de usucapião.

Com certeza, as modificações primordiais derivadas do texto constitucional, promulgado em outubro de 1988, decorrem do aspecto relacionado ao objeto do usucapião especial.



Assim é que, hoje, o campo de incidência desta modalidade, restringe-se, apenas, aos imóveis rurais particulares, já que a Constituição determinou que "*os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião*" (§ único, art. 191).

Desta forma, afastou-se a incidência de usucapião especial sobre terras devolutas, espécie do gênero *bens públicos*, que outrora (Lei nº 6.969/81), encontravam-se elencadas como objeto de usucapião especial, ao lado das terras particulares.

Dois Decretos regulamentaram esta matéria:

- o Decreto nº 87.040/82, que especificou as áreas indispensáveis à segurança nacional insuscetíveis de usucapião especial, excluindo assim certas terras devolutas que ocupassem tais características;

- o Decreto nº 87.620/82, que dispôs sobre o procedimento administrativo para o reconhecimento da aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais compreendidos como terras devolutas.

Observe-se que tal regulamentação já era limitadora, como não podia mesmo deixar de ser, permitindo a exposição das terras devolutas como possível alvo de aquisição por usucapião, de modo bastante restrito e seguro.

Incompreende-se, por isso, a exclusão das terras devolutas da categoria daqueles imóveis rurais que poderiam ser usucapidos.

Recolheu benefícios, tão arduamente conquistados, o legislador constitucional ao rurícola que pretendesse usucapir imóvel rural em terras devolutas. Com toda a certeza, tal exclusão acarretará, inevitavelmente, a retração do desempenho laboral produtivo em tais terras públicas.

Este fato gerará, em conseqüência, o desestímulo ao povoamento e desenvolvimento econômico-social de regiões via de regra com baixa densidade demográfica e carentes de recursos humanos, produtivos e econômicos.

Apresenta-se a circunstância, talvez, como mais um daqueles odiosos entraves ao desenvolvimento do meio rural, através da estabilização do seu setor primário.

Por outro lado, como que numa "permuta legislativa", a Constituição, conservando as terras rurais particulares na mira da aquisição prescritiva em exame, aumentou-lhes a área, dobrando o número de hectares, isto é, permitindo a aquisição de área rural de até 50 hectares. A legislação anterior alterada (Lei nº 6.969/81) dispunha que tal área não deveria exceder de 25 hectares,

afirmando, no § único do art. 1º, que prevaleceria a área do módulo rural aplicável à espécie, na forma da legislação específica, se aquele fosse superior a 25 hectares. Este acréscimo, de 25 hectares para 50 hectares, não terá tido o efeito de revogar - no nosso modo de entender - o § único do art. 1º da citada Lei, de tal sorte que aquela possibilidade de se usucapir área maior que 50 hectares, ainda prevalece, desde que o módulo ali então aplicável seja maior que a mencionada metragem.

Por fim, registre-se que a mesma sorte não tiveram os §§ 2º, 3º e 4º do art. 4º da Lei nº 6.969/81, bem como o Decreto nº 87.620/82, que foram revogados pelo novo texto constitucional, já que esses §§ e este Decreto regulavam o procedimento administrativo para o reconhecimento de usucapião de terras devolutas.

Assim sendo, hoje, resta reservado àquele que pretenda a declaração de usucapião, tão apenas o procedimento judicial, já que, atualmente, o usucapião especial recai exclusivamente sobre terras rurais particulares.

---

Dedico este estudo a Antonio Junqueira de Azevedo, que me emocionou ao dizer: o "nosso" Direito Agrário.

São Paulo, abril de 1990

# MODERNIZAÇÃO DA CLT À LUZ DA REALIDADE BRASILEIRA

*Cassio Mesquita Barros (\*)*

Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## **Resumo:**

O Autor procede a uma análise do momento histórico-ideológico brasileiro que inspirou a promulgação da CLT. Comparando-o com a realidade nacional contemporânea conclui estar a CLT em vigor inteiramente defasada. Considerando os aspectos social, econômico e político afasta a atualização da CLT sustentando que as consolidações se esgotam na legislação vigente e não são suscetíveis de reforma. Propõe legislação de apoio à negociação coletiva com a condensação dos preceitos básicos de proteção individual e coletiva num Estatuto do Trabalhador e, separadamente, um conjunto de normas procedimentais.

## **Abstract:**

The Author analyses the Brazilian historical-ideological moment that inspired the promulgation of the CLT. In a comparison with the present Brazilian reality he concludes that the CLT in force is completely outdated. Considering the social, economical and political aspects he positions against the reform of the CLT arguing that they are redundant in face of the present legislation and are not liable to be reformed. He proposes a legislation to support collective negotiations with the condensation of the basic precepts of individual and collective protection in a Workers Statute and separately a group of norms of procedure.

## **Sumário:**

1. Apresentação
2. O modelo da CLT
3. Realidade brasileira contemporânea
4. Perspectivas da CLT
5. A CLT e o sistema de solução dos conflitos de trabalho
6. Flexibilização, informalização e publicização do direito privado

---

\* Advogado. Membro da Comissão de Peritos da OIT. Presidente honorário da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

7. Influência do primeiro Ministério do Trabalho e seu primeiro titular
8. Liberdade, progresso e negociação coletiva
9. Conclusões.

## 1 APRESENTAÇÃO

O tema requer interpretação de seu enunciado. *Literalmente* seu tratamento consistiria em comparar o texto original da CLT, elaborado há 47 anos atrás, com a realidade brasileira dos nossos dias e enunciar as atualizações a serem feitas.

Parece-nos, entretanto, não ter sido somente este o propósito do Ministério do Trabalho ao patrocinar essa semana de estudos mas sim o de ouvir o depoimento de um advogado trabalhista, *doublé* de mestre-escola, a respeito da eficácia da CLT, no contexto econômico, político e social de nossos dias e na crise do sistema de valores que identifica os países emergentes, em meio ao torvelinho das tensões e contradições do desenvolvimento econômico, mas numa abordagem que permita conjecturas sobre o futuro dessa compilação de leis. Naturalmente não se quer um exercício de "futurologia" mas um juízo de plausibilidade que há de ser emitido em função de alguns pressupostos oferecidos pela realidade social brasileira contemporânea. Para prestar um depoimento dessa natureza, de forma clara e sincera, é preciso, antes de tudo, tomar a CLT não como simples esquema normativo das relações de trabalho mas como diploma legal no seu perfil político e ideológico. Assim porque uma análise do significado ideológico desse corpo de leis é indispensável para quem deseje entender o seu atual e evidente descompasso. Não devemos ter receio de empreendê-lo ainda que implique no risco de adentrarmos no campo da crítica política.

## 2 - O MODELO DA CLT

Promulgada numa hora dramática para a humanidade, durante o conflito mundial de 1938, a CLT tem a marca da doutrina que fascinou os detentores do poder, após o golpe de Estado de 10 de novembro de 1937. Os integrantes da Comissão, que por designação do Ministro do Trabalho elaboraram a CLT,

contam que se inspiraram na Encíclica *Rerum Novarum*, nas Convenções da OIT e nas conclusões do I Congresso de Direito Social realizado em São Paulo sob a direção do Prof. Cesarino Jr. Assim porque o trabalho da Comissão não se resumiu apenas em reunir e sistematizar a legislação trabalhista esparsa, pois inexistindo lei sobre o contrato de trabalho, sobre a remuneração, sobre a proteção dos salários, a Comissão elaborou essa legislação realizando, assim, um trabalho não só de consolidação das leis então existentes, mas também de elaboração de lei nova. Esse trabalho, porém, foi realizado à luz da Constituição de 10 de novembro de 1937, que instituiu o Estado corporativo à moda italiana e, conseqüentemente, teve de amoldar-se à filosofia política da Constituição vigente. É verdade que não se chegou a implantar um regime idêntico ao italiano, sob a égide do Conselho Nacional de Desenvolvimento Econômico, mas a proclamação do trabalho como dever social, os direitos individuais ampliados e garantidos pela Constituição, o sindicato atraído para a esfera do Estado e a solução dos conflitos coletivos pela magistratura especial do trabalho, cuja existência justificava a proibição da greve, denunciava a filiação política e o embasamento ideológico da CLT à *Carta del Lavoro*. Esta carta, oriunda do movimento fascista nascido na Itália, após o término da I Grande Guerra, no intento de superar a luta de classe condensara os princípios do Estado-Corporativo em 30 parágrafos. Dentre estes estão precisamente a institucionalização do trabalho como dever social, a proteção legal do trabalhador e a ordenação das relações coletivas de trabalho sob a égide do Estado. A legislação que fluiu da Constituição de 1937, sistematizada na CLT, como não poderia deixar de ser, trazia o selo da vigente filosofia autoritária. Para compensar a inatividade a que condenaria os trabalhadores como classe sufocando o sindicato, enriqueceu o seu patrimônio individual com direitos trabalhistas que hoje constituem um feixe apreciável de vantagens. O tratamento dispensado ao sindicato revela, de forma clara, a influência italiana, pois a CLT incorporou o Decreto 1.402, de 1937, expedido para ajustar a organização sindical ao espírito autoritário da Constituição de 1937, pois a Constituição de 1934 assegurava a pluralidade sindical e a autonomia dos sindicatos. O sindicato concebido pela CLT vivia em torno do Ministério do Trabalho "*nele nascendo, com ele crescendo, ao lado dele se desenvolvendo e nele se extinguindo*", como escrevia, com todas as letras, a Exposição de Motivos do Decreto n. 1.402/39

incorporado à CLT. O sindicato tornou-se pessoa de direito público. Os contratos coletivos arrancaram as funções legislativas do Estado, obrigando os atores sociais a aceitá-los como se fossem leis do Estado. O fascismo apresentou a solução de continuarem os *contratos coletivos* válidos como leis para toda a categoria profissional, mas na qualidade de órgão de direito público e expressão da vida nacional. O Estado coordenaria as forças sindicais de acordo com os imperativos da produção nacional, conforme seus melhores intérpretes *segundo o direito dos trabalhadores e de suas famílias*. Os trabalhadores eram membros dos sindicatos. Estes, por sua vez, constituíam células integrantes do Estado. Os trabalhadores podiam, se quisessem, reunir-se em sindicatos privados, cujos contratos coletivos só teriam valor entre os signatários, eis que somente os contratos realizados com *sindicatos de Direito Público* eram leis para a categoria porque só eles podiam falar em nome de um ramo da produção. Os contratos coletivos deveriam estipular todas as condições garantidoras de trabalho, desde a proteção na invalidez até a participação nos lucros. Os sindicatos não eram, assim, na conjunção fascista, meras sociedades de resistência nas competições econômicas e instrumentos da luta de classes. Com ela os sindicatos se tornaram sociedades públicas.

A trajetória da CLT, desde sua aprovação em 1º de maio de 1943 até os nossos dias, é marcada por acontecimentos contraditórios no processo histórico brasileiro. Passados 47 anos se tenta compreender o paradoxo da permanência da legislação com essa inspiração, no âmbito das Constituições que, desde a proclamada em 18 de setembro de 1946, repudiavam por princípio aquela orientação política e doutrinária. Não se compreende porque a Constituição de 1946, tendo valor hierarquicamente superior, não se tivesse imposto a uma legislação sindical ordinária consolidada pela CLT na vigência de outra Constituição, a de 1937. O Prof. Orlando Gomes, de saudosa memória, dizia que a força residual e a ascendência da CLT era tal que autores insuspeitos admitiram a compatibilidade das normas da CLT, relativas à organização sindical, manifestamente opostas ao espírito da Constituição de 1946, porque teria sólidos fundamentos psicossociais e raízes na realidade brasileira.<sup>1</sup> A

---

1. *Perspectivas atuais da CLT*, Conferência proferida, em 1º de maio de 1983, no Seminário do Tribunal Superior do Trabalho, em Brasília.

doutrina e a jurisprudência apegadas às origens intelectuais e históricas da CLT forçaram essa compatibilização, dando preferência à literatura italiana ou julgando as reclamações trabalhistas com o espírito paternalista característico da legislação consolidada. Viam na sentença coletiva o instrumento de solução dos conflitos coletivos do trabalho para a contenção ou mesmo eliminação da luta de classes. Os intérpretes na verdade não haviam mudado de mentalidade, confirmando a tese de que o espírito da lei pode sobreviver à letra da lei. Nesse passo vem a talho a observação de Octavio Paz no sentido de que "*na América Latina há uma contradição entre duas ordens: a ideal e a real. As leis são novas mas velhas as sociedades*"<sup>2</sup>

### 3 - REALIDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

Ao completar 47 anos, a CLT está defasada e não se ajusta mais à realidade brasileira muito diferente daquela na qual nasceu.

Os valores recolhidos pela CLT não mais prevalecem. Se o ordenamento jurídico é basicamente o reflexo dos pressupostos sócio-econômicos da ideologia dominante, a CLT perdeu a razão de ser. Basta anunciar alguns pressupostos do nosso tempo, no limiar do século XXI, para se compreender essa confirmação.

A realidade social do nosso tempo está marcada pelo impacto tecnológico. O impacto das novas tecnologias na economia das nações e no mercado de trabalho é tão significativo quanto a revolução industrial do século XIX. As máquinas criaram o desemprego, a superprodução, o subconsumo, crises, desequilíbrio, expropriaram a força do trabalho e suprimiram os meios de subsistência. Mas o homem não parou, passou à automatização da máquina, originando uma nova revolução industrial. Admite-se apesar de tudo, e francamente, que a riqueza material das nações se deve aos frutos da energia mecânica e que a razão da pobreza das nações é a falta de energia mecânica. O êxito econômico do Japão se deve, em grande parte, ao desenvolvimento dos produtos novos da indústria de alta tecnologia, como maquinaria elétrica e instrumentos de precisão. Atualmente a maioria da gente pensa que as mudanças

---

2. Aurora da Liberdade, *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 24 mar. 1990, Suplemento Cultural, n. 504.

tecnológicas são tão necessárias como inevitáveis. As mudanças tecnológicas podem ser consideradas como o processo pelo qual as economias se modificam no curso do tempo em relação aos bens que produzem, assim como os processos de produção desses bens. Nos últimos dez anos se fez referência a quatro tecnologias básicas, a saber: 1. microeletrônica; 2. biotecnológica; 3. materiais novos; 4. novos recursos energéticos. A primeira, a microeletrônica, é a mais analisada e debatida dentre as novas técnicas associadas às relações industriais. É sem dúvida nenhuma a mais notável. Seu signo é o computador.

As novas tecnologias têm grande influência na composição da força de trabalho; em combinação com outras forças econômicas reduzem a quantidade de trabalhadores dedicados à produção de bens, enquanto expande a participação do setor de serviços. Essa transferência de setores pode ser traduzida em mais trabalhadores de "colarinho branco" e declínio da proporção de trabalhadores de "colarinho azul".

A flexibilidade econômica e social parece ser a mais importante das questões econômicas. No conjunto das formas institucionais e jurídicas relativas às relações de trabalho a possibilidade das empresas se adaptarem às imposições de ordem econômica é o meio de lutar contra os sistemas rígidos que geram custos insuportáveis na competição internacional. Alguns sindicatos vêm na flexibilidade uma ideologia de empresariado tentando destruir as conquistas sociais dos últimos anos. As modificações da organização do trabalho já se manifestam dentro da empresa: são várias as empresas em São Paulo que adotam, por exemplo, o horário flexível. O empregado pode chegar mais tarde e compensará o atraso em outro dia da semana ou no mesmo dia, saindo mais tarde do serviço. O trabalho a tempo parcial é útil a certas categorias de trabalhadores que por qualquer razão não querem vincular-se a empregos permanentes. A necessidade de aumentar a produtividade conduz por outro lado à especialização dos serviços, para permitir o uso intenso da tecnologia e são inúmeros os contratos de cooperação, licença de patente, *know-how*, fabricação comum, contrato de investigações, pesquisas, etc... Compra-se serviços especializados. As novas tecnologias estão liberando o ser humano da máquina e na realidade nenhum século presenciou tão intenso progresso material como este que estamos vivendo. As modificações sociais portanto não param. Os problemas resultantes desse período histórico de mudanças estão formulando novas e



emergentes exigências também e principalmente ao Direito e especialmente ao Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho geral, absoluto, cheio de normas obrigatórias, de ordem pública, deve ser substituído pelo direito particular, diversificado, evolutivo, negociado. Os modelos normativos oscilam de acordo com a conjuntura política e a sociedade desenvolve o processo de negociação coletiva.

As relações individuais de trabalho no Brasil vivem as modificações em razão de nova tecnologia, à margem do direito escrito, porque o conteúdo rígido das regras legais que a disciplinam não as permite.

Na sociedade moderna, os valores recolhidos pela CLT perderam substância abrindo caminho à institucionalização de novos processos para a composição dos interesses coletivos do empresariado e dos trabalhadores numa reviravolta que lembra a passagem do *status* para o *contractus*. Esse contrafluxo em direção oposta não significa mudança nos pressupostos ideológicos da legislação de trabalho, nem desprezo da experiência jurídica acumulada na disciplina das relações do trabalho. Trata-se de modificações resultantes do desenvolvimento do País que passa de um capitalismo que está amadurecendo no quadro da revolução tecnológica instaurada no seio da sociedade industrial.

Estamos no começo de uma grande revolução e não sabemos o que pode acontecer amanhã. A história não é racional segundo Octavio Paz. Pode ser que os novos tempos assegurem o começo de um período de paz e liberdade em todo o mundo. Mas sempre se há de contar, como vaticina o mesmo intelectual, com o elemento imprevisível oriundo da paixão dos homens, de sua ambição e até o veneno de sua loucura.<sup>3</sup>

As aspirações atuais encontram fundamento na concepção pluralista da sociedade, que no campo trabalhista se traduz na orientação de que partes sociais - empresários e trabalhadores - devem elaborar, eles próprios, as regras de sua convivência, fora de toda e qualquer ingerência dos poderes públicos. A solução do conflito trabalhista está no diálogo, na negociação, não na sentença coletiva e muito menos na ação policial. O espírito do direito brasileiro do trabalho passa a outra dimensão, enquanto a lei trabalhista rígida, uniforme para todo o imenso Brasil, mutilada, conhece o drama da sua ineficácia.

---

3. Aurora da... ob. cit., 31 mar. 1990, n. 505.

As modificações operadas na realidade social recomendam a salvaguarda dos valores subjetivos do ser humano para não comprometerem os direitos fundamentais da liberdade, existência condigna, defesa da privacidade, meio ambiente, garantia de trabalho e lazer. O individual e o social se complicam dialeticamente tanto em função da teoria do "bem comum" como, segundo a moderna teoria da "comunicação intersubjetiva", que os mestres da Política e do Direito apresentam como a "possibilidade garantida de diálogo". Trata-se da compreensão da liberdade como "participação", como pluralismo de fins e meios. A popularização das informações abre caminho para a "democracia participativa" anunciada por Miguel Reale. Esta não exclui o risco do impacto tecnológico concentrar na mão de poucos uma soma incalculável de poder. Por isso mesmo a ação política deve assegurar a participação cada vez maior dos cidadãos no plano decisório. O outro pressuposto oferecido pela realidade social do nosso tempo é o da ciência política, que é o de impedir que as informações favoreçam os mais astutos, ou o Estado, através do planejamento unitário, tornar-se seu detentor quase absoluto. A democracia será tanto mais real quanto mais os cidadãos participarem das decisões do poder público. Por essa razão, alerta o professor Miguel Reale, o novo estatuto político não pôde desconhecer o valor do diálogo através dos instrumentos de comunicação.

O pluralismo de que se fala não é de partidos políticos, mas de processos no exercício e na execução da democracia. O processo tecnológico propiciará a socialização do processo legislativo, permitindo a direta participação dos grupos sociais interessados na elaboração de um projeto qualquer de lei.<sup>4</sup>

#### 4 - PERSPECTIVAS DA CLT

Nessa perspectiva o que fazer com a CLT?

No plano formal poder-se-ia preconizar a sua revisão. Todavia, *consolidação*, por definição, não se reforma. As consolidações se esgotam na legislação vigente e não podem inovar, muito menos a matriz ideológica que a inspirou. Nem mesmo o advento da Constituição de 1988 justificaria a

---

4. A democracia à véspera do século XXI. In: *Brasil Século XXI*, São Paulo, IBRAE/FAAP, 1987.

eliminação dos dispositivos com ela incompatíveis, a mais não ser porque o próprio legislador constituinte fixou o ano de 1993, que se avizinha, para a revisão do texto constitucional.

Dever-se-ia pensar numa codificação? A nosso ver, decididamente, não. A dinâmica social que envolve o Direito do Trabalho, nos tempos presentes, não oferece clima para as codificações. Nem mesmo nos ramos mais tradicionais da ciência jurídica como o do Direito Civil, se pensa em codificação. Acresce que a Constituição de 1988, voltada aos problemas existenciais e da Previdência Social, tem como elementos propulsores o poder público e a sociedade em geral.

Na crise econômica que coincide com o advento de novas tecnologias, os meios de adaptação da prestação do trabalho às novas realidades estão em permanente jogo. O contrato de trabalho, por exemplo, hoje em dia, já não mais corresponde ao binômio *prestação de trabalho e remuneração*, mas sim a um trinômio *trabalho-formação-remuneração*, pois a evolução tecnológica ocasiona supressões e concentrações de postos de trabalho. O conceito de cargo ou posto de trabalho na empresa avança para uma noção mais ampla de "*emprego*". O empregador, que modifica as modalidades de execução do trabalho de seu empregado, compromete-se a velar por sua formação profissional. A convenção coletiva, na verdade, é o único instrumento que pode promover esse conceito garantindo essa evolução como "direito". O controle do poder público deve incrementar-se de modo apreciável para assegurar a formação da mão-de-obra no sentido de evitar desvios. Estes podem ocorrer com a utilização dos contratos de formação profissional para justificar mão-de-obra mais barata.

No campo do direito coletivo a nova autonomia organizativa requer uma legislação de apoio e exige a redefinição das noções de liberdade sindical *latu sensu*, ação sindical, autonomia coletiva, negociação coletiva, greve e contrato coletivo. É preciso encontrar o termo médio entre os inconvenientes da organicidade e a anarquia pluralista que se instala com a reprodução desordenada de sindicatos.

No campo da solução dos conflitos do trabalho muito se critica a demora no julgamento dos dissídios individuais e coletivos, atribuindo-se exagerada importância à arbitragem. A respeito da arbitragem muitas leis foram editadas, mas, na realidade brasileira, assim como em toda a realidade latinoamericana, sua aceitação é extremamente pequena.

## 5 A CLT E O SISTEMA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE TRABALHO

O sistema de solução dos conflitos do trabalho no Brasil, estabelecido pela CLT, a cargo de um conjunto de órgãos designados *Justiça do Trabalho*, tem sido muito criticado pela demora na solução dos dissídios, quer individuais quer coletivos. Os tipos de conflitos que dão margem aos dissídios individuais e dissídios coletivos são diferentes entre si. Os conflitos individuais se instalam em razão das divergências objetivas sobre a aplicação ou interpretação das leis. Os coletivos nascem de interesses resistidos de caráter genérico. Assim a natureza do conflito não é determinada pelo número de pessoas que participam do mesmo, senão pelas características da disputa. Não obstante, ambos, os individuais como os coletivos, estão submetidos à Justiça do Trabalho, no sistema conhecido como da arbitragem compulsória.

Sustentam alguns que a arbitragem facultativa, proporcionada pelos próprios interessados, deverá substituir a Justiça do Trabalho, conjunto de órgãos do Estado à disposição dos interessados para solucionar os conflitos, tanto individuais como coletivos. Apelo puramente teórico a um sistema de solução dos conflitos de trabalho, a arbitragem facultativa foi objeto de muitas medidas de caráter legal no Brasil e na América Latina.

Teve, contudo, pouca aceitação na prática brasileira como de resto também em toda a América Latina. Enquanto as reuniões conciliatórias se multiplicavam em quase todos os países, os procedimentos de arbitragem diminuía em todas as partes. Em alguns países o número de laudos arbitrais não chegava a uma dezena. Autores chegam a afirmar que a arbitragem voluntária encontra-se em total desuso.<sup>5</sup>

No Brasil, em 1983, o governo instituiu o Sistema Nacional de Arbitragem com minucioso programa, inclusive de formação de árbitros. A medida não foi aceita pelos interlocutores sociais e a instituição tornou-se letra morta no país.

Diversas razões explicam a pouca difusão da arbitragem para a solução dos conflitos de interesses, que atualmente já não tem solução muito demorada,

---

5. M. Lopez Lavarre, El arbitragem en Centro America. In: *Estudios sobre derecho laboral - Homenaje a Rafael Caldera*, Caracas, Editorial Sucre, 1977, t. 2, p. 1274.

mas até rápida, eis que o recurso para o Tribunal Superior do Trabalho nos dissídios coletivos não tem mais efeito suspensivo.

Em primeiro lugar a relutância dos trabalhadores em aceitar a arbitragem privada decorre do fato de que o procedimento poderia implicar na perda gradativa do direito de greve. Os empregadores também resistem em relegar a terceiros a tarefa de fixar condições de trabalho e ver assim limitados os seus poderes de gerência.

Atualmente, é mais apropriado atribuir-se o declínio da arbitragem voluntária em nosso meio à tendência que se observa a um comportamento autônomo que serve, de um lado, para fortalecer a negociação coletiva e, de outro, diminuir ainda mais a inclinação de confiar a terceiros a tarefa de fixação das condições de trabalho.

O maior grau de maturidade das partes e a evolução do sistema de relações trabalhistas busca o equilíbrio nas formas autônomas, conflitivas e de cooperação. O declínio da arbitragem deve, assim, ser festejado entre nós como saudável evolução, eis que prevista somente na lei e sem ser desejada pelos atores sociais, foi recusada pela realidade prática.

Mesmo o dissídio coletivo, meio de se obter decisão judicial sobre condições gerais do trabalho, pelos destemperos das intervenções judiciais mais comuns a nível regional, tem sido menos procurado pelas partes. Somente os conflitos jurídicos e os conflitos individuais devem ser dirimidos pela Justiça do Trabalho. Os complexos e difíceis problemas sociais não devem ser submetidos obrigatoriamente ao Poder Judiciário, mas encaminhados para a negociação direta das partes. Greves se sucedem atualmente sem que nenhum dos contendores procure a solução judicial, pois a decisão judicial, ao invés de resolvê-las, parece fazê-las recrudescer.

O próprio legislador, ao enfeixar o monopólio das decisões dos conflitos individuais e coletivos no Poder Judiciário, contribui para o declínio do prestígio e da autoridade deste Poder. Ao invés de manter esse monopólio, melhor seria ceder gradativamente lugar à solução negociada diretamente pelas partes.

Cuidar de reviver a arbitragem judicial com base no acúmulo de casos judiciais equivale a mais não ser, a cuidar dos efeitos e não das causas do desprestígio das soluções de autoridade.

## 6 - FLEXIBILIZAÇÃO, INFORMALIZAÇÃO E PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Não se pode esquecer, como acentua o professor José Eduardo Faria, que a industrialização provocou uma diferenciação sócio-econômica complexa e contraditória, gerando o aparecimento de inúmeras associações políticas parapartidárias e de movimentos sociais urbanos de composição de classe, em sua grande maioria à margem dos mecanismos representativos tradicionais e das estruturas jurídicas vigentes, exigindo a ampliação dos serviços de assistência, a flexibilização dos procedimentos judiciais, a "informalização" dos tribunais, até mesmo potência "hermenêutica alternativa". O efeito visível foi a crise estrutural das instituições. Os menos visíveis foram o caráter intervencionista do Estado com o esvaziamento gradativo dos princípios da livre autonomia e da responsabilidade individual como categorias jurídicas fundamentais na "formalização" das relações capitalistas e a ideologização do direito vigente.

O caráter intervencionista do Estado garantidor da economia degenerou na decadência da idéia de contrato livre com a publicização do direito privado.

Se a solução alternativa depende da representação da vontade coletiva, por meio da qual os grupos e classes reconhecem um novo contrato político, há muita dificuldade de se encontrar um sentido de ordem. O Poder Judiciário está realmente confrontado com a maneira pela qual consolidará um sistema jurídico eficaz e ao mesmo tempo acatado. Essa dificuldade se estende aos setores públicos da administração. A racionalização dos serviços judiciários já vem dando resposta à construção de uma sociedade verdadeiramente justa.<sup>6</sup> A racionalização dos serviços públicos constitui outro esforço nacional importante.

Nesse contexto, na área do trabalho, o que se há de fazer é tratar de evitar o conflito, de um lado através da inspeção do trabalho preocupada com a relação de trabalho mas desde o seu início. De outro lado, deixar que a tendência ao comportamento autônomo, já realidade a nível da empresa, siga o seu curso natural através da negociação coletiva direta, sem o retorno de soluções teóricas pelas quais os atores sociais não manifestam nenhum interesse.

---

6. José Eduardo Campos de Oliveira Faria, *Razão Econômica ou Certeza Jurídica: os dilemas do Judiciário*, *Jornal da Tarde*, São Paulo, 09 jun 1990, Caderno de Sábado, p. 5.

## 7 INFLUÊNCIA DO PRIMEIRO MINISTÉRIO DO TRABALHO E SEU PRIMEIRO TITULAR

Não se pode tratar da evolução histórica do Direito do Trabalho sem cumprir um dever de justiça para com Lindolfo Collor, titular do primeiro Ministério do Trabalho do Brasil. No seu gosto pelas "questões sociais e financeiras" que durante e depois da Primeira Grande Guerra se tornaram questões dramáticas, a ele se deve lições preciosas, dentre as quais, a de que as imitações são perigosas. Lindolfo Collor tinha plena consciência que *"os problemas brasileiros decorrentes de causas especificamente nossas e de situações peculiares ao nosso grau de desenvolvimento"* não podem *"ser resolvidas com mentalidade estrangeira impossível de transplantação literal para o nosso meio"* Leitor dos clássicos, como assinala Mauricio de Almeida Lima, talvez lhe viesse à lembrança a advertência de Herculano: *"traduzir leis, traduzir artigos, traduzir pedaços de livros ou livros inteiros pode, se bem feito, revelar certo talento. O gênio porém é outra coisa"*.<sup>7</sup> A Lindolfo Collor se deve, principalmente, o mérito de haver dado a partida de um processo que desencadeou o dinamismo próprio do Direito do Trabalho de forma a ninguém mais ter condições de fazê-lo retroceder. Em fevereiro de 1931 apresentou ao chefe de Governo Provisório projeto sobre o direito de associação sindical. Em 9 de setembro de 1931 propunha ao mesmo Presidente Getúlio Vargas a instituição da convenção coletiva *"para determinar o montante dos salários, os seus complementos, as bases do trabalho, as divisões do tempo nos horários diurno e noturno, as condições de descanso"*, etc. A exposição de motivos assinalava que *"o resultado da livre concorrência sem contrato significa a prosperidade de uns à custa do sacrifício de outros, e isso na política econômica, nada mais é do que desorganização"* A luta entre os interesses individuais tem de ser condicionada à observância de um certo número de regras gerais, determinante de um nível comum às condições da produção, corrigindo o esquecimento do operário no Código Civil. A convenção coletiva haveria de ser no Brasil, como já é na Europa, o instrumento mais importante e adequado à flexibilização do Direito do Trabalho. A preocupação maior do Ministro Lindolfo Collor era a de assegurar um mínimo de disciplina

---

7. *A proteção do trabalho e a contribuição de Lindolfo Collor: origens da legislação trabalhista*, 1ª ed., Porto Alegre, Fundação Paulo do Couto e Silva, 1990.

nas relações do capital com o trabalho, fazendo com que os interesses de um e outro se compusessem no tocante, pelo menos, às questões essenciais. Levando em conta as condicionantes da realidade brasileira implantou a diretriz que ele próprio resumia em "*incentivação do trabalho e Justiça Social*"

Agora que nos encontramos na posição de assimilar as mutações tecnológicas devemos ter o estímulo para lograr a Justiça Social, o respeito dos direitos humanos e o progresso econômico. Embora em relação ao progresso, no campo social se deva manter sempre uma atitude crítica diante da sua ambivalência. É que em seu nome, o maior bem-estar material pode vir acompanhado da deterioração moral e dos valores humanos.

## 8 - LIBERDADE, PROGRESSO E NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Hoje em dia já existe uma consciência que a liberdade, ainda que não seja panacéia universal, é um caminho para a prosperidade. O desenvolvimento não se realiza por lei nem através de decisões judiciais. Na economia, na política e na cultura se desenvolvem a inteligência, o esforço e a vontade dos seres humanos.

O trabalho passou a ser o sujeito da ordem social e jurídica e a convivência democrática difundiu a "*igualdade dos trabalhadores do braço, do capital e da inteligência*".<sup>8</sup>

Já aprendemos também que legislação restrita à proteção do trabalhador, sem considerar o fenômeno econômico no seu conjunto e sem estabelecer uma relação real entre a produtividade do capital e a produtividade do trabalho ou, como se queira, sem estabelecer uma equivalência entre os proveitos do capital e as retribuições do trabalho, não propiciará solução para a questão social que só pode ser resolvida no conjunto da Nação e do Estado.

Acreditar que a promulgação solene da Constituição é suficiente e pode parar aí a ação do Poder Público é deixar o trabalhador urbano e rural, como já dizia antes mestre experiente, "*cidadãos soberanos com uma porção de direitos na Constituição e uma porção de miséria em casa*".<sup>9</sup> Desde os bancos acadêmicos

---

8. Miguel Reale, *Pluralismo e Liberdade*, São Paulo, Saraiva, 1963, p. 136.

9. *Ibid.*, p. 139.



ossos professores têm advertido também que não se brinca impunemente com a legislação social e nem se pode ficar na simples verificação das doenças no corpo da sociedade sem tratá-las pronta e corajosamente. Embora o comportamento autônomo, que significa as partes estarem tomando para si, em maior medida, a responsabilidade de determinar as condições de trabalho, isto não quer dizer que se tenha implantado, no Brasil, um sistema totalmente voluntarista no qual o Estado pode desaparecer do campo das relações do trabalho. É preciso não esquecer que a lei da oferta e da procura exerceu no mercado de trabalho influência trágica. A princípio os trabalhadores procuraram se defender isoladamente num esforço gigantesco e inútil, período em que se registraram as maiores atrocidades. As primeiras indústrias pesadas trituraram, nas engrenagens da cobiça, homens, mulheres e crianças. A emancipação que se verifica agora no Brasil se dá ao nível das empresas. Sistema totalmente voluntarista, entretanto, é difícil no meio brasileiro e até inadequado na atual conjuntura econômica, de luta desesperada para vencer a crise econômica. Os sinais da disposição das partes desempenharem tarefas antes deixadas ao Estado, refletidos no aumento das convenções coletivas e do número de trabalhadores por ela amparados, apresentam no seu bojo o desenvolvimento de outras formas de participação. A participação dos trabalhadores na tomada de decisões das empresas, a nosso ver, se realiza no Brasil através da negociação coletiva. De fato, onde existe a negociação coletiva, não há necessidade de introduzir outras formas de participação. A negociação tem aberto caminho praticamente por si mesma, apesar das relações individuais do trabalho ainda serem, no Brasil, produto da intervenção estatal. Na Europa foram os estatutos dos trabalhadores que abriram passagem para a regulamentação autônoma das próprias partes.

## 9 CONCLUSÕES

Do exposto se pode extrair algumas ilações para servirem como pontos de reflexão, a saber:

1 A CLT recebeu a influência decisiva da legislação e da doutrina italiana, fluente da *Carta del Lavoro*;

2 - A CLT, não obstante os institutos e mecanismos de origem italiana, garantiu aos trabalhadores certos valores. A nível individual aumentou o feixe dos direitos dos trabalhadores, embora os tivesse mantido inertes na ordem coletiva;

3 A CLT está defasada. Sob o impacto do advento de novas tecnologias e idéias e de coordenadas mentais, oriundas de novas crenças, nova estrutura política e social foi ultrapassada. Mas consolidação, por definição, não se reforma, muito menos a superada matriz ideológica que a inspirou. As consolidações se esgotam na legislação vigente;

4 - As tendências e a estrutura social dos tempos novos impõem uma dinâmica que não se afina com novos códigos. Terão melhor resposta no comportamento autônomo dos atores sociais, nos instrumentos da negociação, convenções e acordos coletivos que só precisam de uma legislação de apoio;

5 - Nesta perspectiva é admissível, ao invés de Código, um Estatuto do Trabalhador que condense apenas os preceitos básicos da proteção individual e coletiva. Separadamente, estará o conjunto de normas procedimentais;

6 - O Direito do Trabalho do futuro, no antagonismo dos modelos que tratam de se impor, terá assim de elaborar a sua própria emancipação cultural e educativa a reformular os modelos clássicos da industrialização e da urbanização para situá-los na nova realidade concreta que amadurece na revolução tecnológica;

7 - A informática ampliará a capacidade intelectual e assentará as bases da nova organização social, destruindo os mitos e os sistemas de renovação política e ética;

8 Os pressupostos sociais contemporâneos, que constituem o instrumental de análise para o Direito do Trabalho do ano 2000, mostram as necessidades fundamentais de capacitação profissional, dos serviços de desemprego, de intercâmbio de informações, o cuidado com os trabalhadores informais, trabalhadores outros que atuam cada vez em maior número por "conta própria", os que recebem menos do que o salário-mínimo e se encontram em estado de pobreza crítica;

9 A questão trabalhista deixou de ser uma questão de interesse apenas do trabalhador, tornando-se um problema nacional de imensas dimensões sociais e econômicas.

# O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Manoel Gonçalves Ferreira Filho*

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo  
Doutor pela Universidade de Paris

## Resumo:

O tema em exame procura precisar alguns aspectos da nova Constituição brasileira até agora pouco estudados. Isto justifica este trabalho que não tem a pretensão senão de apontar linhas-mestras e propor uma interpretação sistemática das normas constitucionais referentes a esse importante assunto.

Desdobra-se este estudo em três partes. Delas, a primeira concerne à autonomia do Estado-membro e seu poder de auto-organização; outra, às limitações impostas a essa auto-organização; a última, à repartição de competência e especialmente ao regime da competência concorrente, sempre na Constituição Federal em vigor.

## Abstract:

The subject in discussion tries to make more precise some little studied aspects of the new Brazilian constitution. This justifies this paper, that has no other objective but show some guidelines and propose a systematic interpretation of the constitutional rules that refer to this important subject.

This study comes in three parts. The first one concerns the autonomy of the member state and its power of self-organization; the second one is about the limitations imposed to the self-organization; the last is about the attribution of competence and specially of the regime of concurrent competence, always in the Federal Constitution in force.

## Sumário:

- A. A autonomia do Estado-membro e seu poder de auto-organização.
- B. Os limites à auto-organização dos Estados-membros no direito pátrio.
- C. A repartição de competências, particularmente a competência concorrente, no Estado Federal brasileiro.

## A. A autonomia do Estado-membro e seu poder de auto-organização.

1. Unânime é na doutrina ser a autonomia a característica por excelência do Estado-membro de um Estado Federal. Longa seria a lista dos Mestres que expressamente subscrevem essa tese, como aponta Anna Cândida da Cunha Ferraz (*Poder Constituinte do Estado-membro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 53).

A este respeito, salienta Machado Horta, na sua importante monografia *A autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro*:

*"A autonomia do Estado-membro constitui elemento essencial à configuração do Estado Federal"*  
(Raul Machado Horta, ob. cit., Belo Horizonte, 1964, p. 13).

Clássica é a contraposição entre a soberania, que caracteriza o todo, o Estado Federal, e a autonomia, que caracteriza o Estado-membro (*Ibid.*, p. 40).

Como ensina Carré de Malberg:

*"Tomada na sua acepção precisa, a palavra soberania designa, não um poder, mas uma qualidade, um certo modo de ser, um determinado grau de potência (puissance). A soberania é o caráter supremo de um poder: supremo, nisto que esse poder não admite qualquer outro, nem acima, nem em concorrência com ele"* (Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, t. 1, p. 70).

## 2. Em que consiste, porém, a autonomia?

Na doutrina estrangeira, valiosa é a análise de Costantino Mortati. Aponta ele que esse termo,

*"No seu sentido etimológico (do grego: autos = si próprio, nemein = governar), quer dizer a liberdade de determinação consentida a um sujeito, resultando no poder de dar a si mesmo a lei reguladora da própria conduta, ou, mais compreensivamente, o poder de prover ao atendimento dos próprios interesses e, portanto, de gozar e de dispor dos meios necessários para obter uma satisfação harmônica e coordenada dos referidos interesses" (Istituzioni di Diritto Pubblico, 7ª ed., Pádua, CEDAM, v. 2, p. 694).*

E acrescenta:

*"No caso de que tal independência seja máxima, o termo vem a coincidir com o de soberania, e, de fato, assim foi entendido na origem" (Ibidem).*

Mas, quando oposto à soberania,

*"Autonomia significa o poder de autodeterminação exercitável de modo independente dentro de limites traçados pela lei estatal superior" (Ibidem).*

No mesmo sentido, a doutrina brasileira. Veja-se a lição de Sampaio

Dória:

*"O poder que dita, o poder supremo, aquele acima do qual não haja outro, é a soberania. Só esta determina a si mesmo os limites de sua competência. A autonomia, não. A autonomia atua dentro de limites que a soberania lhe tenha prescrito" (Antônio de Sampaio Dória, Direito Constitucional, 3ª ed., São Paulo, Nacional, 1953, t. 2, p. 7).*

3. Dessa autonomia resulta como um aspecto essencial a auto-organização do Estado-membro.

Observa Anna Cândida da Cunha Ferraz, com arrimo em Jellinek, Bielsa e outros:

*"O primeiro conteúdo dessa autonomia é, assim, a auto-organização, ou seja, a capacidade de que é dotada a unidade federada de dar-se uma organização que descanse sobre suas próprias leis"* (ob. cit., p. 54).

E acrescenta:

*"Vale dizer, o primeiro elemento da autonomia estadual é a capacidade de dar-se uma Constituição particular"* (Ibidem).

No mesmo sentido, manifesta-se o Min. Oswaldo Trigueiro, no livro *Direito Constitucional Estadual* (Rio de Janeiro, Forense, 1980, nº 40).

4. Afina-se perfeitamente com a doutrina o direito constitucional positivo brasileiro. Com efeito, ao abrir o capítulo intitulado *Dos Estados Federados*, o art. 25, *caput*, da Constituição vigente estipula:

*"Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição"*.

E aduz o seu § 1º:

*"São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição"*

Tais normas, aliás, estão na plena tradição do direito pátrio. Mínima é a diferença, e apenas de redação, entre o que prescrevem e o que já estava no art. 63 da Constituição de 1891, 7º da Constituição de 1934, 21 da Carta de 1937, 18 da Constituição de 1946 e 13 da Constituição de 1967 (inclusive na redação dada a ela pela Emenda nº 1 de 1969).

Clarissimamente daí decorre a autodeterminação dos Estados-membros, não só para estabelecer as respectivas Constituições como também as

leis que os devem reger. Também clarissimamente daí resulta que essa autodeterminação tem limites: os que enuncia a Constituição do Estado Federal, o Brasil. Ou seja, gozam os Estados de autonomia, sendo o seu Poder Constituinte livre para fazer ou estabelecer o que não lhes vedou o direito supremo, o da Constituição brasileira. Tal Poder, na verdade, procede por derivação do Poder originário, que só é próprio à Nação, de modo que é limitado, formal e materialmente por este (Cf. meu *O Poder Constituinte*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985, n.125 e segs.).

## **B. Os limites à auto-organização dos Estados-membros no direito pátrio.**

5. Na Constituição Federal em vigor, a limitação ao Poder Constituinte dos Estados-membros transparece já do *caput* do art. 25. Este manda que os Estados observem os "princípios" que ela própria estabelece. Volta à inspiração de 1891, que, sem dúvida, é a mais consentânea com o espírito do federalismo, na medida em que favorece à variedade dentro da unidade. A variedade de formulações institucionais com o respeito de pontos fundamentais que asseguram a unidade do todo.

Entretanto, o exame do texto vigente revela que não são postos como limites à auto-organização e ao autogoverno dos Estados apenas "princípios" propriamente ditos. Ou seja, normas gerais que exprimem valoração, ou definem linhas mestras, diretrizes. Além de princípios nesse sentido próprio, a Lei Magna exige dos Estados a observância de normas precisas, que preordenam a sua organização, que preorientam a sua atuação, segundo se vai demonstrar logo adiante.

### **6. Quais serão esses princípios limitativos da autonomia estadual?**

Não há dificuldade em identificar alguns princípios, que a Lei Magna explicita, os quais incontestavelmente são impostos aos Estados. São os que enumera o art. 34, VII da Constituição de 1988.

O art. 34 prevê a intervenção federal nos Estados para, entre outras hipóteses que não interessam no momento:



"VII- assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) *forma republicana, sistema representativo e regime democrático;*

b) *direitos da pessoa humana;*

c) *autonomia municipal;*

d) *prestação de contas da administração pública, direta e indireta*".

Somente estes?

Pelo menos um outro parece lógico acrescentar: a separação dos Poderes.

Realmente, convém lembrar que a Constituição federal considera intocáveis, no art. 60, § 4º, determinados princípios, os quais não podem ser abolidos sequer por emenda constitucional. Tais princípios que constituem o cerne irredutível da Constituição, se se impõem ao próprio Poder Constituinte derivado federal, *a fortiori* devem ser respeitados pelo Poder Constituinte dos Estados-membros que também é derivado da Lei Magna, portanto, do Poder Constituinte originário da Nação brasileira.

Ora, desses princípios intocáveis, dois: "*o voto direto, secreto, universal e periódico*" (art. 60, § 4º, II) e "*os direitos e garantias individuais*" (art. 60, § 4º, IV), correspondem aos que já enumerara o art. 34, VII, nas alíneas "a" ("*forma republicana, sistema representativo e regime democrático*") e "b" ("*direitos da pessoa humana*"); e um é ao caso inaplicável, "*a forma federativa de Estado*" (art. 60, § 4º, I). Mas a "*separação dos Poderes*" (art. 60, § 4º, III), que não menciona o art. 34, VII, não pode evidentemente integrar o cerne fixo da Constituição brasileira e deixar de ser obrigatório, também, para os Estados-membros da Federação.

7. Além desses princípios explícitos, impor-se-ão aos Estados outros, implícitos?

Sem dúvida, o exame do texto constitucional mostrará, por indução, a existência de outros princípios a informá-la. Serão, sobretudo, princípios no

sentido de normas generalíssimas, em que se subsumem as normas definidoras ou reguladoras de institutos constitucionais.

Tais princípios "implícitos", na verdade, são sempre duvidosos, na medida em que padecem de subjetivismo (pois, cada jurista acaba por estabelecer a sua relação de princípios "implícitos"), o que enfraquece a sua respeitabilidade científica.

Cabe apontar, todavia, que esses princípios "implícitos" não podem ser invocados como limitadores da autonomia dos Estados. Se a Constituição explicitamente enumera limitações, se estas limitações, como exceções que são, devem ser interpretadas restritivamente, é descabido pretender que outros princípios também sejam imperativos para os Estados-membros.

8. Não pode ser negado, contudo, que, além dos referidos princípios, a Constituição brasileira impõe aos Estados normas específicas, que o constituinte estadual não pode afastar.

Dentre estas, avultam as que se podem chamar de "regras de preordenação institucional", por definirem a estrutura de órgãos estaduais.

Delas são exemplo as enunciadas nos arts. 27 e 28 da Lei Magna. Veja-se este art. 28:

*"A eleição de Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á noventa dias antes do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá no dia 1º de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77".*

Estão aí a duração do mandato, o momento da eleição, a data da posse, e, pela remissão, o sistema eleitoral... Quer dizer, o constituinte estadual encontra prefixados esses pontos de fundamental importância no tocante à chefia do Executivo do Estado.

9. Igualmente, a Constituição federal preordena a organização dos Estados, em muitos pontos, por meio de "regras de extensão normativa" É o

caso, frequente no seu texto, de estender aos Estados as regras que presidem a uma instituição, ou lhe cometem poderes. Exemplo disto vem no art. 75, *caput*:

*'As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios'*

10. Ainda limitam a autonomia dos Estados "**regras de subordinação normativa**" São estas as que, presentes na própria Constituição federal e direcionadas por ela a todos os entes federativos (União, Estados, Municípios), predefinem o conteúdo da legislação que será editada por eles. E isto, ou orientando positivamente tal conteúdo (mandando que siga determinada linha), ou negativamente (proibindo que adote certas normas ou soluções).

Exemplo de tais "**regras de subordinação normativa**" é o que decorre do art. 37 da Constituição brasileira, em cujo *caput* está:

*'A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:*

.....".

A este *caput* seguem-se vinte e um incisos e seis parágrafos que orientam, compulsoriamente e em pormenor, a legislação dos Estados.

Da mesma forma, o art. 39 da Constituição direciona diretamente a legislação dos Estados (bem como do Distrito Federal e dos Municípios), quanto aos servidores públicos.

Observe-se que esta subordinação normativa pode ser direta ou indireta. Ela é **direta** (e imediata), quando deflui, sem intermediário, da Constituição federal e obriga desde logo o legislador. Ela é **indireta** e mediata quando se faz por meio da legislação federal obrigatória para os Estados. Esta "**subordinação normativa indireta**" ocorre no campo de competência legislativa

concorrente da União e dos Estados (bem como do Distrito Federal), que enuncia o art. 24 da Constituição brasileira. Com efeito, este artigo confere à União a competência de "*estabelecer normas gerais*" (art. 24, § 1º). Conseqüentemente, a estas normas gerais subordina as que os Estados editarem em vista de suas peculiaridades (art. 24, §§ 2º, 3º e 4º).

11. Vale a pena, por sua importância e dificuldade, aprofundar a análise relativa à subordinação relativa indireta. Isto obriga a um exame da questão da repartição de competências no Estado Federal, para que se possa bem situar a competência concorrente e compreender suas implicações.

#### **C. A repartição de competências, particularmente a competência concorrente, no Estado Federal brasileiro.**

12. Na organização de um Estado Federal, questão fundamental é a da repartição de competências entre os entes federativos. Assinala Raul Machado Horta:

*"A autonomia do Estado-Membro pressupõe a repartição constitucional de competências para o exercício e o desenvolvimento de sua atividade normativa"* (ob. cit., p. 50).

Duas são as técnicas pelas quais se efetiva essa repartição, segundo revela o direito comparado. Uma, mais antiga, peculiar ao chamado "federalismo dualista", caracterizada como "repartição horizontal"; outra, própria do "federalismo cooperativo", dita "repartição vertical" de competências.

13. A índole da primeira é a de separar, radicalmente, a competência dos entes federativos, por meio da atribuição a cada um deles de uma "área" própria, consistente em toda u'a "matéria" (do geral ao particular ou específico), a ele privativa, a ele reservada, com exclusão absoluta da participação, no seu exercício, por parte de outro ente. Daí falar-se, a propósito de tais competências, em competências "privativas" ou "reservadas".

14. A da segunda é a de dividir u'a mesma "matéria", em diferentes níveis, entre diversos entes federativos. Assim, u'a mesma "matéria" é atribuída concorrentemente a entes federativos diversos, sempre, porém, em níveis diferentes: a um atribui-se o estabelecimento de normas gerais, a outro, das normas particulares ou específicas.

Fala-se neste caso em **competência concorrente**, pois relativamente a uma só e mesma matéria concorre a competência de mais de um ente político.

Cumpra-se notar que a competência concorrente pode ser de duas espécies: a cumulativa e a não-cumulativa (V. a este propósito meus *Comentários à Constituição Brasileira*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, p. 98 e segs.).

A **cumulativa** existe sempre que não há limites prévios para o exercício da competência, ou por parte de um ente, seja a União, seja o Estado-membro. Claro está que, por um princípio lógico, havendo choque entre norma estadual e norma federal num campo de competência cumulativa, prevalece a regra da União. É o que exprime o brocardo alemão: *Bundesrecht bricht Landesrecht*.

A **não-cumulativa** é que propriamente estabelece a chamada repartição "vertical". Com efeito, dentro de um mesmo campo material (concorrência "material" de competência), reserva-se um nível superior ao ente federativo mais alto a União - que fixa os princípios e normas gerais, deixando-se ao ente federativo que é o Estado-membro a complementação. Diz-se, por isto, que cabe ao Estado-membro uma competência "**complementar**". Admite-se até, que à falta dessas normas gerais, o Estado-membro possa suprir essa ausência (competência "**supletiva**"). Entretanto, quem supre complementa. A norma que vem suprir um branco, evidentemente, complementa o ordenamento. Da mesma forma, quem complementa de certo modo supre, já que fecha um claro ao desdobrar a norma geral. Dessa correlação nasce o emprego impróprio das expressões competência "**complementar**" e competência "**supletiva**", em que incidem, por vezes, os próprios textos constitucionais (como era o caso do art. 8º, parágrafo único, da Constituição anterior). A essas expressões a Constituição vigente preferiu outra: competência "**suplementar**", com igual ambiguidade.

15. É evidente que a técnica da repartição horizontal favorece à independência recíproca dos entes federativos entre si, enquanto a da repartição vertical leva, forçosamente, a uma coordenação na atuação desses entes. Aí está a razão básica por que o federalismo "dualista", que enfatiza a separação entre os entes federativos, prefere a primeira, enquanto o federalismo "cooperativo", que encarece a colaboração entre os entes políticos de nível diverso, se inclina pela segunda.

Entretanto, deve-se observar que mesmo no federalismo cooperativo não são todas as matérias que sofrem a repartição de tipo vertical; persistem, sempre, matérias reservadas, ou privativas, de determinado ente federativo, seja União (principalmente), sejam os Estados-membros.

16. Assim é, no Direito Pátrio. A Constituição brasileira de 1988 adota, ao repartir competências entre a União, de um lado, os Estados-membros e o Distrito Federal, de outro, ora a técnica da repartição horizontal, ora a técnica da repartição vertical.

Com efeito, no art. 22 enuncia ela o campo da competência privativa da União. No art. 30, o da competência reservada dos Municípios (que na atual Constituição são indiscutivelmente entes federativos). E no art. 25, § 1º determina, ainda que indiretamente, o campo da competência privativa dos Estados: tudo aquilo que aos Estados não for vedado pela Constituição. Ora, o que é vedado aos Estados-membros forçosamente é o que é atribuído a outro ente federativo: União, ou Município.

No art. 24, a seu turno, a Constituição vigente enumera a competência concorrente, aquela que põe em comum à União, aos Estados (e ao Distrito Federal, que no tocante a competências se equipara aos Estados-membros da Federação).

17. É importante analisar mais detidamente o regime a que a nova Constituição submete as competências concorrentes. Para isto, é mister ponderar os quatro parágrafos do citado art. 24. Dispõem eles:

*"§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.*

*§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.*

*§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.*

*§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário."*

Quais as decorrências desses parágrafos?

A primeira, indiscutível, é a de que a competência concorrente, na Constituição em vigor, é de caráter não-cumulativo. Há dois níveis previstos a seu respeito: um, mais alto, o das normas gerais; outro, mais baixo, de complementação (ou "suplementação", como fala o parágrafo 2º).

O nível superior o das normas gerais - é privativo da União. Tem-se aqui verdadeira competência reservada da União, que não pode ser invadida pelos Estados.

Prevê o Texto, é certo, que a inexistência de normas federais de caráter geral enseja a competência supletiva dos Estados-membros, mas, apenas, "para atender a suas peculiaridades" (§ 3º). Quer dizer, a Constituição admite que, "para atender a suas peculiaridades", na falta de lei federal de normas gerais - frise-se o Estado fixe princípios, mas em vista da competência que lhe é natural, a de complementar as normas gerais federais.

Não é fácil conceituar "normas gerais", pelo ângulo positivo. Pode-se afirmar, e corretamente, que "normas gerais" são princípios, bases, diretrizes, que hão de presidir todo um subsistema jurídico. Sempre haverá, no entanto, em face de casos concretos, dúvida até onde a norma será efetivamente geral, a partir de onde ela estará particularizando.

Mais fácil é determinar o que sejam "normas gerais", pelo ângulo negativo. Quer dizer, indicar os caracteres de uma norma que não é "geral", é complementar, é particularizante.

Portanto, não pode uma "norma geral" descer a particularizações, que visem a atender a peculiaridades regionais.

Reitere-se que, mesmo inexistindo normas gerais editadas pela União, o Estado não pode fixá-las senão na medida em que isto for indispensável, "*para atender a suas peculiaridades*". É o que claramente especifica o art. 24, § 3º da Constituição de 1988.

18. Neste último caso, havendo o Estado exercido a competência supletiva a ele deferida pelo parágrafo 3º, a superveniência de lei federal que edite essas normas gerais, tem por decorrência a perda da eficácia da lei estadual, "*no que for contrário*" ao prescrito na legislação federal.

Note-se que as normas estaduais que contraditarem as regras gerais editadas pela União no campo da competência concorrente, são inconstitucionais. De fato, na competência concorrente, há também uma divisão de competência, embora vertical. A União fica com o geral, os Estados-membros com o particular. É o que resulta do art. 24, § 1º especialmente.

Mais. Se, inexistindo regra geral federal, é editada norma geral pelo Estado, com base no § 3º desse artigo, caso venha a ser posta regra geral pela União que colida com essa norma geral estadual anterior, esta última é colhida pela chamada "**inconstitucionalidade superveniente**" (cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra, 1987, nº 63). Perde ela eficácia, como está no § 4º do art. 24; não é, rigorosamente falando, revogada.

E isto tanto se aplica a normas gerais que haja o Estado promulgado, como, segundo é óbvio, às normas de complementação destinadas a atender peculiaridades suas.

19. A última conclusão é a de que a competência típica dos Estados, no campo concorrente, é a de complementação das normas gerais, "*para atender a suas peculiaridades*". Estas, as normas gerais, fixam o que deve ser uniforme no Estado Brasileiro, pois este é um Estado, embora composto; a estas normas gerais cada Estado pode, e deve, complementar, em função de suas peculiaridades.



Pode o Estado, portanto, complementar a legislação nacional de normas gerais, isto é, editar normas que adicionem pormenores à regra primitiva nacional. Vale, porém, recordar a advertência de Carlos Maximiliano:

*"Não é lícito (ao Estado), entretanto, INOVAR; cada Estado ficará adstrito à orientação traçada pelas normas positivas promulgadas pela União. A interferência da legislatura local visará apenas as NECESSIDADES E PECULIARIDADES REGIONAIS, providências de ordem pública, que indiscutivelmente se coadunem com o sistema, as exigências e as outorgas de origem federal"* (Comentários à Constituição Brasileira, 5ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954, v. 1, p. 205, ênfase no texto original).

Esta lição de Carlos Maximiliano caracteriza perfeitamente o que são normas complementares. São complementares ou particularizantes as normas que visem "necessidades e peculiaridades regionais", e isto, com a ressalva que o Mestre acentua, desde que essa particularização se coadune "*com o sistema, as exigências e as outorgas de origem federal*" (*Ibidem*). Note-se que Maximiliano escrevia sem o arrimo do que está na parte final do art. 24, § 3º, que vincula a competência dos Estados ao atendimento de "*suas peculiaridades*"

São Paulo, 14 de fevereiro de 1990

# FUNÇÃO SOCIAL DO JURISTA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO \*

*Fábio Konder Comparato*

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo  
Doutor em Direito da Universidade de Paris

## Resumo:

A função ou utilidade social do trabalho do jurista, como cultor intelectual do Direito, desdobra-se em duas atividades: pesquisa científica e invenção técnica.

O labor intelectual da *iurisprudentia* romana não se limitou à classificação conceitual dos dados da realidade jurídica, com a aplicação da *diairesis* grega, mas estendeu-se também à elaboração de novos institutos, destinados à solução de problemas sociais emergentes, sobretudo no campo processual. Na evolução do direito inglês, foi notável a contribuição criadora dos juristas da *equity*, os quais desenvolveram um trabalho análogo ao do pretor romano, completando, corrigindo e suprimindo as deficiências da *common law*. Nos albores do capitalismo europeu, no entanto, a capacidade criadora dos juristas foi nitidamente suplantada pela dos próprios comerciantes, que deram nascimento aos grandes institutos da vida empresarial moderna, como a cambial, o seguro ou a sociedade anônima.

Com a acentuação do Direito estatal, a partir do Renascimento e, sobretudo, desde a Revolução Francesa, o trabalho dos juristas ficou, quase todo, confinado à explicação do Direito positivo. A teoria democrática, aliás, sempre viu com maus olhos a criação do Direito por quem não fosse legitimado pelo voto popular.

No Brasil, a criação de novos institutos jurídicos tem sido devida muito menos ao esforço inventivo dos juristas e muito mais ao talento dos profissionais do foro, ou da vida empresarial. No tocante ao trabalho de interpretação e aplicação da lei, o movimento do chamado "direito alternativo" não parece ser a solução mais equilibrada em busca de maior justiça.

Os juristas de hoje somente justificarão sua utilidade social, quando souberem, de um lado, desenvolver novos padrões exegéticos de realização da justiça, sem desrespeito ao princípio da supremacia da lei sobre a vontade individual do intérprete; de outro lado, quando souberem atuar, máxime em matéria constitucional, como verdadeiros engenheiros sociais, na construção de uma nova sociedade.

\* Aula inaugural do curso de pós-graduação do ano letivo de 1991, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

**Abstract:**

The function or social usefulness of the work of the jurist, as an academic cultivator of Law, unfolds in two activities: scientific research and technical invention.

The intellectual work of the Roman jurisprudence did not limit itself to the conceptual classification of the data of the juridical reality, with the application of the Greek *diairesis*, but went on also to the elaboration of new institutes, designed to solve emerging social problems, specially in processual Law. In the evolution of English Law, the creative contribution made by the equity jurists was remarkable, they developed a work similar to that of the Roman Praetor completing, correcting and supplying the deficiencies of the Common Law. In the beginnings of European capitalism, nevertheless, the creative capacity of the jurists was clearly superseded by that of the traders themselves, that originated the great institutes of the modern business life, as the exchange, the insurance and the stock companies.

With the emphasizing of state Law, from the Renaissance and, specially, since the French Revolution, the work of the jurists remained almost all of it confined to the explanation of positive law. The democratic theory, never liked the creation of law by people not legitimated by popular vote.

In Brazil, the creation of new juridical institutes has been due not so much to the inventive efforts of the jurisconsults but to the talent of the court professionals or the business sphere. As regards the work of interpretation and application of law, the movement of the so called "alternative law" does not seem to be the most balanced solution in the search for greater justice.

The jurists of today will only justify their social usefulness when they are able to, on one hand, develop new exegetic standards of realization of justice, without disrespect to the principle of the supremacy of the Law over the individual will of the interpreter, and, on the other hand, when they know how to act, specially in constitutional matters, as real social engineers, in the building of a new society.

Sou tentado a entrar *ex abrupto* no assunto, sem maiores circunlóquios, para indagar sobre a utilidade social dos juristas no mundo de hoje. Para que servem eles, afinal? Suponhamos, como na afabulação de Saint-Simon no início do século passado,<sup>1</sup> que uma insidiosa moléstia, curiosamente ligada ao trabalho

---

1. Em ensaio publicado em 1819, o conde Claude-Henri de Saint-Simon sustentou que o súbito desaparecimento da elite dos cientistas, técnicos, médicos, industriais, comerciantes e agricultores franceses seria um verdadeiro desastre para a nação francesa, demandando pelo menos uma geração para ser reparado. Em contraste, a morte súbita dos principais representantes da nobreza, de todo o alto funcionalismo, inclusive os ministros de Estado, dos altos dignitários religiosos, de todos os juizes e dos dez mil principais proprietários do país não

dos nossos jurisconsultos, acabasse em pouco tempo por dizimá-los. O Brasil sofreria algum atraso por isso?

O caráter provocativo dessa indagação pode ser atenuado ou agravado, conforme o alcance que se dê ao raio de atuação do personagem. O que é ser jurista, afinal?

A denominação - ninguém ignora - é hoje largamente atribuída a todo profissional do Direito neste País, assim como, segundo a persistente tradição, não há bacharel que dispense o tratamento de doutor. Mas se o qualificativo pode ter alguma utilidade para distinguir atividades e funções no campo jurídico, parece curial que ele não assuma uma acepção vasta e indiscriminada, unicamente para satisfazer vaidades pessoais ou prestígios profissionais. Se nem todo bacharel é advogado, do mesmo modo nem todo advogado - ou magistrado, ou promotor público, ou consultor geral da República - pode ser considerado jurista.

Em Roma, os *prudentes* souberam distinguir, nitidamente, o *orator* do *iurisconsultus*, a *eloquentia* da *scientia iuris* (D. 1, 2, 2, 40 - Pompônio). Desse elementar cuidado de discriminação e classificação - que presidiu, de resto, o nascimento da *iurisprudencia* - carecemos muito no presente.

O termo *jurista* deveria, a meu ver, ser reservado unicamente ao cientista ou cultor intelectual do Direito, e é nessa acepção que me proponho empregá-lo, doravante, nesta exposição.

Como todo cientista, o jurista desenvolve, fundamentalmente, duas atividades: a pesquisa e a invenção, vale dizer, a ciência pura e a aplicada, ou, se se preferir, a teoria e a tecnologia.

Enquanto ciência, ou seja, cultura racional de um objeto de pensamento, o Direito nasceu sob a forma de classificação fenomênica, implicando a elaboração de conceitos e a sua definição.<sup>2</sup> Os romanos serviram-se, para tanto, do método dialético grego, que se desenvolvia em dois momentos. Em primeiro lugar, procedia-se à análise dos fatos concretos, por meio de distinções e relacionamentos *diairessis* para os gregos, *differentia* ou *distinctio* para os

---

acarretaria "nenhum prejuízo político". O atrevido ensaio valeu a Saint-Simon um processo criminal.

2. As etapas do nascimento e desenvolvimento da *iurisprudencia* foram admiravelmente retraçadas por Fritz Schulz, em *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1ª edição em 1946.

latinos visando ao estabelecimento de gêneros e espécies, tal como ilustrado minuciosamente por Platão, no diálogo *O Político*. Em seguida, sintetizava-se a essência de cada conceito, assim elaborado, numa definição (*regula iuris*), consistente, segundo a elegante expressão de Sabino (D. 50, 17, 1), em uma *brevis rerum narratio*.

É importante ressaltar que, nesse trabalho de pesquisa para a classificação sistemática da realidade jurídica, os *prudentes* não se limitaram a pensar o Direito em busca de solução para litígios judiciais, mas foram além, sobretudo no campo do direito privado, lançando, pela primeira vez, as bases conceituais de nossa ciência. Assim, o trabalho de elaboração sistemática dos conceitos e *regulae iuris*, de que o Livro 50 do Digesto nos oferece sugestiva condensação, foi também um meio de descoberta da realidade jurídica, uma espécie de levantamento cartográfico do que fora, até então, *terra ignota*.

Além dessa pesquisa sistemática da realidade jurídica, porém, o trabalho científico dos jurisconsultos romanos desenvolveu-se também no plano da criação de institutos, máxime em matéria de remédios judiciais.

A *Lex Aebutia*, do segundo século a.C., abriu nesse particular um largo campo à atuação criadora dos juristas. O processo *per formulam* - conservado, aliás, até hoje, substancialmente, nos juízos arbitrais internacionais - exigia dos litigantes uma técnica de invenção jurídica inteiramente desconhecida à época das *legis actiones*, quando as partes limitavam-se a empregar, repetitivamente, as vias judiciais declaradas de modo taxativo em lei. Doravante, o autor tinha o ônus de apresentar ao pretor uma fórmula de ação, facultando-se ao réu contrapor a inserção de uma cláusula de defesa (*exceptio*). É claro que as fórmulas só eram apresentadas ao juiz leigo depois de aceitas pelo pretor. Mas como este raramente era um jurisconsulto de formação, a tarefa de composição formular recaía normalmente sobre os juristas, cujo aviso era buscado, de antemão, pelas partes e seus advogados.

Pode-se, pois, afirmar, com segurança, que o conjunto do vasto *ius praetorium*, que deu condições de viabilidade e expansão a todo o direito privado romano, foi uma criação dos jurisconsultos. Graças a eles, todo o capítulo da responsabilidade civil, estreitamente regulado pela *Lex Aquilia*, foi alargado por meio das *actiones utiles*; os contratos consensuais, que formam a base do tráfico jurídico moderno, foram reconhecidos em juízo pela fórmula *ex fide bona*; as

*actiones metus e de dolo*, completamente estranhas ao sistema do *ius quiritium*, vieram quebrar, definitivamente, o formalismo negocial.

Movimento semelhante ocorreu no direito inglês, a partir da Baixa Idade Média. Tal como no sistema romano, o ajuizamento de causas perante os tribunais do rei, na *common law*, só podia fazer-se segundo as poucas vias judiciais, taxativamente admitidas pela tradição. O chanceler, no entanto, passou a conhecer de litígios que não encontravam uma solução justa nos tribunais, lançando mão, para tanto, do princípio da boa fé, a fim de temperar a rigidez dos precedentes. Essa jurisdição excepcional acabou gerando um corpo próprio de normas, paralelamente ao direito comum - as *rules of equity* -, assim como, outrora, o Edito do Pretor havia consolidado o *ius honorarium*. Foi graças ao espírito inventivo dos juristas da chancelaria inglesa que a *equity* modernizou todo o direito das coisas, até então de estrutura medieval, construindo, por exemplo, o *trust* nos moldes da antiga *fiducia* romana e reformando o direito hipotecário. Como sabido, o *trust*, pela sua labilidade, tem servido a um sem-número de utilizações, notadamente no direito empresarial. Foi, ademais, por meio do processo equitativo que se introduziu no direito inglês a *specific performance*, de acordo com as regras do processo canônico.

Tanto em Roma quanto na Inglaterra, portanto, os jurisconsultos souberam desenvolver, a par do seu trabalho tradicional de pesquisa da realidade jurídica, com a classificação de conceitos e a enunciação de princípios, também uma atividade técnico-criativa, com a elaboração de novas soluções e remédios jurídicos para os problemas suscitados pela evolução social.

É preciso, no entanto, reconhecer que esses exemplos foram raros na história do Direito. A extraordinária floração de institutos jurídico-mercantis, que a Europa conheceu nos albos do capitalismo moderno - como a cambial, o seguro, a sociedade anônima, os valores mobiliários, a limitação da responsabilidade do armador naval - institutos sem os quais a Revolução Industrial não teria podido engendrar a civilização hodierna, foram todos produzidos diretamente pelos próprios comerciantes, com a colaboração eventual de tabeliães. Dessas notáveis criações do engenho humano, os juristas somente vieram a se ocupar *a posteriori*, para registrar o seu aparecimento e descrever-lhes a mecânica funcional.

A partir do Renascimento, com a progressiva positivação do Direito pelo Estado, os jurisconsultos europeus, com a notável exceção dos que serviam na chancelaria inglesa, passaram a exercer, quase que exclusivamente, a função social de explicação do direito vigente, com vistas à sua conservação e não no intuito de transformá-lo. Eis por que o esforço principal de suas elocubrações concentrou-se na teoria da interpretação da lei e dos precedentes judiciais, marcando-se com isto a convicção geral de que o jurisconsulto é, por vocação e profissão, um servidor do direito posto, não um agente transformador.

Para tanto, aliás, muito contribuiu o largo assentamento da idéia democrática de que só ao legislador, na qualidade de representante do povo soberano, compete legitimamente criar o Direito. Os juristas, pela sua vinculação tradicional com o poder monárquico no *ancien régime*, passaram a ser vistos com suspeita pelos novos líderes políticos.<sup>3</sup> Doravante, a tarefa de assentar as bases do direito liberal-burguês passou a ser exercida pelos advogados. É sabido, aliás, que a bancada do *Tiers État*, na Assembléia Nacional Francesa, em 1789, era composta majoritariamente por causídicos.

Se tomarmos as duas maiores figuras do pensamento jurídico do século XIX, verificaremos, sem dificuldade, que a sua concepção da ciência do Direito circunscrevia-se, unicamente, à pesquisa e compreensão da realidade jurídica, sem nenhuma ambição inventiva.

Sem dúvida, a noção de instituto jurídico, concebida por Savigny como entidade histórica, dotada de uma "realidade orgânica", permitia-lhe atribuir uma certa criatividade ao trabalho do jurista;<sup>4</sup> mas apenas na medida em que o uso desses modelos históricos ensejava o preenchimento das lacunas do ordenamento legal.

---

3. Em *L'Ancien Régime et la Révolution*, publicado pela primeira vez em 1856, escreveu Tocqueville: "Le droit romain, qui a perfectionné partout la société civile, partout a tendu à dégrader la société politique, parce qu'il a été principalement l'oeuvre d'un peuple très-civilisé et très-asservi. Les rois l'adoptèrent donc avec ardeur, et l'établirent partout où il furent les maîtres. Les interprètes de ce droit devinrent dans toute l'Europe leurs ministres ou leurs principaux agents. Les légistes leur fournirent au besoin l'appui du droit contre le droit même. Ainsi ont-ils souvent fait depuis. A côté d'un prince qui violait les lois, il est très-rare qu'il n'ait pas paru un légiste qui venait assurer que rien n'était plus légitime, et qui prouvait savamment que la violence était juste et que l'opprimé avait tort".

4. cf. *System des heutigen römischen Rechts*, I, 1840, pp. X ss.

O mesmo se pode dizer da noção de "construção jurídica", na primeira fase do pensamento de Jhering.<sup>5</sup> Ela seria, segundo ele, o método próprio da ciência jurídica superior (*höhere Jurisprudenz*), consistente na compreensão dos institutos jurídicos, e que se contrapunha, por isso, à ciência jurídica inferior (*niedere Jurisprudenz*), considerada mera teoria da interpretação das normas. Pelo método construtivo, asseverava Jhering, era possível conceber realidades jurídicas não expressas na lei, a modo de compostos químicos, que se não confundem com os seus elementos componentes.

Em suma, na concepção desses luminares da ciência jurídica no século passado, o trabalho "construtivo" do jurisconsulto limitava-se, na melhor das hipóteses, a criar entidades de razão, para a melhor compreensão da vida jurídica.

Uma visão panorâmica das diferentes escolas de pensamento jurídico, no decorrer do presente século, nos leva, também sem maiores dificuldades, à conclusão de que o trabalho intelectual do jurista tem sido visto, em regra, como limitado à interpretação da realidade, excluindo-se todo esforço transformador, pela invenção efetiva de novos institutos.<sup>6</sup> Nas cogitações da *Interessenjurisprudenz*, contraposta tanto à *Begriffsjurisprudenz* do passado quanto à *Wertungsjurisprudenz* ulterior; na teoria da concreção, como critério de decidibilidade; na tópica e na teoria da argumentação, como formas de superação do dedutivismo lógico-formal; na indagação sobre a realidade sistêmica do Direito, como método de compreensão sintética, em contraposição à tradicional análise classificatória de fatos e regras - em suma, em todas essas múltiplas visões do mundo jurídico, que se sucederam no curso deste século, encontra-se como pressuposto um mesmo denominador comum: a ciência jurídica não tem por missão criar o Direito, mas apenas interpretá-lo.

E, no entanto, o exemplo da luminosa *iurisprudentia* romana, ou o labor admirável dos juristas da *equity* inglesa, continuam a desmentir, na memória histórica, essa visão reducionista da função que os jurisconsultos devem exercer na vida social. Se os juristas foram no passado, pelo menos nesses dois

---

5. cf. *Geist des römischen Rechts*, II - 2.

6. Veja-se a exposição crítica de Karl Larenz, em *Methodenlehre der Rechts-wissenschaft*, 5ª ed., 1983, cap. 5.



momentos privilegiados, autênticos criadores do Direito, por que seriam agora incapazes de reexercer esse papel?

Essa indagação adquire um tom crucial, quando feita na perspectiva da realidade brasileira. Aqui, muito mais do que nas nações desenvolvidas - tradicionais fontes da ciência e da cultura - a realidade social é tão pejada de injustiças, carências e contradições, que ninguém ousaria sustentar ser a função primacial do jurista, entre nós, a conservação do direito positivo, ou a sustentação do *status quo*. As exigências de renovação e mudança se manifestam em todos os quadrantes e abalam todos os conformismos. Urge, portanto, reanalisar em profundidade o valor social da ciência jurídica, em função do drama nacional.

Tenho, no entanto, fundado temor de que essa reanálise produzirá conclusões pouco lisonjeiras para os homens e mulheres que se vêm dedicando, contemporaneamente, a pensar o Direito *ex professo* neste País.

No terreno da pesquisa e compreensão da realidade jurídica, em primeiro lugar, é difícil negar que os juristas brasileiros, com raras exceções, têm sido, tradicionalmente, simples tributários do pensamento estrangeiro e - o que é pior - seguidores atrasados da produção intelectual alienígena. Raríssimos foram os jurisconsultos nacionais que a exemplo de Teixeira de Freitas, no século passado, e de Pontes de Miranda, neste - souberam criar novos modelos conceituais de compreensão do Direito, sem se limitarem a reproduzir - e ainda sofrivelmente - as idéias oriundas de fora.

Alguns exemplos nos ajudarão a ilustrar essa crítica.

É, em grande parte, devida a Tullio Ascarelli, que nos deu a honra de aqui viver e ensinar na Universidade de São Paulo, de 1940 até meados dos anos 50, a elaboração do conceito de *atividade*, em contraposição ao tradicional ato ou negócio jurídico.

Foi graças a esse novo instrumento de compreensão da vida jurídica que se tornou possível fundar em novas bases todo o direito comercial, com o abandono da velha e inepta teoria dos atos de comércio. Fora desse novo quadro de compreensão da realidade empresarial, é impossível explicar por que os contratos em massa da vida mercantil se perfazem, habitualmente, sem o pressuposto da capacidade civil das partes (transporte de passageiros menores de idade, ou venda a varejo a menores ou interditos, por exemplo). Excluída a idéia

de atividade, como fato distinto dos atos ou negócios isolados, resulta juridicamente absurdo sustentar-se que o exercício de uma atividade ilícita, ou simplesmente carente de autorização pelo Estado, em nada afeta a validade e eficácia dos contratos concluídos no curso dessa atividade.

Mais ainda, esse novo conceito revela-se plenamente operacional no campo do direito público, em especial como critério de solução de velhas incongruências ou dificuldades interpretativas - como a noção de serviço público não personalizado, ou o regime do funcionário de fato.

Ora, a noção de atividade e suas aplicações continua ausente dos nossos tratados doutrinários, ou manuais escolares. O último projeto de Código Civil, redigido por insignes juristas, ignora por completo o que seja atividade em Direito.

Um outro exemplo desse aflitivo atraso da ciência jurídica brasileira nos é dado pela persistente ignorância do conceito de *organização* que, no entanto, já abriu caminho, largamente, nas ciências sociais não normativas.<sup>7</sup> Porfiamos em reproduzir, até hoje, como matéria de alta indagação, a caduca disputa sobre a natureza da sociedade anônima, entre a teoria contratualista e a institucionalista, sem levarmos em conta o fato óbvio de que os empresários, em todo o mundo e desde há muito, não aguardaram a solução dessa luta acadêmica para criar, por meio de negócios plurilaterais (outra noção ausente do citado projeto de Código Civil), organizações societárias que funcionam independentemente da renovação das declarações de vontade de seus fundadores e mesmo sem que estes continuem a fazer parte da sociedade.

É, de resto, a noção de organização, aliada à de atividade atividade organizada, ou, reversivamente, organização para o exercício de uma atividade -

---

7. A noção foi, pela primeira vez, utilizada como instrumento de análise e compreensão do funcionamento de partidos políticos, nas obras de Moisei Ostrogorski (*La Démocratie et les Partis Politiques*), de 1908, e de Robert Michels (*Zur Soziologie des Parteiswesens in der modernen Demokratie*), de 1911.

No campo da sociologia geral, o conceito de *organização* foi empregado, quase concomitantemente, por J. Plenge (*Vorlesungen über die allgemeine Organisationslehre*), de 1919, e por Max Weber, no capítulo IX, 3 de *Wissenschaft und Gesellschaft*. James G. March e Herbert A. Simon desenvolveram-no em *Organizations*, 1958.

Em economia, o conceito foi surpreendentemente pouco utilizado. Lembre-se, no entanto, o livro pioneiro de James Burnham, *Managerial Revolution*, de 1941, com uma crítica à teoria marxista da luta de classes, e, mais recentemente, as lúcidas observações de John Hicks, em *A Theory of Economic History*, 1969.

que explica, mais uma vez, o regime jurídico-administrativo do serviço público não personalizado.

A mesma necessidade candente de renovação se depara no terreno da teoria da interpretação e aplicação do Direito, onde o pensamento jurídico ocidental mais se afadigou nos últimos cem anos, tentando quase todas as formulações possíveis.

A discussão desse assunto assumiu níveis polêmicos entre nós, com o movimento do chamado "direito alternativo". Qualquer que seja a opinião que tenhamos sobre ele, é impossível negar que os propugnadores desse novo critério de solução judicial de litígios colocaram a questão da interpretação da lei no terreno que lhe é próprio e de onde nunca deveria ter sido alijada: o político.

Malgrado a conhecida observação de Montesquieu sobre a impotência do Judiciário (*des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque sorte nulle*), é inegável que a atribuição de dizer o Direito em última instância é sempre, em qualquer sociedade, um atributo de poder. Que essa competência esteja ligada a outras, na pessoa do mesmo titular, não altera em nada a realidade. Os pontífices da Roma antiga, a quem incumbia a função de interpretar definitivamente o direito sacro (*fas*), o qual, nas origens confundia-se com todo o direito privado, eram chefes políticos. Nem é por outra razão que Júlio Cesar, ao se desembaraçar de seus rivais no triunvirato ditatorial, fez questão de assumir, cumulativamente, o cargo de *pontifex maximus*; e o precedente foi seguido por Augusto e demais imperadores que o sucederam.

Acontece que, no regime do Estado de Direito, não há poder que possa ser exercido fora da lei. A legalidade, nesse tipo de Estado, confunde-se, basicamente, com a legitimidade; desde que a condição é fundamental - as leis nas quais se expressa o direito objetivo sejam normas gerais, perante as quais todos se encontrem em posição de igualdade. Que essas leis sejam editadas diretamente pelo povo, por seus representantes eleitos, por um colégio oligárquico, ou pela vontade exclusiva de um só governante, pouco importa. O conceito de Estado de Direito não se confunde com o de Estado democrático.

A edição de leis gerais, como bem advertiram os constitucionalistas clássicos, representa a primeira e fundamental garantia do cidadão contra o abuso de poder. Os órgãos estatais incumbidos de aplicar a lei - a Administração

Pública e o Judiciário - não podem, portanto, substituir a *ratio legis* pela sua vontade particular.

Sem dúvida, a reivindicação dos adeptos do "direito alternativo", de que o juiz possa fazer justiça no caso concreto *apesar da lei*, é compreensível no ambiente de extensa e profunda injustiça em que banha a sociedade brasileira. O que se desconhece, porém, com essa proposta, é o fato elementar de que tudo vai depender da correlação de forças no seio do próprio Judiciário, transformado assim em arena política aberta. - Quem garantiria ao povo que a totalidade ou, pelo menos, a maioria dos juízes interpretaria o Direito além e acima das leis de acordo com os efetivos interesses populares? E qual o título de legitimação do Judiciário para se arrogar esse poder, se os juízes não são eleitos nem fiscalizados pelo povo? O princípio absoluto da justiça do caso concreto compensaria a quebra de uniformidade do sistema, abolindo a certeza na aplicação do Direito e, por conseguinte, a sua previsibilidade?<sup>8</sup> Por outro lado, se um dos Poderes da República é constitucionalmente autorizado a desvincular-se das leis, por que não poderia sê-lo, da mesma forma, o Governo, cujo chefe, aliás, é tradicionalmente escolhido em eleição popular? E qual a vantagem de se manter, em semelhante sistema, um órgão legislativo, se as leis deixam de ser vinculantes? - Por acaso a complexidade da vida moderna e a dimensão das atuais sociedades nacionais seriam compatíveis com um sistema jurídico destituído de normas gerais, previamente promulgadas ou publicamente reconhecidas?

Não obstante essas objeções, que me parecem fundamentais, não creio que se possa afastar com desdém a seriedade do problema social, dramaticamente ressaltado pelo movimento do "direito alternativo". O importante é retomar a questão sobre novas bases. Assim, ao invés de se suprimir o princípio da legalidade, com o inegável retrocesso inerente à abolição do Estado de Direito, poder-se-ia pensar, por exemplo, na transformação do julgamento por equidade em princípio geral do direito judiciário. Em substituição à norma do art. 127 do Código de Processo Civil, declarar-se-ia que o juiz está sempre autorizado a decidir por equidade, quando uma das partes

---

8. No *De Officiis* (II, 12), Cícero já advertia que "*leges sunt inventae, quae cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur*".

encontra-se em situação de grave carência econômico-social, conforme for definido em lei. No juízo criminal, o critério especial de aplicação das multas, constante do art. 60 do Código Penal, deveria ser alargado, declarando-se, como propus na fase de preparação da nova Constituição, que *"a aplicação da pena é individualizada, levando-se em conta, obrigatoriamente, como circunstância atenuante, a fraca situação econômica e a baixa posição social do delinqüente"*.

Tudo isso, no entanto, não nos dispensaria de procurar dirigir o pensamento crítico sobre a interpretação e aplicação do Direito para outro rumo, de modo a se focalizarem, também, os seguintes pontos: a) o problema da eficácia superior das normas constitucionais, sobretudo as enunciadoras de princípios, bem como as normas-objetivo ou programáticas; b) a participação popular na função legislativa, inclusive quanto à votação de leis interpretativas; c) a garantia de independência dos juizes e a efetivação de sua responsabilidade, num Estado de Direito que se pretende republicano e democrático.

Tais considerações nos introduzem, diretamente, no outro campo do labor científico do jurista: a atividade criadora. O que se exige hoje, mais do que nunca, da ciência do Direito não é apenas o levantamento rigoroso da realidade jurídica, com a explicação racional dos fundamentos lógicos e éticos do sistema. O que se impõe à consciência de todo jurista é também e sobretudo a *invenção* de um Direito mais eficiente e justo. Como disse excelentemente Ascarelli, em conferência pronunciada no ano anterior ao seu passamento, *"o nosso problema de juristas não é só o de distinguir entre o lícito e o ilícito, mas também o da fantasia; é o problema da criação de instrumentos, diria mesmo de máquinas jurídicas, que possam alcançar determinadas finalidades, que tenham freio e motor, que se movimentem sem acidentes, ou seja, que correspondam às mais diversas exigências"*.<sup>9</sup>

Num mundo dominado pela técnica e seduzido pelo valor da eficiência, numa época em que a miséria e o atraso social se revelaram, enfim, não uma fatalidade histórica, mas autênticos crimes contra a humanidade, e, sobretudo, num país cuja organização social se decompõe a olhos vistos, seria um despropósito que os juristas, tal como os convidados da parábola evangélica, se recusassem à luta pela transformação social, sob o pretexto de que continuam

---

9. *Problemi Giuridici*, Milão, 1959, v. 2, p. 702.

muito ocupados em comentar as leis, ou em elaborar pareceres no interesse de litigantes.

Abrir-se-á, dentro em breve, nova etapa de reformulação das instituições constitucionais do País. Não creio exagerar, dizendo que ela será, fatalmente, nossa última oportunidade de repor a evolução nacional no rumo do pleno desenvolvimento. Vamos, afinal, como ocorreu em 1988, abandonar esse trabalho de alta engenharia social à incompetência e à ilegitimidade dos legisladores ordinários? Ainda haveremos de sofrer, novamente, o impudente espetáculo de jurisconsultos travestidos em lobistas de interesses particulares?

Ora, esse trabalho de reconstrução nacional exigirá de nossos juristas um método substancialmente diverso do empregado no exercício da técnica interpretativa. Exigirá uma visão global dos problemas, de forma a recolocá-los no contexto dinâmico da realidade social, onde a vida econômica, a psicologia social, as tradições e estilos políticos não se podem separar do Direito. O inventor de instituições jurídicas eficientes, que, a modo de verdadeiras máquinas cibernéticas sejam dotadas de um mecanismo de auto-regulação, há de trabalhar em estreito comércio intelectual com os demais cientistas sociais, atento ao fato de que a ciência contemporânea progride por meio de um processo de interfecundação de dados, análises e princípios.<sup>10</sup>

Uma vez realizado esse diagnóstico global da realidade, o trabalho construtivo do projetista deverá concentrar-se, naturalmente, na composição de instituições dotadas, por si mesmas, de ampla energia transformadora. Na organização do Estado, a institucionalização da função de programar as políticas públicas em um órgão autônomo, com a participação de representantes das principais categorias econômicas e sociais. Paralelamente a essa providência, impõe-se a criação de um instrumento de garantia da realização de políticas públicas, que poderia, no plano judicial, tomar a forma de um mandado de injunção social. No Legislativo, a revisão radical da representação popular e do papel constitucional do Senado. No Governo, a instituição de mecanismos de responsabilidade política mais efetiva, para ministros de Estado e o próprio chefe de Estado. No Judiciário, como acima se assinalou, a superação de uma

---

10. cf., a esse respeito, as observações de Jean Piaget, em *Épistémologie des Sciences de l'Homme*, 1970, pp. 251 ss.

irresponsabilidade anti-republicana e antidemocrática. Enfim, no nível fundamental da soberania popular, a criação de mecanismos participativos no exercício da função pública em todos os setores: legislativo, administrativo e judiciário.

Formar, nas novas gerações, os juristas capazes intelectual e eticamente - de desempenhar essa eminente função social é a formidável tarefa que se nos depara. Oxalá as Universidades saibam assumi-la prontamente, de modo a abrir caminho para a grande renovação social que todos esperamos.

## CONTROLE ADMINISTRATIVO E "OMBUDSMAN"

*Eduardo Lobo Botelho Gualazzi\**

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

### Resumo:

Utilização do Direito Comparado. Espécies de controle e seus limites. *Ombudsman* sueco: origem histórica da instituição. *Ombudsman* em outros Estados. Brasil: Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão (CÓDICI). Tribunais de Contas no Brasil: competências constitucionais assemelhadas às de um *Ombudsman*.

### Abstract:

Use of Comparative Law. Types of control and their limits. The Swedish *Ombudsman*: the historical origin of the institution. The *Ombudsman* in other states. Brazil: Committee for the Defense of the Rights of the Citizen (CODICI). The Tribunais de Contas in Brazil: the constitutional competences similar to that of the *Ombudsman*.

Entre os temas mais atuais e solicitados, nos Cursos de Graduação, Pós-Graduação e Especialização de Direito Administrativo, encontra-se o de *Ombudsman e controle administrativo*. No Brasil, aumentam gradativamente a preocupação e o interesse em relação ao controle da Administração Pública, por todos os modos e institutos jurídicos, cabíveis, entre os quais o *Ombudsman*. Embora ainda inexistente no Brasil, o instituto jurídico-administrativo do *Ombudsman* já suscitou a publicação de alguns estudos especializados e foi-lhe proposta a criação, na Assembléia Nacional Constituinte, de 1987-88. Não seria surpresa se o *Ombudsman* fosse afinal criado, no Brasil, durante a futura revisão constitucional, prevista para 1993.

A análise do *Ombudsman* suscita utilização do Direito Comparado, especialmente do Direito Administrativo Comparado. O Direito Comparado, como se sabe, não é ramo da árvore do Direito. Não é disciplina jurídica autônoma. Não é Direito. É método científico que, recorrendo à observação e ao cotejo, ressalta os traços dominantes de vários sistemas jurídicos, confrontando, no mesmo plano, institutos paralelos e sistemas, para depois concluir pela

---

\* Procurador do Estado de São Paulo



universalidade de um conceito ou pela tipificação de um instituto num dado sistema de direito (cf. José Cretella Júnior, *Direito Administrativo Comparado*, São Paulo, EDUSP, 1972, p. 24).

O conteúdo atual do Direito Comparado configurou-se após longa evolução dos estudos jurídico-científicos. Em séculos passados, a Ciência do Direito dedicou-se a descobrir os princípios de justiça e equidade, conformes à vontade de Deus, à natureza e à razão; a premissa de análise, portanto, era predominantemente apriorística, idealista e universalista. Entretanto, esfacelou-se paulatinamente a noção de *jus commune*, de Direito com aplicação universal. Predominou, no século XIX, a noção de nacionalismo, de Direito nacional, estratificado em Constituições e grandes codificações, alicerçadas no apogeu da soberania estatal.

O desenvolvimento, na segunda metade do século XIX, do Direito Comparado, como tal, foi o resultado logicamente inevitável desta nacionalização da idéia do Direito, que teve ascendência na primeira metade do século XIX. Ademais, tornou-se necessário e urgente, em vista da expansão sem precedentes, nos tempos modernos, das relações internacionais e dos contratos de todos os tipos (cf. René David e John E. C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, 2ª ed., London, Stevens & Sons, 1978, p. 3).

*'A utilidade atual do Direito Comparado pode ser analisada sob três ângulos: é útil em pesquisa jurídica, histórica e filosófica; é importante para compreender-se melhor e aperfeiçoar-se o Direito nacional; auxilia na promoção do entendimento de povos estrangeiros e, assim, contribui para a criação de um contexto favorável ao desenvolvimento de relações internacionais" (Ibidem, p. 4).*

Segundo Haroldo Valladão, o Direito Comparado caracteriza-se por cinco ciclos: a) mero exame da legislação estrangeira (princípio a meados do século XIX); b) estudo da legislação comparada (segunda metade do século XIX); c) ciência do Direito Comparado (a partir de 1900); d) internacionalização do Direito Comparado (época contemporânea); e) universalização do Direito

Comparado (futuro próximo) (cf. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1979, v. 25, *sub voce* Direito Comparado).

Assim, para considerar-se o tema do *Ombudsman*, é mister realizar-se análise e síntese em termos de internacionalização do Direito Comparado a fim de se verificar a possível inserção e correlata utilidade do *Ombudsman* no Direito Brasileiro, *de lege ferenda*.

Ao analisar-se o *Ombudsman*, sob qualquer ângulo, imediatamente adquire relevância o aspecto das lacunas eventuais no controle da Administração Pública. Aliás, sob enfoque histórico, surgiu o *Ombudsman* sueco precisamente para remediar lacunas do controle administrativo e, nos dias atuais, nos Estados que adotam o instituto jurídico-administrativo do *Ombudsman*, sobreleva sua máxima função, consistente em prevenir e preencher lacunas e omissões de outros tipos de controle administrativo e/ou judiciário, atinente aos três Poderes, sobretudo ao Poder Executivo (Administração Pública).

Para assegurar-se a eficácia da Administração e corrigir-lhe os erros há diversos tipos de controle. O controle tende a assegurar a *coerência* da atividade administrativa: é um fator essencial de *coordenação*, para o bom funcionamento interno da Administração. O controle assegura ainda que a Administração respeite as regras assentadas pelo poder político e não se imiscua nos direitos e liberdades públicas dos cidadãos. Portanto, o tema conecta-se ao das relações jurídicas entre governantes e governados. O controle assegura, enfim, de modo mediato, a unidade do Estado, a filosofia política do Estado, condição da existência do próprio Estado.

Os vários tipos de controle concentram-se sempre em facetas específicas: a) o controle administrativo verifica a *coerência* interna da Administração; b) o controle jurisdicional examinará a observância dos direitos do cidadão; c) o controle político tenderá sobretudo a salvaguardar o respeito às prioridades impostas pela filosofia política inerente à ordem constitucional. Porém, estas espécies de controle apresentam entre si *separação excessivamente rígida e insuficiências*.

O controle parlamentar da Administração sempre deixa de penetrar em várias zonas cinzentas, não previstas pelos textos legais, bem como não penetra em situações concretas de omissividade ou negligência dos agentes públicos. O controle jurisdicional é também insuficiente, por sua natureza casual

e individualizada, porquanto depende de provocação de parte interessada. O controle administrativo interno, por sua vez, exatamente por remanescer ao alvedrio de autoridades públicas da Administração ativa, é freqüentemente menosprezado, quando não solapado.

Enfim, a heterogeneidade das diversas espécies de controle impõe *limites* objetivos a cada qual, bem como a necessidade de serem todos mantidos em exercício concomitante.

Em conseqüência, houve o surgimento paulatino de órgãos administrativos polivalentes, ecléticos, que buscam associar as vantagens das diversas espécies de controle. *Verbi gratia*, é o caso do Conselho de Estado francês e, mais especialmente, do *Ombudsman* sueco, como solução definitiva para o desiderato de controle integral em correlação às relações entre Administração Pública e Parlamento.

Ademais, assinala-se profunda alteração nas relações entre o Estado e o cidadão, entre a Administração Pública e os administrados, ao longo do século XX, sobretudo no tocante ao reforço da autoridade pública e dos poderes administrativos, ao abandono progressivo dos valores liberais do século XIX e à substituição do Estado-gendarme pelo Estado-providência.

Maurice Hauriou já assinalava que "*o poder preponderante da Administração implicava em substanciais alterações constitucionais e numerosas restrições para as liberdades privadas*".

Letourneur realçou que "*o conteúdo da legalidade depende da importância do campo livre que se deseja reservar à autoridade, mais exatamente do 'ponto de equilíbrio' que se deseja estabelecer entre os direitos da administração e os direitos dos cidadãos*" (*A extensão do controle do juiz no exercício do poder*, 1962, p. 51).

No Estado contemporâneo, todavia, a fixação desse "ponto de equilíbrio" e seu controle ulterior não pode ser relegado ao critério da própria Administração Pública.

Por outro lado, como observou Groshens, "*a administração da justiça se reduz com demasiada freqüência à administração de tranqüilizantes*" (*Réflexions sur la dualité de juridiction*, 1963, p. 539).

Charles Debbasch considera o exemplo do *Ombudsman* uma "*fonte de inspiração para todos aqueles que, ao desejarem maior eficácia do aparelho*

*administrativo, não se resignam a ver desenvolver-se o poder discricionário da Administração".*

Segundo André Legrand, *"em nenhum país o Ombudsman exerce controle sistemático e aprofundado de oportunidade. O erro comum que se comete a respeito deste aspecto provém de uma causa simples: por sua existência, o Ombudsman permite o exercício do controle nas áreas em que não existe recurso algum"*.

Quais os métodos de controle da Administração por meio do instituto jurídico-administrativo do *Ombudsman*?

A Administração Pública age por meio de atos administrativos, manifestação de vontade destinada a produzir, por meio de decisão auto-executória, alterações na ordem jurídica. A subordinação dos atos administrativos ao princípio da legalidade é inafastável. Conforme indica Herlitz, *"sublinhemos o fato de que as leis indicam expressamente - embora às vezes em termos excessivamente genéricos a natureza dos atos administrativos autorizados, assim como ordinariamente designam as autoridades competentes"* (*Le Droit Administratif Suédois*, p. 542).

Por conseguinte, a competência administrativa da Administração explica-se por um princípio geral - o poder discricionário. Porém, a aplicação deste princípio geral colide com múltiplas exceções, consistentes na afirmação por órgãos superiores da subordinação legal do ato administrativo discricionário.

Segundo Di Qual, *"o poder discricionário da Administração é analisado como um poder residual, resultante da afirmação daquele princípio na ausência de exceções"* (*La Compétence Liée*, Lille, 1963, p. 435).

Entrementes, adverte Michoud que *"o poder discricionário é o poder de uma autoridade que age livremente sem que sua conduta seja ditada por uma regra de direito"* (*Étude sur le pouvoir discrétionnaire*, 1913, p. 10).

Porém, o jurista sueco Hammar skjöld, em 1915, negou que o poder discricionário comporte escolha da Administração entre várias soluções possíveis: *"para qualquer decisão administrativa, devem existir motivos objetivos e universais, mesmo que seja impossível precisá-los em detalhes. Por consequência, na prática, um só modo de ação pode ser correto e um exame jurisdicional do modo de ação não constitui em si nada de irrazoável"* (*Relatório sobre criação de um Tribunal Administrativo*, p. 185).

Segundo André Legrand, "resulta que a existência do poder discricionário não se coliga apenas ao grau de controle judicial. Haverá sobretudo poder discricionário quando o juiz recusa-se a exercer um controle. Ou seja, o poder discricionário deve ser apreciado não-somente em caso de admissão do recurso, mas também em função das condições de admissibilidade".

Em outros termos, há situações jurídico-administrativas em que não é cabível o exercício legal de qualquer espécie de controle, seja parlamentar, judicial ou administrativo, precisamente porque há casos concretos, de natureza administrativa discricionária, que refogem a qualquer dos tipos tradicionais de controle, interno ou externo: para tais casos concretos, o contrasteamento jurídico-administrativo somente pode ser realizado eficazmente por intermédio do *Ombudsman*. Eis aí o motivo histórico da criação de tal instituto e a razão de se haver espreado para muitos Estados contemporâneos. Apenas por tal motivo, deveria o *Ombudsman* ser implantado no Brasil, aspecto que será melhor analisado em outra passagem deste estudo.

Em suma, o *Ombudsman* é o único instituto jurídico-administrativo que possibilita aos administrados realizar controle administrativo em relação às lacunas omissivas ou comissivas, às zonas cinzentas e a certos abusos e distorções do poder discricionário no âmbito interno da Administração Pública. O *Ombudsman* supre e supera a rigidez, a limitação e as deficiências eventuais das outras espécies de controle.

Cumprido considerar-se, agora, o *Ombudsman* da Suécia, Estado de origem histórica do instituto.

Na história da Suécia, antes da criação do atual *Ombudsman*, sucedida em 1809, registram-se antecedentes remotos e próximos, atinentes a esse instituto jurídico-administrativo, a saber: a) século XVI Grande Senescal (*Drotsen*); b) Inspetor Geral (1665/1668); c) *Ombudsmannen* (1713); d) *Justitienkansler* (Chanceler de Justiça) (1719); e) *Ombudsman* do Rei (1720).

Entre os modelos estrangeiros, que poderiam ser considerados como historicamente assemelhados ao *Ombudsman* sueco de 1809, figurariam os seguintes: a) *Justiciat* de Aragão (juiz vitalício, nomeado pelo Rei para proteger os particulares em relação aos abusos dos funcionários); b) Tribuno da Plebe romano (controle de todas as Magistraturas); c) *Bill of Rights*, de 1689; d) Procurador-Síndico de França (representante dos direitos dos cidadãos,

sobretudo em matéria fiscal); e) agentes nacionais do Comitê de Salvação Pública, após 1789.

Na Suécia de 1809, havia uma luta entre o Rei e o Parlamento (*Riksdag*), dominado pela nobreza. A revolução sueca de 1809 encerrou o ciclo de atritos entre o absolutismo monárquico e o parlamentarismo, aspecto que suscitou ao jurista Jellinek considerar, em 1900, que o regime político sueco havia conservado um aspecto medieval.

A *Regeringsform* sueca de 1809 apenas regula minuciosamente a estrutura e o funcionamento do Poder Executivo, equilibrando os poderes do Parlamento e do Rei: foi influenciada por Montesquieu.

Houve várias inovações na *Regeringsform* de 1809, muitas das quais foram criações suecas, não copiadas de outros Estados. Entre tais inovações, constou o artigo 96, que criou o *Ombudsman*, como mandatário do Parlamento, "*encarregado de controlar a observância das leis pelos tribunais e funcionários e de acionar perante os tribunais competentes, de acordo com as leis, aqueles que, no exercício de suas funções, houverem por parcialidade, favor ou qualquer outro motivo, cometido ilegalidades ou negligenciado a execução conveniente dos deveres de seu ofício*".

Na Suécia, o *Ombudsman* surgiu, em 1809, como reação de uma Assembléia que intentava reservar-se largos poderes de vigilância sobre a justiça e a administração. O Parlamento sueco (*Riksdag*) almejava, por meio do *Ombudsman*, equilibrar seus poderes com os do Rei, que dispunha do Chanceler de Justiça (*Justitienkansler*). Na Suécia de 1809, buscou-se o "dualismo" político, equilíbrio entre Poderes Executivo (Rei) e Legislativo. Uma das soluções para esse "dualismo" foi o *Ombudsman*. No princípio (1809), o *Ombudsman* sueco tinha apenas competência para acusar funcionários faltosos perante Tribunais, precisamente porque o *Ombudsman* situava-se fora da hierarquia administrativa. Somente após longa evolução histórica o *Ombudsman* tornou-se um órgão semi-autônomo de controle administrativo.

O *Ombudsman* sueco é eleito pelo Parlamento para mandato de quatro anos: esta eleição garante sua independência em face do Rei. Os eleitores do *Ombudsman* sueco, contudo, são escolhidos de acordo com as disposições atinentes à eleição para as Comissões Técnicas do *Riksdag*: assim, a eleição

quatrienal do *Ombudsman* não se politiza. O *Ombudsman* pode ser eleito até 15 dias após a escolha da Comissão Constitucional, encarregada de escolhê-lo.

O *Ombudsman* sueco exerce, atualmente, o controle *a posteriori* da Administração Pública. Não pode o *Ombudsman* exercer o controle sobre os Ministros, exceto mediante determinação expressa do próprio Parlamento. Há, portanto, expressa divisão entre os atos de governo e os atos de administração. Ao *Ombudsman* incumbe, primordialmente, controlar e contrastear os atos administrativos dos funcionários. Ao *Ombudsman* sueco caberá, diante de uma infração penal, representar à justiça ordinária para que o funcionário seja punido. Todavia, estão assegurados privilégios de jurisdição a funcionários de chefia e juízes que poderão ser processados apenas diante da Corte Suprema ou da Corte de Apelo, bem como a bispos, secretários de diocese, padres e professores universitários. A partir de 1967, o *Ombudsman* sueco passou a exercer controle também sobre as administrações comunais.

O *Ombudsman* sueco é um delegado do Parlamento para a fiscalização dos atos da Administração, mas não está subordinado ao Parlamento: pode agir de ofício ou por provocação de particular.

O artigo 96 da *Regeringsform* exige apenas que a escolha do *Ombudsman* sueco recaia sobre "um *jurisconsulto de notório saber e de integridade particular*". Não pode exercer outro cargo público durante seu mandato. O *Ombudsman* dispõe de absoluta autonomia para a formação de sua equipe de funcionários. O mandato do *Ombudsman* sueco somente pode ser interrompido por dois modos: a) o *Ombudsman* demite-se; b) o *Riksdag* revoga seu mandato.

O *Ombudsman* sueco deve apresentar um relatório anual ao Parlamento a respeito de falhas e estado da administração e da justiça.

O *Ombudsman* sueco adquiriu extrema relevância porque no Parlamentarismo sueco não pode haver destituição do Governo por moção de desconfiança e, nos longos recessos do Parlamento, a Administração Pública é governada pela Comissão Constitucional e controlada pelo *Ombudsman*.

Em 1915, na Suécia, foi criado o *Ombudsman Militar (Militiombudsman)*, encarregado de verificar erros que parecessem "*poder acarretar que os estabelecimentos da Defesa nacional se desviassem de seu objetivo*"

Além do *Ombudsman* para a Administração Pública e do *Ombudsman* Militar, existem na Suécia mais três *Ombudsman*: a) dos Consumidores; b) para a Liberdade Econômica; c) da Imprensa. O *Ombudsman dos Consumidores* visa coibir a prática da publicidade enganosa e estabelecer controle de qualidade dos produtos, podendo suscitar questões perante o Tribunal de Mercados. O *Ombudsman para a Liberdade Econômica* tem como função proteger os cidadãos dos chamados trustes e cartéis econômicos que impeçam a concorrência e o livre mercado, também dispondo da faculdade de suscitar questões perante o Tribunal de Mercados. O *Ombudsman da Imprensa* tem como função coibir publicação caluniosa ou infração à ética jornalística.

O *Ombudsman* sueco para a Administração Pública poderá apreciar qualquer matéria, exceto aquelas consideradas pela Comissão Constitucional como de segurança nacional em matéria militar. Para tanto, o *Ombudsman* dispõe de livre acesso a todos os documentos e arquivos do Estado.

O *Ombudsman* sueco pode: a) acusar judicialmente o funcionário investigado; b) fazer-lhe recomendação direta; c) fazer-lhe recomendações ou sugestões para a realização de um melhor serviço, sem nenhum caráter sancionador; d) sugerir mudanças de normas ao governo, a fim de adequá-las a eventuais direitos reconhecidos pelo *Ombudsman*.

No momento atual, na Suécia, encontra-se em vigor o Texto da Instrução do *Ombudsman*, de 1967. Entre seus vinte e três parágrafos, realçam-se os seguintes:

a) "§ 1º - Os *Ombudsman* do Riksdag (*Justitiemombudsman*) exercem controle a fim de que os funcionários e outras pessoas, submetidas à integral responsabilidade de suas funções, observem no exercício de suas funções as leis e outros dispositivos e cumpram suas obrigações. Os *Ombudsman* devem, além disso, agir para suprir as lacunas da legislação e favorecer uma aplicação unitária e oportuna do Direito";

b) "§ 2º O controle dos *Ombudsman* exerce-se por meio de inspeções, bem como pelos quesitos e decisões que podem ser considerados como exigíveis em



*razão das reclamações, das observações efetuadas no curso das inspeções e de outras circunstâncias";*

c) "*§ 3º - Incumbe ao Ombudsman velar pela observância das disposições atinentes às questões de privação administrativa de liberdade, liberdade de imprensa e publicidade dos documentos oficiais, bem como, no tocante ao Ombudsman que exerce o controle sobre a Administração da Defesa, a remuneração e a gestão do pessoal militar";*

d) "*Os Ombudsman devem principalmente intervir em caso de atentado ou colocação em perigo da segurança jurídica de um particular ou quando qualquer pessoa houver negligenciado suas obrigações de serviço para a busca de um interesse pessoal, por parcialidade ou por grosseira negligência";*

e) "*§ 10 - Os Ombudsman podem assistir às deliberações e decisões dos tribunais e outras autoridades, sem dispor, entretanto, do direito de exprimir sua opinião; eles devem ter acesso aos processos-verbais e documentos das autoridades".*

No tocante ao *Ombudsman* sueco, seus principais meios de atuação são os seguintes: a) recurso de pleno contencioso; b) controle de legalidade da atividade administrativa.

Em relação ao recurso de pleno contencioso, averba-se que o *Ombudsman* não é um tribunal, nem uma autoridade administrativa. Entretanto, mesmo sem ser um juiz, o *Ombudsman* pode exercer uma atividade de controle que se aproxima da de um juiz. Segundo Rudolfo Kjellen, há duas hipóteses de recurso de pleno contencioso: a) *uma falta subjetivamente grave, atinente à conduta do funcionário faltoso*; b) *uma falta objetivamente grave, em que o caráter da gravidade resulte da violação de direito*. Em qualquer das hipóteses, aliás, trata-se de violação de direito.

No tocante ao controle da legalidade da atividade administrativa, o controle do *Ombudsman* sueco apresenta características de controle

administrativo de ofício: a) ausência de interesse; b) latitude em relação às condições temporais; c) existência de poderes de ação de ofício. O *Ombudsman* exerce controle da legalidade da atividade administrativa nos seguintes casos, *verbi gratia*: a) poder disciplinar; b) violação das prescrições de serviço; c) ordem ilegal; d) manutenção da ordem interna; e) legalidade interna; f) controle dos motivos; g) controle sobre o objeto dos atos; h) controle das medidas de polícia.

Examinou-se, em síntese, o *Ombudsman* sueco, criado em 1809. É mister analisar-se, doravante, a irradiação do instituto jurídico-administrativo do *Ombudsman* sueco para outros Estados.

Consideremos, a seguir, o *Ombudsman* finlandês, o segundo a ser criado, mais de cem anos após o sueco.

Na Finlândia, coexistem o *Ombudsman* da Justiça e o Chanceler de Justiça. O *Ombudsman* deve apresentar relatório anual ao Parlamento. Na Finlândia, há um parlamentarismo em que os Ministros são responsáveis perante o Parlamento. O Parlamento controla os Ministros com a contínua participação do *Ombudsman*. O *Ombudsman* finlandês exerce controle sobre as atas das reuniões ministeriais, *a posteriori*, por iniciativa própria. Porém, o Chanceler de Justiça finlandês pode exercer controle sobre o próprio Presidente da República. Além de apresentar acusações e admoestações, tanto o *Ombudsman* como o Chanceler de Justiça podem, na Finlândia, pedir à Corte Suprema ou à Suprema Corte Administrativa que anulem decisões administrativas, tomadas por autoridades recalcitrantes em seguir suas orientações. O *Ombudsman* finlandês controla toda a Administração Pública (funcionários centrais, locais e Igreja Luterana), bem como Juizes, prestando contas ao Parlamento. O *Ombudsman* finlandês exerce sua função de modo autônomo, em relação ao Parlamento. Seu mandato é de três anos, podendo ser revogado a qualquer momento, pelo Parlamento. De acordo com a reforma de 1933, o *Ombudsman* finlandês caracterizou-se como defensor dos direitos do indivíduo finlandês e o Chanceler de Justiça como conselheiro jurídico do Governo. O próprio *Ombudsman* finlandês controla a Administração militar.

Analisemos, agora, o *Ombudsman* dinamarquês, implantado em 1946. Aliás, o instituto jurídico-administrativo do *Ombudsman* irradiou-se para muitos países a partir da adoção do *Ombudsman* pela Dinamarca, em 1946, ano em que a Constituição dinamarquesa, no artigo 55, passou a ter a seguinte

redação: "a legislação estabelecerá a nomeação pelo Folketing de uma ou duas pessoas, as quais não poderão ser membros do Folketing, para que fiscalizem a administração civil e militar do Estado" Em 1954, foi finalmente promulgada a lei dinamarquesa do *Ombudsman*. A Dinamarca tem uma Administração rigidamente hierarquizada e, assim, o controle do *Ombudsman* abrange também os Ministros. Não se admite controle do *Ombudsman* sobre os Juizes, em vista da independência da Magistratura em relação ao Governo. O *Ombudsman* é eleito pelo Folketing, podendo ser destituído a qualquer momento se deixar de merecer a confiança: porém, atua de modo autônomo, em relação ao Parlamento. O Direito dinamarquês garante a total independência do *Ombudsman* em relação ao Parlamento e ao Governo, mas o *Ombudsman* remanesce obrigado a apresentar um relatório anual. O controle do *Ombudsman* não atinge o próprio Parlamento ou os Deputados, exceto quando desempenham funções executivas. Enquanto na Suécia o instrumento de ação do *Ombudsman* consiste na recomendação a funcionário (estabelecendo-se o contencioso), na Dinamarca o *Ombudsman* atua por meio de recurso administrativo, não contencioso. Assim, de acordo com a legislação dinamarquesa de 1962, o *Ombudsman* na Dinamarca dispõe das seguintes faculdades: a) se entender que um Ministro ou ex-Ministro incorreu em responsabilidade civil ou penal, pode apresentar recomendação ao *Folketing* para que seja processado; b) se entender que qualquer outra pessoa sob seu controle deve responder por falta criminal, pode ordenar investigação preliminar ou acusação perante os tribunais; c) se considerar haver razões para início de procedimentos disciplinares, pode ordenar às autoridades competentes o início; d) pode externar suas opiniões à pessoa a quem se destinar a queixa apresentada.

A seguir, examinemos o *Ombudsman* norueguês. Na Noruega, existem dois *Ombudsman*: o civil e o militar. Ao *Ombudsman* militar incumbe: a) manter-se em permanente e estrito contato com as comissões de representantes; b) conhecer as queixas dos recrutas ou de oficiais; c) conhecer assuntos militares por iniciativa própria; d) atuar como órgão assessor das principais autoridades militares e civis da Noruega. Em 1962, foi criado o *Ombudsman* civil: eleito para mandato de quatro anos, o *Ombudsman* exerce de maneira independente sua atividade fiscalizadora; somente maioria qualificada de dois terços pode destituir o *Ombudsman* durante seu mandato. O

*Ombudsman* norueguês tem competência para apreciar qualquer matéria que envolva a administração civil, inclusive eventuais atividades empresariais do Estado. O Rei, seu Conselho e os Ministros estão excluídos do controle do *Ombudsman*, pois a este não cabe o controle político, mas apenas o administrativo. Além disso, o *Ombudsman* está impedido de rever qualquer assunto que já tenha sido apreciado pelo *Storting* em qualquer de suas duas Câmaras ou na Comissão de Protocolo. O *Ombudsman* norueguês não pode exercer controle sobre Juízes. Em 1973, na Noruega, foi criado o *Ombudsman* para o Consumidor, para controle das normas de *marketing* e a proteção do consumidor em suas relações de mercado, publicidade, propaganda, etc.

A Nova Zelândia foi o primeiro país da *Commonwealth* a implantar um *Ombudsman*, em 1962. O *Ombudsman* neozelandês é designado pelo Governador Geral mediante recomendação da Câmara de Representantes. O mandato do *Ombudsman* é de três anos. O *Ombudsman* neozelandês não dispõe de competência direta para fiscalizar atos dos Ministros de Estado. A função do *Ombudsman* neozelandês limita-se a de recomendar ao Departamento providências administrativas. Se não houver alteração, o *Ombudsman* pode cientificar o Parlamento a respeito da não observância de seu informe. O *Ombudsman* neozelandês não poderá controlar atos dos tribunais e de seus funcionários. O *Ombudsman* neozelandês também não pode investigar os atos das Forças Armadas, da Administração local e da Igreja. De acordo com a lei, o *Ombudsman* neozelandês pode atuar em relação a qualquer decisão, recomendação, ato ou omissão, sempre que o considere: a) contrário à lei; b) pouco razoável, injusto ou opressivo, ou indevidamente discricionário, ou em desacordo com a lei; c) baseado em erro legal ou de fato; d) resultado de equívoco; e) decorrente do exercício da faculdade discricionária para fim indevido, por razões inexplicáveis, levando em consideração fatos irrelevantes, ou sem dar as razões da decisão.

Outrossim, o *Ombudsman* britânico foi implantado em 1967: é o Comissário Parlamentar (ou Comissionado Parlamentar *Parliamentary Commissioner*), designado pelo Poder Executivo, após longas negociações com o Parlamento. Suas funções podem ser interrompidas a qualquer momento, se perder a confiança do Parlamento. O *Ombudsman* inglês pode agir apenas se um pedido de investigação for formulado por parlamentares. É competente apenas

em casos de *maladministration* (má-fé, negligência, inépcia, obstinação no erro, arbitrariedade ou similares). O *Ombudsman* britânico poderá investigar casos de *maladministration* provenientes de atividades meramente executivas do governo, mas deverá abster-se no tocante a atos de governo. O *Ombudsman* britânico dispõe de poderes idênticos aos dos Tribunais.

Quanto ao *Ombudsman* canadense, verifica-se que, no plano federal do Canadá, existem dois *Ombudsman*: a) Comissário Oficial das Linguagens (*Commissioner Official Languages*), criado em 1969; b) Investigador Correccional (*Correctional Investigator*), criado em 1973. O primeiro protege o sistema bilingüe; o segundo fiscaliza a administração penitenciária. No Canadá, a implantação do *Ombudsman* começou a nível provincial, tendo posteriormente atingido a área federal. As províncias canadenses de língua inglesa criaram *Ombudsman* de 1967 a 1977. Em 1968, a Província de Quebec aprovou a criação de um *Ombudsman*, o "Protetor do Cidadão". O *Ombudsman* canadense é designado pelo *Lieutenant Governor*, mediante prévia proposição da Assembléia Provincial, para mandato de cinco ou seis anos, revogável e renovável. No Canadá anglófono, o *Ombudsman* é competente para investigar qualquer decisão ou recomendação formulada ou qualquer ato ou omissão de ato, relativo à Administração Pública. No Canadá francófono (Quebec), o âmbito de competência do *Ombudsman* é extremamente amplo, envolvendo funções administrativas, com exclusão de atos de governo. Os instrumentos principais da ação do *Ombudsman* são o Relatório Anual ao Parlamento e a publicidade de seus atos.

Nos Estados Unidos da América, a proposta de criação de um *Ombudsman* federal não foi aprovada, mas foram criados *Ombudsman* em alguns Estados daquela Federação, como Havaí (1967), Nebraska (1969), Iowa (1972), New Jersey (1974) e Alasca (1975), bem como em algumas cidades (como Filadélfia e Seattle). Os *Ombudsman* dos Estados Unidos da América dispõem de competência para apreciar: a) ato contrário à lei; b) ato irracional, injusto, opressivo ou desnecessariamente discricionário, mesmo estando de acordo com a lei; c) ato baseado em erro de fato; d) ato baseado em fundamentos impróprios ou inconseqüentes; e) ato sem adequada motivação; f) motivo que provoque inconformismo do indivíduo atingido. Os *Ombudsman*, nos EUA, podem agir de ofício ou mediante queixa de qualquer cidadão, de forma

livre e direta. Têm as mesmas prerrogativas dos Juízes e suas decisões não são passíveis de revisão judicial. Se o *Ombudsman* considerar que um funcionário é culpado e este não revir sua posição, o *Ombudsman* poderá incriminá-lo perante os Tribunais.

Em relação à França, o *Ombudsman* francês denomina-se *Médiateur*. foi criado por Lei de 3 de janeiro de 1973. A designação de Mediador é feita pelo Conselho de Ministros, mediante decreto. Seu mandato é de seis anos, não podendo ser destituído pelo Conselho. O Mediador tem competência em relação a toda a Administração francesa, inclusive a local, com abrangência dos serviços administrativos, comerciais e industriais. A competência do Mediador restringe-se a direito individual afetado. No tocante à Justiça, o *Médiateur* pode intervir somente: a) se existir urgência na decisão, em virtude de condições sociais, saúde ou idade do reclamante; b) quando a Administração engendrar manobras protelatórias. O Mediador somente recebe queixas remetidas pelos Deputados. Não pode agir de ofício. Os instrumentos de ação do *Médiateur* francês são os seguintes: a) poder de crítica em relação ao ato praticado; b) poder de aconselhamento ao funcionário faltoso; c) poder de repreensão disciplinar ou penal, podendo propor ação penal contra o funcionário faltoso; d) poder de publicidade; e) poder de sugestão.

Em Portugal, foi em 1974 implantado o Provedor de Justiça, o *Ombudsman* português. Foi definido como "órgão público independente", eleito pela Assembléia da República, com garantias de independência, inamovibilidade e imunidade. Pode atuar de ofício ou mediante recebimento de queixas contra qualquer funcionário administrativo, visando a correção de erros, atos administrativos ilegais e a melhoria dos serviços. Segundo seu atual titular, o Provedor de Justiça de Portugal funciona como um "contrapoder do Estado", figurando em terceiro lugar na hierarquia portuguesa, após o Presidente da República e o Primeiro Ministro.

Na Espanha, existe o Defensor do Povo (Alto Comissariado das Cortes Gerais), designado pelo Parlamento. O mandato é de quatro anos, podendo ser destituído por manifestação de três quintos de cada Câmara. Incumbe ao Defensor do Povo controlar toda a Administração Pública e "entes públicos personificados", inclusive o militar. Com informalidade processual, o Defensor do Povo age de ofício ou mediante provocação.

Em Israel, começou a funcionar o Censor-Geral em 22 de setembro de 1971. A designação do Censor-Geral é efetuada pelo Presidente do Estado de Israel, mediante aprovação do nome escolhido pelo *Knesset*, o Parlamento israelense. Goza de independência em relação ao Governo, prestando contas somente ao *Knesset*. O Censor-Geral pode receber queixas de indivíduos, sem distinção de nacionalidade ou residência, contra ato de qualquer funcionário da Administração israelense e pode fiscalizar atos da Magistratura.

Como fecho deste estudo, salienta-se como imprescindível analisar-se o tema *Ombudsman* em relação ao Brasil.

No início da década de oitenta, foi apresentado ao Congresso Nacional um projeto de lei, de autoria do Senador Marco Maciel, para instituição do "Ouvidor Geral", mas tal projeto não foi aprovado (aliás, a denominação "Ouvidor Geral" corresponde à vetusta instituição do Ouvidor-Geral atinente à época do Brasil-Colônia). Durante a Assembléia Nacional Constituinte (1987/1988), tramitou proposição para criação do Defensor do Povo, no âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: porém, *lobbies* poderosos impediram a criação do Defensor do Povo, sobretudo *lobbies* provenientes do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público (Federal e Estaduais).

É mister salientar-se, todavia, que o Decreto federal nº 93.714, de 15 de dezembro de 1986, instituiu a *Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão CÓDICI*, materialmente assemelhada a um *Ombudsman*.

Com efeito, estipula o art. 1º do Decreto federal nº 93.714/86 que "*as atividades dos órgãos da Administração Federal estão sujeitos à fiscalização permanente de qualquer pessoa, que poderá exercer o direito de representação e de petição ao Poder Executivo, a qualquer tempo e em quaisquer circunstâncias, na defesa de direito ou contra erros, omissões ou abusos de autoridades administrativas*".

Ademais, assenta o Decreto federal nº 93.714/86 o seguinte:

*"art. 3º A reclamação, para os fins previstos neste Decreto, será assinada pelo reclamante e instruída, quando possível, com os documentos que a comprovam,*

*ou com indicação de outras provas, inclusive a testemunha";*

*"art. 5º - Incumbe, ainda, à CÓDICI:*

*I comunicar às autoridades administrativas competentes a conduta de agentes da Administração Federal, que possa caracterizar exercício ilícito ou abusivo da função administrativa;*

*II recomendar, à Consultoria-Geral da República, a adoção de medidas, providências ou ações, com o objetivo de restabelecer, na prática administrativa, a estrita observância dos princípios da legalidade, finalidade e moralidade administrativa;*

*III - adotar providências, junto aos órgãos e autoridades competentes, destinadas a prevenir, reprimir ou fazer cessar a incorreção de comportamentos administrativos considerados ilegais, abusivos ou arbitrários;*

*IV - sugerir aos órgãos componentes da Advocacia Consultiva da União, ou ao órgão competente do Ministério Público, a adoção de medidas administrativas ou judiciais, que visem a resguardar ou preservar a intangibilidade do interesse público";*

*"art. 8º - A CÓDICI elaborará, anualmente, relatório circunstanciado das atividades por ela desenvolvidas, com fundamento neste Decreto.*

*Parágrafo único. O relatório, de que trata este artigo, após aprovação do Presidente da República, será remetido à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e ao Tribunal de Contas da União, para conhecimento, bem assim a outros órgãos a que essa medida seja determinada".*



Sob o enfoque jurídico, o Decreto federal nº 93.714/86 é passível de severa crítica, em vista de sua manifesta inadequação.

*Ab initio*, evidencia-se que órgão administrativo de tal natureza deveria, no mínimo, ser criado por *lei federal ordinária* e ulteriormente instituído e regulamentado por *decreto*, embora o ideal consista em que seja previsto por *norma constitucional programática*, para posteriormente ser criado por *lei*. Sob o aspecto formal, é absurda a criação de órgão com tais competências por mero *decreto federal*, como sucedeu à CÓDICI, embora o Decreto federal nº 93.714/86 haja sido emitido, na época, com fundamento na então vigente Constituição da República.

Sob o aspecto material, a CÓDICI nunca dispôs da imprescindível autonomia funcional em relação aos três Poderes, mormente no tocante ao Poder Executivo. Basta lembrar-se e realçar-se que a CÓDICI consiste de simples órgão administrativo do próprio Poder Executivo da União instituída junto à Presidência da República como "*órgão colegiado integrante do Gabinete Pessoal do Presidente*" (*sic*). Como órgão colegiado, a CÓDICI foi constituída por representantes do Gabinete Militar, da Consultoria-Geral da República, da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República, do Gabinete Civil e do Ministério Público Federal, sem prejuízo das respectivas funções, "*os quais serão designados pelo Presidente da República, sob a presidência de quem este indicar*" (*sic*)!

Percebe-se que, afinal, a CÓDICI nunca passou, desde sua criação, de banalíssimo órgão administrativo de controle interno, mero arremedo de *Ombudsman*, malengendrado e pessimamente estruturado, sem condições jurídicas e/ou políticas para desenvolver atividades como as de um verdadeiro *Ombudsman*, com independência e autonomia em relação aos três Poderes. Nota-se, ainda, que um verdadeiro *Ombudsman* é, quase sempre, um mandatário do Parlamento ou no mínimo aprovado pelo Parlamento, *jamaiz* um órgão monocrático ou colegiado do Poder Executivo, a este subordinado e sem mandato próprio, como sucedeu à CÓDICI. A CÓDICI consiste, enfim, de uma experiência virtualmente inútil, com resultado pífio.

Em tese, sustentamos que, no Brasil atual, deste ano de 1991, a premente necessidade de um verdadeiro *Ombudsman*, apto a controlar severamente toda a Administração Pública, atinente aos três Poderes, poderia

ser suprida mediante a dilatação, especialização e consolidação definitivas das competências constitucionais e legais dos Tribunais de Contas.

Com efeito, dispõe o artigo 70 da Constituição Brasileira, de 1988, que *"a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder" (caput).*

*E assenta o artigo 71 da Constituição da República, de 1988, que*

*"o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:*

.....

*IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditoria de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;*

.....

*IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;*

.....

*XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados;*

.....

*§ 4º - O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades"*

Entretentes, proclama o artigo 74 (§ 2º) da Constituição da República, de 1988, o seguinte: *"Qualquer cidadão, partido político, associação ou*

*sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União".*

Em vista dos dispositivos constitucionais supratranscritos, em vigor no Brasil atual, verifica-se que os Tribunais de Contas brasileiros já dispõem de competências para desempenhar funções de verdadeiros *Ombudsman*, a depender apenas de cabal regulação por legislação ordinária. No Brasil, a rigor, não há necessidade de criação de *Ombudsman*, em face das atuais competências constitucionais dos Tribunais de Contas !

Seria necessário, apenas, que legislação ordinária criasse, no âmbito dos Tribunais de Contas do Brasil, seções especializadas ou câmaras específicas, encarregadas de controlar a observância da legalidade, legitimidade e eficiência, no âmbito da Administração Pública dos três Poderes, podendo representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. Assim, restariam respeitadas as competências constitucionais e legais dos três Poderes e seus respectivos órgãos, ressalvada a possibilidade de contrasteamento indicativo dos Tribunais de Contas, *lato sensu*, como órgão administrativo autônomo do Poder Legislativo.

A criação de tais câmaras especializadas, nos Tribunais de Contas do Brasil, poderia corresponder ao magistério do Professor Dr. Caio Tácito: "*o controle a ser exercido sobre a Administração Pública atenderá a esse duplo endereço de sua atividade: de um lado, o controle da legalidade, visando à preservação dos direitos dos administrados e do patrimônio público; de outra parte, o controle de eficiência, que tem em mira o aperfeiçoamento das instituições administrativas, cuidando de sua melhor produtividade.*" (O Controle da Administração e a Nova Constituição do Brasil, RDA nº 90, outubro/dezembro de 1967, p. 24).

O Brasil já tem seu *Ombudsman*, embora com outra denominação: trata-se dos Tribunais de Contas brasileiros, que dispõem das mais vastas e abrangentes competências constitucionais, em termos de Direito Constitucional e Direito Administrativo Comparado, se cotejadas tais competências com as dos Tribunais de Contas de todos os Estados soberanos do Planeta Terra!

São Paulo, 16 de agosto de 1991

**ELEIÇÕES DE 1990 :**  
**Vedação de Contratações, Admissões e Nomeações**  
**no período pré-eleitoral.**

*Monica Herman Salem Caggiano\**

Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

**Resumo:**

Em razão da inexistência de legislação específica a reger o pleito eletivo previsto para 3 de outubro de 1990, surgiu uma série de problemas de cunho eleitoral, dúvidas próprias da lacuna. Dentre tais questões, assumiu, principalmente no Estado de São Paulo, especial notoriedade a vedação pertinente às nomeações e contratações no denominado período pré-eleitoral, impedimento oriundo da regra do art. 13 da Lei nº 6.091, de 15 de agosto de 1974, cuja aplicação foi recomendada pelo E. Tribunal Superior Eleitoral. Diante disso, o trabalho registra a discussão acerca da aplicabilidade ou não do referido dispositivo que, à vista dos princípios de direito intertemporal em vigor, já não mais existe, revogado por força da superveniência de lei posterior que tratou integral e diferentemente a matéria. E, ainda que aludida lei posterior, a seu turno, já não mais se encontre vigente, não há como aplicar a repristinação, ressuscitando indigitada norma do art. 13 da Lei nº 6.091/74.

**Abstract:**

By reason of the nonexistence of specific legislation ruling on the elections scheduled for the third of October 1990, a number of problems of an electoral nature appeared and doubts pertaining to this lack. Among these issues one has acquired a special notoriety, mainly in the State of São Paulo, the prohibition concerning appointments and contracts in the so called pre-electoral period, impediment originating in the rule of article 13 of the Law number 6.091, of 15th. of August 1974, the application of wich was recommended by E. Tribunal Superior Eleitoral (Superior Electoral Court). Faced with that, this work records the discussion the applicability of the said article that, considering the principles of intertemporal law in force, considering that it does not exist anymore having been revoked by a later law that has treated the matter in a complete and different manner. And even given the fact that this later

---

\*Procuradora Municipal

law is itself no longer in force, there is no may of applying a renewal resussitating the above mentioned rule of article 13 of the Law number 6.091/74.

**Eleições 1990: Vedação de Contratações, Admissões e Nomeações no período pré-eleitoral. Autorização para a realização de concurso público e posterior admissão dos aprovados, em períodos pré-eleitorais. Aplicação ou não do art. 13 da Lei nº 6.091, de 15 de agosto de 1974 (Lei Etelvino Lins).**

Mônica Herman Salem Caggiano  
Procuradora Municipal e Professora  
Doutora da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo.

Trata-se de representação promovida por entidade da Administração Indireta Municipal, com o escopo de obter autorização especial para a abertura e processamento de concurso público visando a contratação de técnicos, de diversas especialidades, inobstante a invocada vedação do art. 13 da Lei nº 6.091, de 15 de agosto de 1974.

Pois bem, pelo que se depreende dos termos deduzidos na inicial, diante da notícia veiculada pela imprensa no sentido de que referido preceito continuaria produzindo efeitos proibitivos no que tange às contratações procedidas pelo setor público no período eleitoral de 1990, consulta quanto à viabilidade de, por via de anuência extraordinária da Prefeita, superar o impedimento, assegurando, assim, a continuidade e o regular desempenho das atividades a cargo daquela entidade.

É o Relatório.

Passo a opinar.

## I - Do quadro fático-jurídico.

I.1 - De início, é necessário frisar que a representação, em apreço, configura, antes de mero pedido de autorização, verdadeira consulta acerca da vigência ou não da proibição consagrada por força do artigo 13 do já citado texto legal (Lei Federal nº 6.091/74). Isto porque, se efetivamente em vigor aquele preceito, nem por força de anuência superior poderia vir a promover a Consulente as contratações pretendidas, que nulas se afigurariam; como nulo também, restaria o despacho autorizativo da Prefeita.

Com efeito, dispõe indigitado dispositivo legal:

*Art.13 São vedados e considerados nulos de pleno direito, não gerando obrigações de espécie alguma para a pessoa jurídica interessada, nem qualquer direito para o beneficiário, os atos que, no período compreendido entre os noventa dias anteriores à data das eleições parlamentares e o término, respectivamente, do mandato do Governador do Estado, importem nomear, contratar, designar, readaptar ou proceder a quaisquer outras formas de provimento de funcionário ou servidor na administração direta e nas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista dos Estados e Municípios, salvo os cargos em comissão e da magistratura, do Ministério Público e, com aprovação do respectivo órgão legislativo, dos Tribunais de Contas e os aprovados em concursos públicos homologados até a data da publicação desta Lei.*

*§ 1º - Excetuam-se do disposto no artigo:*

*I - nomeação ou contratação necessárias à instalação inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Governador ou Prefeito;*

*II - nomeação ou contratação de técnico indispensável ao funcionamento do serviço público essencial.*

*§ 2º - O ato com a devida fundamentação será publicado no respectivo órgão oficial".*

Do mais breve e perfunctório exame do preceito, resulta, pois, a inviabilidade da contratação aventada, ainda que decorrente de concurso público. Este poderia até se realizar; a contratação, porém, é que deveria aguardar o término do período da vedação.

I.2 - Tal panorama, no entanto, seria descortinado na hipótese de efetiva aplicação do disposto no artigo 13 da Lei nº 6.091, de 15 de agosto de 1974; caso aludido preceito ainda permanecesse em vigor, o que na realidade não ocorre, ou em razão da força auto-revogatória contida pelo preceito ou por restar revogado pela Lei nº 6.534, de 26 de maio de 1978, que disciplinou diferentemente a matéria já em relação ao pleito de 1978, para governadores e vice-governadores, senadores e deputados federais e estaduais.

I.3 - Em verdade, a Lei nº 6.091, de 15 de agosto de 1974, foi editada com o escopo de disciplinar o fornecimento gratuito de transporte em dias de eleição, como, aliás, registra a respectiva ementa. E isto no ensejo de introduzir medidas saneadoras que pudessem assegurar a lisura dos pleitos eletivos.

Como à época já havia sido publicado o texto regulamentador das eleições de 1974 (Lei nº 6.055, de 17 de junho de 1974), do qual não constava qualquer restrição a nomeações ou contratações pelo Poder Público no período pré-eleitoral, decidiu o legislador ampliar o campo de abrangência do texto e, dentre as outras providências, a que se refere a já citada ementa, inseriu a vedação do artigo 13, regra, aliás, que, em termos genéricos, encontra-se consagrada no próprio Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965), através do princípio insculpido no seu artigo 237.

**I.4** Por louvável a proibição na sua moldagem explícita, notadamente em termos de garantia da não utilização da máquina estatal para fins eleitorais, foi aventada sua possível aplicação nas eleições municipais de 1976, quando então, corretamente, pronunciou-se o Egrégio TRE de São Paulo, registrando:

*"O texto indigitado, portanto, nada mais fez do que regular, em enunciado específico, matéria que, genericamente, se compreende no princípio da vedação do desvio ou abuso do poder de autoridade consagrado na parte final do 'caput' do artigo 237 do Código Eleitoral.*

.....

*Com estas considerações, responde-se à consulta no sentido que o artigo 13 da Lei Federal nº 6.091, de 15 de agosto de 1974, tendo disciplinado situação particular, não se estende a quaisquer outros que não à nela previstos, de eleições parlamentares, ficando as municipais sob a égide da vedação genérica estabelecida no artigo 237 do Código Eleitoral". (Ac. nº 7.770 DOE 12.08.76).*

Já nas eleições de 1978, como acima acentuado, por via de nova legislação eleitoral, ofereceu-se tratamento diferenciado à questão, apresentando-se a vedação nos seguintes moldes:

*"Art. 12 (Lei nº 6.534/78) - São vedados e considerados nulos de pleno direito, não gerando obrigação de espécie alguma para a pessoa jurídica interessada, nem qualquer direito para o beneficiário, os atos que, no período compreendido entre os 90 (noventa) dias anteriores à data das eleições de 15 de novembro, e o término do mandato de governador do Estado, importem em nomear, contratar, designar, readaptar funcionário ou proceder a quaisquer outras formas de provimento no quadro da administração direta e das autarquias, empresas públicas*



*e sociedades de economia mista dos Estados e Municípios.*

*§ 1º - Excetuam-se do disposto neste artigo:*

*I - nomeação ou contratação necessárias à instalação inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do governador ou prefeito;*

*II - nomeação ou contratação de técnico indispensável ao funcionamento do serviço público especial;*

*III - nomeação para cargos em comissão, e da magistratura, do Ministério Público, e, com aprovação do respectivo órgão legislativo, dos Tribunais de Contas;*

*IV - nomeação dos aprovados em concurso público homologado até 15 de agosto do corrente ano.*

*§ 2º - O ato com a devida fundamentação será publicado no respectivo órgão oficial."*

1.5 - A partir daí, indigitada regra proibitiva passou a traduzir norma de presença obrigatória em todos os documentos legais editados para a regulação dos pleitos eletivos. Nesse sentido o art. 9º da Lei nº 6.978, de 19 de janeiro de 1982, o artigo 19 da Lei nº 7.493, de 17 de junho de 1986, o artigo 27 da Lei nº 7.664, de 29 de junho de 1988 e o artigo 15 da Lei nº 7.773, de 08 de junho de 1989.

Mas se é verdade que tal vedação reflexo do princípio preconizado no artigo 237 do Código Eleitoral - vem configurar constante fator de balizamento eleitoral a partir de 1974, de outra parte não há como assegurar sua força impositiva num pleito eletivo sem prévia e expressa disposição legal, vez que, entre nós, o constituinte fez imperar o regime de estrita legalidade, nos moldes do artigo 5º, II, do Estatuto Fundamental. E prescrição legal específica, em relação ao pleito de 1990, não há, porquanto, como antes anotado, referido artigo 13 da Lei nº 6.091/74 foi revogado pela Lei nº 6.534/78 e novo texto a inserir a vedação não foi editado.

## II - Da Revogação do art. 13 da Lei 6.091/74

II.1 Não há como ignorar, porém, que em recente consulta promovida perante o E. Tribunal Superior Eleitoral (consulta nº 11.058 Classe 10ª - do Distrito Federal), pronunciou-se essa Colenda Corte pela nulidade das nomeações, contratações ou outras formas de provimento no serviço público estadual e municipal, nos noventa dias anteriores à data das eleições parlamentares, até o término do mandato do Governador, registrando o caráter permanente da já assinalada norma do art. 13 da Lei nº 6.091/74, sua validade e sua eficácia para o pleito eletivo a se realizar em outubro do corrente ano de 1990 (Resolução nº 16.437, de 03.05.90, DOE de 09.06.90).

II.2 Nesse diapasão cabe observar desde já, o caráter temporário e não permanente, como pretende o Egrégio TSE - da referida regra vedatória, inobstante inserida num texto que oferece um tratamento de cunho permanente e um outro tema, pertinente ao transporte de eleitores. Esse, inequivocamente, foi disciplinado por intermédio de dispositivos que assumem o cunho da generalidade e daí seu perfil estável e permanente. A questão relativa à proibição de contratações, contudo, integra-se no contexto das "outras providências", a que alude a própria ementa do diploma em exame e visa clara e irrecusavelmente impedir o uso da máquina estatal no pleito eleitoral de 1974 e nada mais. Tanto é que, como termo inicial para o impedimento incidente sobre as nomeações decorrentes de concursos públicos, estipulou que somente seria autorizado o ingresso resultante de concursos, *in verbis*: "*homologados até a data da publicação desta lei*" (art.13, *caput*).

Destarte, naquela consulta eleitoral destinada ao preenchimento das cadeiras parlamentares (escolha de Deputados Federais, Senadores e Deputados Estaduais) -, a partir da edição do diploma 6.091, de 15 de agosto, não mais poder-se-iam proceder a nomeações, ainda que por concurso público, se esse não tivesse sido homologado antes da data de publicação do texto proibitivo.

**II.3** - Daí deflui, com naturalidade até, que aludido preceito não só vinha contemplado pela temporariedade, como também já trazia no seu próprio bojo o período de sua respectiva eficácia, adotando o legislador, na sua feitura, a técnica da auto-revogação.

De fato, registra o Prof. Rubens Limongi França que "*quanto à força revogadora, a revogação pode ser interna ou própria da lei, ou auto-revogação, o que se dá quando se trata das já aludidas leis temporárias ou transitórias, que no próprio texto já trazem a data ou condição a partir de cuja incidência deixará de existir a sua eficácia.*" (grifo nosso) (*O Direito, a Lei e a Jurisprudência*, Revista dos Tribunais, 1974, p. 106).

E, antes disso, em memorável obra, advertia o Prof. Vicente Ráo para a existência de 4 (quatro) espécies de auto-revogação: "*a) quando a própria lei limita claramente o tempo de sua vigência; b) quando a temporariedade resulta da natureza da lei (exemplo: lei orçamentária); c) quando a lei se destina a um fim certo e determinado, cujo alcance lhe esgota o conteúdo (exemplo: lei que manda realizar uma obra); d) quando a lei visa a reger uma situação passageira (exemplo: leis de emergência ante uma calamidade pública).*" (*O Direito e a Vida dos Direitos*, São Paulo, v. 1, p. 385).

Evidente se afigura, pois, até da mera leitura do dispositivo *sub examine* que sua aplicabilidade e eficácia vinham dirigidas a uma determinada situação (eleições parlamentares de 1974); e tão somente. Superado o quadro a que se destinava, o atingimento da finalidade perseguida, *de per si*, exauriu o conteúdo da norma, esgotando sua eficácia.

**II.4** - Ainda que não se cuidasse aqui de uma norma temporária, confeccionada de molde a inserir no seu próprio bojo a força revogadora, pelo sistema da auto-revogação, nos depararíamos, a esse passo, com a sua exclusão do ordenamento jurídico pelo disposto no art. 12 da Lei 6.534, de 26 de maio de 1978, que cuidou da mesma situação proibitiva sob novos e diferentes contornos.

O Prof. Rubens Limongi França, que muito atentamente se debruçou sobre a matéria, ao abordar o tema relativo ao final da vida da lei quando do advento de um novo texto, explicita: "*Em suma, pois, o que se deve considerar é o seguinte: A) que é possível a coexistência da lei nova geral com a lei antiga especial e vice-versa; B) que a possibilidade de coexistência está subordinada ao fato de haver, ou não, incompatibilidade (§ 1º do art. 2º); C) que havendo incompatibilidade, tanto a lei geral pode revogar a especial, como esta aquela*". (ob. cit., p. 114).

Do mesmo sentir, o Prof. Washington de Barros Monteiro ao assinalar "... não se fixando prazo de duração prolonga-se a obrigatoriedade até que a lei seja modificada ou revogada por outra lei. É o chamado princípio da continuidade das leis". E mais, explicitando as espécies de revogação, acrescenta: "*É tácita, ou por via oblíqua, a revogação, se a lei nova, sem declarar explicitamente revogada a anterior: A) seja com esta incompatível; B) quando regule inteiramente a matéria de que trataria a lei anterior*" (*Curso de Direito Civil*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1970, v. 1, p. 28).

A seu turno, a literatura jurídica comparada é categórica no sentido de que "*quando duas normas do mesmo nível hierárquico, porém editadas em épocas diferentes, conflitam, dispondo acerca de duas conseqüências jurídicas incompatíveis para uma mesma situação, impõe-se ao juiz a aplicação da norma sucessiva no tempo*" (Ricardo Guastini, *Produzione a Applicazione del Diritto - Lezioni sulle "preleggi"*, 2ª ed., Torino, G. Giappichelli, 1989, p. 109).

Ressalta à evidência, pois, que, geral, permanente, especial ou temporária, a regra do questionado art. 13 da Lei nº 6.091/74 foi substituída no universo jurídico pelo dispositivo inserido no art. 12 da Lei nº 6.534/78, que, ao disciplinar o campo das nomeações e contratações na Administração Pública com vistas ao pleito de 1978, abrangeu na íntegra o campo da regulamentação da norma do já referido art. 13. Isto porque, *lex posterior derogat legi priori*.

**II.5** Tal entendimento, aliás, decorre da própria interpretação do art. 2º, § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, assim formulado:

"Art.2º.....

.....  
 § 2º - *A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior*".

Ora, aludido art. 12 da Lei 6.534, de 26 de maio de 1978, nada acrescenta ao conteúdo do art. 13 da Lei nº 6.091/74. Em verdade, apresenta ele a mesma regra, porém reformulada, com uma nova roupagem. Altera-a. E o faz de forma clara e inequívoca. Daí, porque inviável a convivência dos dois dispositivos.

Nessa linha, o ensinamento de Washington de Barros Monteiro ao registrar que a lei nova não inutiliza a anterior se acrescentar algo àquela já existente. Porém, se remodela o disciplinamento da matéria tratada pelo anterior, oferecendo-lhe nova configuração, por óbvio a revoga. Daí, ilustrando, anota: "*Por exemplo, uma nova norma dispõe sobre a mesma relação já contemplada em norma anterior. Ou então, a nova norma dispõe de maneira inconjugável, ou incompatível com o preceito da lei antiga. Ou ainda, cria nova e integral disciplina acerca do assunto, precedentemente regulado, a revelar, de forma inequívoca, o intento de substituir por outra a disciplina primitiva*" (Ob. cit., p. 29).

O Prof. Limongi França, como acima frisado, admite que, nos termos do § 2º do art. 2º da LICC, "*em havendo incompatibilidade, tanto a lei geral pode revogar a especial, como esta aquela*". E complementa: "*Assim, portanto, a questão de se saber se a lei nova aboliu as exceções estabelecidas à antiga norma dependerá de elucidar, em cada caso, se existe, ou não, incompatibilidade entre o novo estatuto e as velhas regras, excepcionais*" (Ob. cit., p. 114).

**II.6** - Demais disso, oportuno é observar que o nosso direito repudia a idéia da restauração de lei já revogada. É o instituto da repristinação, não

acolhido pela ordem jurídica em vigor, como deflui da regra do art. 2º, § 3º da Lei de Introdução:

"Art.2º.....

.....  
 § 3º - *Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência*".

Entre nós, ainda o Prof. Washington de Barros Monteiro é claro nesse terreno, afirmando: "*salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência ...*" (Ob. cit., p. 29).

E na lição de Limongi França, que serviu de base à elaboração do verbete *Repristinção* na Enciclopédia Saraiva, duas são as conseqüências que podem ser extraídas a partir da interpretação da regra do § 3º, art. 2º da LICC: "*A) a lei antiga não se restaura pelo aniquilamento da lei revogadora; B) a lei antiga pode ser restaurada quando a lei revogadora tenha perdido a vigência, desde que haja disposição expressa nesse sentido*".

A seu turno adverte Carlos Maximiliano: "*... não se admite a ressurreição da lei abolida pela ultimamente revogada. Exige-se a prova do propósito restaurador, a declaração expressa, a legge repristinatoria, dos italianos*" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 366).

Não há, destarte, como proclamar, agora, a ressurreição da norma do art. 13 da Lei 6.091/74, que de há muito se exauriu, quer por ter atingido o seu objetivo precípua, esgotando o seu conteúdo, quer pela revogação operada com a edição da Lei nº 6.534/78.

**II.7** É de se anotar, também, que o transcurso do tempo, com as subseqüentes remodelações pelas quais passou o quadro normativo em enfoque, consagrou a tese do afastamento definitivo do ordenamento jurídico da regra do indigitado art. 13 da Lei nº 6.091/74. O próprio legislador, sensível à ausência de norma que contivesse o delineamento do princípio ético e moral contemplado pelo art. 237 do diploma eleitoral, encarregou-se de, a cada operação eleitoral,

editar nova norma a obstar a utilização da máquina administrativa de forma degenerada e com intuitos eleitoreiros. E o tempo, como decorre ainda da lição de Carlos Maximiliano, consolida as situações (Ob. cit.), não deixando de se operar referida consolidação no tocante ao quadro revogatório a emoldurar a norma do indigitado art. 13 da Lei nº 6.091/74.

### **III - Conclusões**

Do panorama acima exposto ressalta que:

**III.1** Óbvia e irrecusável exsurge a revogação da regra proibitiva inserida no texto da Lei nº 6.091/74 (art. 13), o que implica na sua inaplicabilidade atual, no que concerne ao pleito eletivo de outubro de 1990, até porque não há como, na nossa dogmática, ressuscitar a lei revogada. Isto porque o direito pátrio afigura-se refratário à figura da repristinação.

**III.2** - Inobstante a inexistência, para as eleições de 1990, de norma específica, destinada a delinear os comportamentos abusivos que se constituem no conteúdo do princípio formulado numa modelagem genérica pelo artigo 237 do Código Eleitoral, este, sim, continua em vigor, impondo respeito e irrestrito atendimento.

**III.3** - Restam, pois, vedadas as contratações abusivas, as nomeações de origem e finalidade espúrias, as designações com objetivo degenerado e as dispensas e demissões de caráter duvidoso, com substrato de mera perseguição. Tudo isto, porém, em homenagem ao próprio cânone do art. 237 do diploma eleitoral, cuja observância se impõe sempre que em marcha qualquer processo eletivo.

**III.4** Nesse sentido, aliás, forçoso é convir que o atendimento efetivo do princípio dispensa o delineamento das situações proibitivas por lei específica. Vale por si só e pelo vasto conteúdo que agasalha. E qualquer entendimento contrário condizirá a ter por dispicienda e inócua tal norma, o que seria absurdo.

São Paulo, julho de 1990

Monica Herman Salem Caggiano



# RECONSTITUIÇÃO: ASPECTOS TÉCNICOS E JURÍDICOS

*José Lopes Zarzuela\**

Professor Assistente do Departamento de Medicina Forense  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

O Autor analisa a importância da *Reconstituição*, como modalidade de exame de corpo de delito complementar, suas características jurídicas e técnicas e a estrutura que o perito poderá dar a este tipo de *Prova*, em alguns casos essencial para fornecer ao juiz de Direito a necessária convicção para prolatar a sentença.

## Abstract:

The Author analyses the importance of the *Reconstitution*, as modality of complementary *corpus delicti*, its juridical and technic characteristics and the structure that the expert will give to that kind of *Proof*, in some circumstances essential to furnish to the District Judge the necessary assurance to pass judgement.

## Sumário:

- I Conceito
- II - Previsão legal
- III Comentários do art. 7º do CPP
- IV - Importância da *Reconstituição*
- V Conceito de Moralidade Pública
- VI - Conceito de Ordem Pública
- VII Valor da *Reconstituição*
- VIII Características Jurídicas da *Reconstituição*
- IX - Características Técnicas da *Reconstituição*
- X Estrutura do Laudo Pericial de *Reconstituição*
- XI - Casuística de *Reconstituições* do Instituto de Criminalística

---

\* Perito Criminal Aposentado do Instituto de Criminalística-SP

## I - Conceito

*Reconstituição* é um tipo de exame de corpo de delito complementar, facultativo, destinado a verificar a viabilidade de um determinado fato, de interesse judiciário-penal, ter ocorrido efetivamente, ou não, de acordo com as afirmações oferecidas por testemunha(s), pelo(s) indiciado(s) e pela(s) vítima(s).

## II - Previsão Legal

A *Reconstituição* ou, na linguagem processual penal contida no art. 7º do CPP, reprodução simulada dos fatos, constitui uma atividade pericial realizada "*para verificar a possibilidade de haver a infração (penal) sido praticada de determinado modo; a autoridade policial, poderá proceder (requisitar) à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública*".<sup>1</sup>

## III - Comentários do art. 7º do CPP

A *Reconstituição* representa exame de corpo de delito retrospectivo complementar, destinado a indicar a viabilidade de uma infração penal (crime comum, crime previsto em legislação complementar e contravenção penal) ter sido consumado, ou tentado, dentro de determinadas circunstâncias referidas pela(s) testemunha(s) presencial(ais) do fato, pelo(s) indiciado(s) e pela(s) vítima(s).

Deve esta atividade, sempre que possível, contar com as mesmas pessoas que diretamente (vítima)(s) e indiciado(s) ou indiretamente testemunha(s) tenham participado ou intervindo no fato e, inclusive de preferência, pelo mesmo perito que, originalmente, atendera a ocorrência.

O art. 7º do CPP expressa que a *Reconstituição* poderá (não deverá) ser requisitada por autoridade policial (Judiciária Criminal, Judiciária Militar,

---

1. Apesar de o art. 7º do CPP vigente expressar apenas a autoridade policial como órgão legalmente habilitado para requisitar a *Reconstituição*, tal solicitação também poderá, diretamente, ser dirigida pelo juiz de Direito, pelo membro do Ministério Público e pelo oficial das Forças Armadas e da Polícia Militar, encarregado do IPM, podendo quaisquer destes órgãos acompanhar os trabalhos de sua execução.

Policia Militar e membro do Ministério Público.<sup>2</sup> Conclui-se, assim, que a *Reconstituição* constitui um exame de corpo de delito facultativo e requisitado quando remanescem dúvidas da forma ou circunstâncias como o fato verdadeiramente se desenrolou, isto é, quais foram os comportamentos assumidos pelo(s) sujeito(s) ativo(s) da infração penal, relativamente à(s) vítima(s), quando da consumação ou tentativa de perpetração do evento.

No caso do perito que diligencia a *Reconstituição* não ser o mesmo que atendera originalmente a ocorrência, deverá:

A estudar detidamente os autos do IP, IPM ou do Processo Criminal, devendo para tanto solicitar vistas dos mesmos, quando não forem encaminhados;

B - ouvir o(s) indiciado(s);

C - ouvir a vítima, quando possível;<sup>3</sup>

D ouvir testemunha(s),

a fim de formar seu próprio juízo sobre os aspectos e circunstâncias que envolveram o fato e, assim, poder tecer considerações sobre a veracidade, ou inveracidade, das alegações que lhe são expostas pelas partes (sujeitos ativo e passivo da infração penal) e testemunha(s).

Não deverá o perito, em quaisquer hipóteses, deixar de esgotar os recursos de que poderá dispor para prover o *Laudo Pericial* do necessário conteúdo técnico, de modo que esta peça processual possa, efetivamente, prestar-se como elemento de prova.

Faltando-lhe os elementos materiais arrolados, não deverá improvisar, procedendo uma *Reconstituição* claudicante, unilateral, e sim solicitar à autoridade policial, policial militar, judiciária ou ao membro do Ministério Público os necessários meios para elaborar seu trabalho de modo coerente e assim formar sua própria convicção sobre o trabalho que, tecnicamente, deverá dirigir. Deste modo, deverá o perito solicitar a intimação das partes e testemunhas, vistas dos autos, isto é, deve partir do perfeito

---

2. Art. 13, "f" e art. 13, § único do CPPM; art. 47 do CPP e art. 101, II, "b" da LOMP.

3. Obviamente nos casos de homicídios consumados isto não é possível, pois a vítima faleceu.

conhecimento da atividade que deverá orientar no local do fato a fim de serem atingidos os reais objetivos de seu trabalho.

Os depoimentos pessoais das partes e testemunhas devem ser cuidadosamente analisados e confrontados com dados já conhecidos pelo perito (se atendera o caso anteriormente), ou estudados através dos autos (se não atendera o caso anteriormente).

#### **IV Importância da Reconstituição**

A relevância deste tipo de exame de corpo delito reside nos seguintes aspectos:

A - comprovar, ou não, a viabilidade de como determinada infração penal ocorrerá;

B - evitar falsas responsabilidades penais oriundas de confissões espontâneas a fim de acobertar o verdadeiro infrator;

C - evitar falsas responsabilidades penais oriundas de confissões viciadas por coação física ou psicológica.

A *Reconstituição* elaborada como mero registro de informações mecânicas da ocorrência, não raro distorcidas pelas partes e testemunhas, não tem o menor valor como elemento instrutório, não atendendo seu próprio conteúdo, segundo os ditames da processualística penal referidos no art. 7º do CPP, que é o de evidenciar e comprovar a possibilidade da infração penal ter sido produzida de determinada forma.

A *Reconstituição*, pela própria natureza de que deve simuladamente reproduzir, é defesa em dois casos:

A - quando contrariar a moralidade pública;

B - quando contrariar a ordem pública.

#### **V Conceito de Moralidade Pública**

Entende-se por moralidade não apenas os bons costumes tutelados pela lei penal,<sup>4</sup> particularmente o poder público, bem como as normas de

---

4. Título VI, Dos Crimes contra os Costumes, capítulos I a VI do CP vigente.

convivência ou de respeito próprio, não previstos no direito, mas que obrigam em consciência.

O conceito de moral é cultural e valorativo e está na dependência da sociedade de cada lugar e em cada tempo.

Conclui-se assim que a concepção de moralidade é subjetiva, variando no tempo e no espaço. Assim, o atual conceito de moral na sociedade brasileira não é o mesmo que existia no início do século e diverge também das sociedades atuais de outros países.

Os costumes e a moralidade média que refletem práticas constantes de determinadas sociedades em épocas, igualmente determinadas, são variáveis, isto é, muito flexíveis. Todavia, dentro da temática que analisamos e dentro da atual conjuntura processual penal, as *Reconstituições* de casos que envolvem delitos contra os costumes ainda são proibidas.

## VI - Conceito de Ordem Pública

Ordem pública é o conjunto de normas jurídicas, políticas e morais, cuja violação perturba a convivência harmônica da sociedade. Não há, como no conceito de moralidade, um critério racional, ausente de empirismo, a fim de se proceder a sua avaliação. Assim, pode-se afirmar que ordem pública representa uma concepção intrínseca a cada um de nós.

Da mesma forma que os delitos que atentam contra a moralidade, aqueles que afetam a ordem pública, podendo gerar tumultos ou agitações, não são passíveis de *Reconstituições*.<sup>5</sup>

## VII Valor da Reconstituição

Em muitos casos a *Reconstituição* tem um valor probatório decisivo, permitindo, inequivocamente, firmar a convicção do membro do Ministério Público ou do juiz de Direito. A *Reconstituição* constitui um excepcional meio de convicção sempre que possa demonstrar ao juízo:

---

5. Título IX, Dos Crimes contra a Paz Pública.

A - que não foi conduzida através do emprego da coação, ameaça ou sevícias;

B - que não houve adulteração nas declarações das partes e testemunhas, seja no caso do indiciado para acobertar uma infração penal cometida por pessoa (pai que avoca a responsabilidade penal de crime ou de contravenção penal cometida pelo filho; irmão mais velho que se responsabiliza por delito ou ato anti-social cometido por irmão mais jovem; caso de vítima que aproveita a oportunidade para tentar atingir o autor da infração, como represália; caso de testemunha que se deixa levar pela emoção, emitindo pronunciamentos irracionais sobre fatos ou circunstâncias que presenciou). Como se pode inferir, a verificação da possibilidade de haver a infração penal ter sido praticada de determinada forma, constitui precioso meio que atende tanto aos interesses do acusado como da vítima;

C - que a *Reconstituição* presta-se para demonstrar a falsidade da confissão de uma infração penal não cometida por pessoa sequiosa de publicidade; não é raro que certos indivíduos tomando conhecimento, através da imprensa, de delitos de autoria não determinada, dirijam-se a uma delegacia de polícia declarando-se responsável por aquele delito.

A Exposição de Motivos do CPP<sup>6</sup> esclarece que *"o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não só para dirigir a marcha da ação penal e julgar, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade"*.

Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.

## VIII Características Jurídicas da Reconstituição

A a autoridade policial ou judiciária não pode, legalmente, obrigar o acusado a figurar na *Reconstituição* a fim de verificar suas reações ao apresentar os eventos do delito;

B a *Reconstituição* poderá, em alguns casos, formar a convicção do julgador, particularmente quando acompanhada de confissão espontânea e comprovada do delito e o acusado foi assistido pelo membro do Ministério Público;

C - é defesa pela lei processual *Reconstituições* de casos que possam ofender a moralidade ou a ordem pública;

D - o juiz de Direito é competente para promover *ex officio*, isto é, pode por iniciativa pessoal determinar a *Reconstituição* do delito. Esta norma se estende aos oficiais das Forças Armadas e da Polícia Militar, nos IPMs;

E o membro do Ministério Público goza da atribuição legal de requisitar diretamente providências no sentido de que seja procedida a *Reconstituição*, bem como, se quiser, acompanhá-la.

## IX - Características Técnicas da Reconstituição

O perito designado para, tecnicamente, orientar os trabalhos de *Reconstituição*, deverá:

A - estudar os autos do Inquérito Policial, Inquérito Policial Militar ou dos autos do Processo Criminal, solicitando-os para vistas quando não forem expedidos juntamente com a requisição de exame;

B proceder à oitiva das partes - indiciado(s) e vítima(s) e da(s) testemunha(s) e reduzi-las a termo;

C determinar no local do fato, a fixação fotográfica das fases do evento de maior relevo, legendando as fotografias segundo uma seqüência lógica

dos fatos versados pelas partes e testemunha(s), depois de confrontados com depoimentos prestados pelos mesmos nos autos e devidamente analisados;

D determinar, se necessário e conveniente, a elaboração de desenho(s) esquemático(s) ou desenho(s) em planta (em escala) sempre que a *Reconstituição* demandar:

- a) longos trajetos;
- b) - a reprodução de locais distintos e distantes;
- c) - a reprodução da dinâmica de acidente automobilístico, indicando-se posições e situações do(s) veículo(s) envolvido(s) no evento;
- d) - a reprodução das fases em delitos patrimoniais (furtos qualificados, roubos, extorsões, etc.);
- e) - a fixação de posições e situações de policiais e marginais em locais de troca de disparos de armas de fogo.

E proceder à análise crítica dos fatos que:

- a) originalmente atendera, em confronto com os esclarecimentos que lhe são prestados, na *Reconstituição*, pelas partes e testemunha(s);
- b) - constam nos autos, quando não atendeu anteriormente a ocorrência, diligenciando o levantamento do local<sup>7</sup> (se necessário e conveniente), a fim de comprovar a sinceridade das partes e testemunha(s) nos depoimentos que prestaram e, deste modo, revelar ao órgão julgador a verdade ou a mentira dos relatos ou versões apresentadas.

F - sugerir ao órgão requisitante que a *Reconstituição* seja ultimada o mais rapidamente possível, pois, à medida que o tempo distancia o fato da *Reconstituição*, muitas imagens do mesmo serão apagadas da memória, particularmente da(s) testemunha(s), em virtual prejuízo dos interesses da justiça na apuração de aspectos nebulosos da infração penal.

---

7. Art. 172, § único, do CPP: "Se impossível a avaliação direta (exame de corpo de delito direto), os peritos procederão à avaliação por meio dos elementos existentes nos autos e dos que resultarem de diligências".



## X Estrutura do Laudo Pericial de Reconstituição

O legislador processual, como nos demais tipos de trabalhos periciais, deixou ao arbítrio do perito a forma de apresentação e a composição do *Laudo de Reconstituição*. A estrutura deste tipo de trabalho não está previsto em dispositivos processuais penais nem sujeito a preceitos técnicos, deixando-se ao perito plena liberdade em sua feitura, compreendendo-se, todavia, pelo teor do art. 160, *caput*, do CPP,<sup>8</sup> que esse *Laudo* deva atender aos seguintes requisitos de ordem técnica:

A - deve ser minucioso e circunstanciado;

B - deve ser fundamentado através

a) - da análise dos fatos conhecidos pelo perito que atendera anteriormente a ocorrência e dos depoimentos que lhe são apresentados;

b) do estudo dos autos e da realização de diligências (se necessárias), se não foi designado para proceder à *Reconstituição* o mesmo perito que atendera originalmente a ocorrência e assim tenha condições de comprovar, realmente, a viabilidade dos fatos terem ocorrido da maneira como foram apresentados pelas partes e testemunha(s).

O *Laudo de Reconstituição* poderá (não deverá) ser constituído das seguintes partes:

A - preâmbulo ou cabeçalho;

B histórico sumário;

C - rol de figurantes: partes e testemunha(s);

D - nome de eventuais pessoas que acompanharam os trabalhos: membro do Ministério Público; autoridade policial; oficial encarregado do IPM; advogado de uma ou de ambas as partes;

E - nome da pessoa que representa a vítima - quando falecida ou quando se encontra em lugar incerto e não sabido;

---

8. "Os peritos descreverão minuciosamente o que examinarem e responderão (quando solicitados) aos quesitos formulados".

F - redução sumária a termo das declarações de cada uma das partes e da(s) testemunha(s);

G - levantamento fotográfico das diversas etapas em uma seqüência coerente, segundo o arbítrio do perito, de modo a oferecer uma concepção dos fatos que configuram a infração penal;

H sempre que necessário e conveniente ou em função de requisição expressa, a *Reconstituição* deverá ser ilustrada com desenho(s) esquemático(s) ou desenho(s) em planta, de modo a preencher as lacunas da fotografia judiciária e ambos (fotografia e desenho) complementarem a descrição escrita.

#### I Conclusão

1. - análise comparativa dos fatos conhecidos ou estudados pelo perito nos autos ou decorrentes de diligências, com as versões apresentadas pelas partes e testemunha(s), devendo ser indicadas neste cotejo:

1.1 - viabilidade dos fatos terem, efetivamente, ocorrido de uma determinada forma, segundo as versões apresentadas;

1.2 a impossibilidade dos fatos terem ocorrido segundo as versões oferecidas, segundo diligências, ou quaisquer outros tipos de exames realizados pelo perito.

Este aspecto deve ser cuidadosamente considerado em ocorrências de Disparos de Armas de Fogo relacionadas com homicídios, suicídios e acidentes; na dinâmica de acidentes de trânsito; em furtos qualificados e roubos; em Acidentes do Trabalho, Fuga de Presos, etc.

J - fecho do Laudo;

L - data e assinatura.

#### XI - Casuística de Reconstituições

A fim de oferecer uma visão de um dos diversos tipos de *Reconstituições* elaboradas por peritos do Instituto de Criminalística de São Paulo, o presente trabalho é ilustrado por um *Laudo de Reconstituição de Acidente de Trânsito*.



SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA  
DEPARTAMENTO ESTADUAL DE POLÍCIA CIENTÍFICA  
**INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA**  
PERITO CRIMINAL DR. OLAVO EDUARDO DE BRITO ALVARENGA

fl. 1

Natureza do Exame: **LAUDO COMPLEMENTAR DE ACIDENTE DE TRÂNSITO**

## LAUDO

Aos 27 de novembro de 1990, na cidade de São Paulo

e no INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA, do Departamento Estadual de Polícia Científica, da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, de conformidade com o disposto no artigo 178 do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, pelo Delegado de Polícia Titular deste I.C., ~~Dr. Olavo Eduardo de Brito Alvarenga~~ foram designados os Peritos Criminais ~~Dr. Olavo Eduardo de Brito Alvarenga e Dr. Sérgio de Azevedo~~

para procederem o exame supra especificado, em atendimento à requisição do Delegado de Polícia ~~Dr. Sérgio de Azevedo~~, da Depol do Carandiru, referente ao I.P. 470/90, ocorrido na rua Dr. Olavo Egídio, alt. 842, no qual figura como vítima ~~Dr. Sérgio de Azevedo~~ e como indiciado ~~Dr. Sérgio de Azevedo~~

### I - OBJETIVO DA PERÍCIA

Cumprimento da Cota do DD, Representante do Ministério Público, exarada nos seguintes termos "elaboração de croquis - dos fatos".

### II - REALIZAÇÃO DOS TRABALHOS

Após ultimar os trabalhos, a ~~perita~~ signatária apresenta os resultados, conforme segue:

1 - A ocorrência, verificou-se às 11:30 horas do dia 17/02/90, na rua Dr. Olavo Egídio, altura do nº 842, envolvendo o coletivo de prefixo HR-7028, segundo requisição de exame.

2 - A reconstituição foi ultimada no dia 11/12/90, pela ~~perita~~ signatária.

3 - A reprodução simulada dos fatos, baseou-se na interpretação das declarações, cujas cópias, foram encaminhadas a este I.C.

### III - O LOCAL DO FATO

A rua Dr. Olavo Egídio, no trecho onde ocorrer o atropelamento, desenvolve-se em suave declive, considerando o sentido de marcha do coletivo de prefixo HR-7028, isto é, centro bairro; é dotada de pista simples com sentido unidirecional e com faixa exclusiva ao tráfego de ônibus; o leito carroçável, é provido de camada asfáltica que, por ocasião do exame, se encontrava em bom estado de conservação; a iluminação é provi-



SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA  
 DEPARTAMENTO ESTADUAL DE POLÍCIA CIENTÍFICA  
 INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA

"PERITO CRIMINAL DR. OLAVO EGÍDIO DE BRITO ALVARENGA"

da de lâmpadas de vapor de mercúrio.'

IV - SINALIZAÇÃO

No trecho onde ocorrera o acidente, foram observados vestígios de sinalização de solo - limitativa de velocidade - 40-km/h

V - DINÂMICA DO ATROPELAMENTO

Segundo declarações do indiciado, trafegava o coletivo de placas HR-7028, pela rua Dr. Olavo Egídio pela faixa exclusiva ao tráfego de ônibus, em sua mão de direção e no sentido centro-baixo quando, ao atingir a altura do nº 842 desta via pública, a vítima procedia travessia, momento em que fora colhida pela dianteira-direita do coletivo.'

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Este laudo, datilografado no anverso de duas folhas deste papel; foi redigido pela ~~perita~~ signatária a quem coube a realização dos trabalhos.'

Ilustra-o, ~~com~~ ~~um~~ ~~desenho~~ ~~esquemático~~, ~~que~~ ~~foi~~ ~~realizado~~ ~~em~~ ~~uma~~ ~~folha~~ ~~de~~ ~~papel~~ ~~de~~ ~~formato~~ ~~A4~~, ~~e~~ ~~um~~ ~~desenho~~ ~~esquemático~~. Deste laudo, fica arquivada neste Instituto cópia, assinada e autenticada.'

São Paulo, 11 de dezembro de 1.990

PERITA CRIMINAL

INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA  
 REMETA-SE

Em 12 de 12 de 1990  
 [Assinatura]



Desenho esquemático  
de local de acidente  
de trânsito

Bairro



Passeio

"mão"

Faixa exclusiva de ônibus  
Asfalto iluminado

Passeio

R. Claudinho Alves

Declive

Legenda

1. Ônibus
2. Vítima
3. Provável sítio do atropelamento



Centro

Provável sítio do atropelamento

R. Dr. Olavo Egídio

"mão"

Trajatória do ônibus

2. possível trajetória da vítima

ponto de ônibus

vestígios nº 810

OBŞ.: Reprodução de laudo do Instituto de Criminalística do Departamento Estadual de Polícia Científica da Secretaria da Segurança Pública de São Paulo

**SURGIMENTO DA IDÉIA DE LIBERDADES ESSENCIAIS  
RELATIVAS À INFORMAÇÃO  
- À "AREOPAGITICA" DE MILTON\* -**

*Airton Cerqueira Leite Seelaender*

Bolsista da FAPESP e orientando do Professor E. Ricardo Lewandowski, do  
Depto. de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo

Resumo:

O ponto de partida de toda a reflexão, por parte da Teoria Política, acerca das liberdades essenciais relativas à informação foi o surgimento, na Inglaterra seiscentista, da *Areopagítica* de John Milton. Com tal obra, que influenciou enormemente o pensamento jurídico democrático na era do triunfo do Constitucionalismo, o escritor britânico legou à posteridade os argumentos e teses que viriam a constituir não só as principais alegações hoje empregadas na crítica aos mecanismos estatais de censura, mas também a base da própria concepção liberal de direito de informação. No momento em que se torna evidente a necessidade de se superar esta concepção, cumpre proceder a uma releitura do discurso de Milton, de modo a resgatar o seu conceito original de liberdade de informação, em verdade mais amplo que o liberal e bem mais adequado do que este para servir de referencial aos legisladores do mundo contemporâneo.

Abstract:

The starting-point, in the field of Political Theory, of every reflection about the essential liberties concerning information was the publication of John Milton's *Areopagítica* in 17th century England. With this work, which considerably influenced the democratic juridical thought in the age of the triumph of Constitutionalism, the British writer bequeathed to posterity propositions and theses that would not only become the principal arguments used nowadays for criticizing the State mechanisms of censorship, but also the basis of the liberal conception of the law of information. In this particular moment, when the necessity of transcending this conception becomes evident, a new reading of Milton's discourse seems imperative in order to restore his original idea of the liberty of information, which is actually broader and certainly more adequate as intellectual foundation for today's legislators than the traditional liberal concept.

---

\* O texto ora publicado constitui resultado de pesquisas realizadas pelo autor em fins da década de 80, na condição de bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

O nascimento da idéia de liberdades essenciais relativas à informação, embora já prenunciado nas doutrinas de alguns reformadores da Idade Média e do século XVI, deu-se, a rigor, apenas na primeira metade do século XVII, com o advento da *Areopagítica*<sup>1</sup> de Milton. Publicado em 1644, esse discurso, cujo tema principal era a inaceitabilidade da censura prévia, representou o marco inicial de toda uma longa e rica tradição de questionamento da legitimidade dos procedimentos utilizados pelos governantes para cercear a divulgação de informações e opiniões contrárias aos seus interesses. Não há, pois, nada de surpreendente no fato de que em *Areopagítica* se encontrem as raízes mais longínquas, tanto históricas quanto teóricas, do conceito moderno de direito à informação.

Para que se criem idéias políticas novas, é preciso que uma dada sociedade, ou parte dela, já não mais se satisfaça com aquelas com que conta. Assim sendo, na maioria das vezes os grandes surtos criadores no pensamento político são resultado de alterações substanciais da realidade social, em períodos de transição estes, afinal, por sua própria natureza tendem a ocasionar a aparição de novas indagações. A concepção de liberdades relativas à informação e a percepção de sua necessidade só poderiam, por conseguinte, ter surgido, no século XVII, onde além de se verificarem inúmeras outras condições estivesse ocorrendo uma crise capaz de tornar as pessoas inclinadas à busca de soluções originais para os seus problemas. Ao se estudar *Areopagítica*, portanto, deve-se atentar para a sua relação com o ambiente bastante singular do qual surgiu, mesmo porque as grandes obras não constituem meras produções individuais - como explica Lucien Goldmann,<sup>2</sup> na realidade elas são

*"simultaneamente colectivas e individuais, uma vez que a visão de mundo a que correspondem foi elaborada durante vários anos e, por vezes, durante diversas gerações pela colectividade, mas sendo que o seu autor é o primeiro ou, pelo menos, um dos*

---

1. O título desse opúsculo de Milton foi inspirado no *Logos Areopagíticos* do orador grego Isócrates (436 a.C. - 338 a.C.), que também era um discurso feito para ser lido, não para ser ouvido. Isócrates nele defendia o restabelecimento da democracia em Atenas, com a restauração do tribunal do Areópago - daí o título de sua obra.

2. Lucien Goldmann, *Epistemologia e filosofia política*, Lisboa, Presença, 1982, p. 32.

*primeiros a exprimi-la a um nível de coerência avançado".*

*Areopagítica* não foi apenas uma criação de Milton; ela foi também fruto da Inglaterra de seu tempo. Para que se atinja um nível razoável de compreensão do desenvolvimento histórico da idéia de liberdade de informação, nos planos da Teoria Política e do Direito, faz-se, pois, indispensável, antes de mais nada, apreender as razões que levaram esta mesma idéia a aflorar *onde, quando e da forma* em que o fez. O que não implica de modo algum - veja-se bem - ignorar os elementos estritamente pessoais impressos em *Areopagítica* pelo seu autor. Por mais que se subestime John Milton, tentar apagar de suas obras a sua marca pessoal constituiria, mais do que uma temeridade do ponto de vista analítico, uma tarefa na prática realmente impossível.

A idéia de liberdade de informação tomou corpo, clara e distintamente, na Inglaterra do século XVII, porque nesta se reuniram condições extremamente favoráveis à sua geração. Ao longo dos reinados de Jaime I Stuart e de seu filho Carlos, haviam-se verificado simultaneamente o fenômeno da perda de prestígio das autoridades tradicionais e uma valorização crescente do indivíduo, esta última com base nas novas concepções religiosas e impulsionada pelas transformações ocorridas no seio da sociedade desde os tempos dos Tudor. Criara-se, dessa forma, um campo fértil para o desenvolvimento e a propagação de idéias políticas favoráveis à liberdade individual - a impopularidade de uma dinastia inepta e a aversão cada vez maior que se devotava à Igreja oficial<sup>3</sup> haviam acarretado a aparição de um anseio de se reverem os próprios fundamentos da Autoridade arbitrária. A Guerra Civil e a execução do rei seriam a um tempo causa e conseqüência do recrudescimento deste anseio; ambas tanto levariam inúmeros ingleses a abandonarem o fetichismo da Autoridade quanto forçariam toda uma nação a repensar as relações entre governantes e governados.

É impossível avaliar precisamente o grau de influência da Reforma, enquanto grande movimento de renovação das mentalidades, na progressiva

---

3. Havia então uma grave crise da autoridade da Igreja Anglicana. Já em 1589 o bispo Cooper falava, em sua *Admoestação ao Povo da Inglaterra*, de um "repulsivo desdém, ódio e aversão que a maior parte dos homens tem em nossos dias (...) pelos ministros da Igreja de Deus" (cf. Christopher Hill, *O mundo de ponta-cabeça*, São Paulo, Cia. das Letras, 1987, p. 45).



conscientização dos ingleses do século XVII acerca das questões concernentes às liberdades individuais, na esteira da qual ganharia forma o que hoje se reconhece como a primeira expressão da idéia de liberdade de informação. O certo é que, difundindo a opinião de que todo homem tinha o direito de pensar por si mesmo com o auxílio das Escrituras, e falhando por vezes em estabelecer esquemas repressivos eficientes a ponto de assegurarem a plena uniformização das crenças religiosas, as novas seitas e Igrejas acabaram contribuindo involuntariamente, com o seu advento, para que na prática passasse a existir na Inglaterra uma relativa margem de autonomia individual em questões de consciência. Desnecessário acrescentar que, uma vez adquirida tal margem, algumas pessoas puderam perceber quase que de imediato a sua imprescindibilidade deu-se, assim, o primeiro passo significativo no caminho que conduziria às posições sustentadas em *Areopagitica*. A experiência de uma relativa liberdade religiosa teria ensejado, dessa forma, um processo de reflexão que levaria, sucessivamente, a uma formulação mais ampla da liberdade de consciência, à idéia de liberdade de expressão esta vinculada indissolavelmente, como viria a mostrar no século XIX John Stuart Mill,<sup>4</sup> àquela e enfim à de liberdade de imprensa, cuja defesa seria delineada pela primeira vez na obra de John Milton.

Não só no plano religioso, contudo, se assentaram os pilares da mudança de mentalidade que prepararia a construção, no pensamento político seiscentista, da idéia de liberdade de publicação, núcleo da noção de liberdade de imprensa. Faz-se indispensável levar em conta, igualmente, um outro fator decisivo, este de ordem material: no século XVII muitos ingleses, no campo e na cidade, detinham uma condição social e econômica que lhes possibilitava ter um alto grau de independência pessoal.<sup>5</sup> Era a época do "squire" e do "yeoman"<sup>6</sup> de caráter insubmisso, da decadência das corporações e seus mecanismos de controle, da introdução paulatina na visão de mundo de uma sociedade daquele

---

4. cf. John Stuart Mill, *Da liberdade*, São Paulo, IBRASA, 1963, p. 15.

5. cf. George Macaulay Trevelyan, *English Social History*, Harmondsworth, Penguin Books, 1986, p. 255-56.

6. Os "yeomen" eram pequenos proprietários rurais; os "squires", latifundiários, em regra bastante influentes em seus respectivos distritos.

"individualismo possessivo" de que fala Macpherson.<sup>7</sup> Por trás da criação do ambiente propício à concepção de novas liberdades individuais no qual veio a se originar, historicamente, a idéia de liberdade de informação, houve, pois, também uma razão de natureza sócio-econômica, cujo papel não deve ser de modo algum menosprezado.

A concorrência de tantas condições favoráveis na Inglaterra não teria, porém, bastado para ensejar a elaboração da idéia supramencionada, não estivesse a Europa assistindo então a um lento propagar do princípio da tolerância um fenômeno provocado principalmente, diga-se de passagem, pela crescente conscientização de que as questões religiosas não deveriam nem poderiam ser decididas através do emprego da força.<sup>8</sup> Seguindo uma tendência que desconhecia fronteiras, inúmeros ingleses se tornaram, assim, a partir do final do período Tudor, partidários de uma convivência pacífica baseada na admissão de um pluralismo religioso que, na conjuntura da época, correspondia a um verdadeiro pluralismo ideológico - tal foi o caso de pessoas como John Milton, ou como aquele Roger Williams que, tendo emigrado para Massachussets, de lá acabou sendo expulso por defender a liberdade de consciência contra o poder civil.<sup>9</sup> Embora não se devam cometer exageros na estimativa dos progressos feitos pela doutrina da tolerância na Inglaterra no século XVII,<sup>10</sup> há que se perceber que, sem estes, jamais se teria conseguido elaborar uma *Areopagitica* contra a censura prévia e em favor da liberdade de publicação. Ainda que não estivesse madura a ponto de incorporar o princípio da tolerância ao seu senso comum, a sociedade inglesa de então já o estava em grau suficiente para poder produzir uma obra na qual se concebesse uma liberdade

---

7. Crawford Brough Macpherson, *A teoria política do individualismo possessivo*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979. Para Macpherson, o "individualismo possessivo" seria a ideologia fundada na concepção de cada pessoa como proprietária de si mesma e de suas próprias capacidades. Tal concepção estaria presente no pensamento de vários autores liberais nomeadamente no de Locke - bem como no de filósofos de outras tendências, como Hobbes.

8. cf. G. R. Elton, *A Europa durante a Reforma: 1517-1559*, Lisboa, Presença, 1982, p. 224.

9. cf. Trevelyan, ob. cit., p. 225.

10. Um pouco de prudência se faz aqui conveniente. Embora a tendência histórica fosse então no sentido de uma maior tolerância, é preciso lembrar que um certo Thomas Case ainda expressava os receios de inúmeros ingleses, ao advertir, em discurso na Câmara dos Comuns, que o que então se chamava de "liberdade de consciência" poderia logo se converter "em liberdade de terras, em liberdade de casas, em liberdade de esposas". (cf. Hill, ob. cit., p. 112).

fundada, em última análise, nesse mesmo princípio - e foi disso que decorreu, sem sombra de dúvida, seu pioneirismo no campo do pensamento político que é objeto de nosso trabalho.

Dada esta visão mais panorâmica, cumpre agora enfocar diretamente Milton e as circunstâncias específicas que o levaram a abrir novo espaço de reflexão para a Teoria Política. Deixar de fazê-lo, além de caracterizar um reducionismo inaceitável, implicaria mesmo a impossibilidade de se compreender a profunda ligação existente entre a idéia de liberdade de imprensa, em sua forma embrionária, e a da "liberdade de saber" ("*liberty to know*") miltoniana - uma ligação, por sinal, cuja análise imprescindível nos convida a questionar os modos tradicionais de justificação da liberdade de imprensa, ao trazer à luz mais uma evidência, a da origem histórica, de que a razão de ser desta liberdade é um tanto diversa daquela que lhe é geralmente atribuída.

John Milton (1608-1674) viveu em uma das fases mais conturbadas da história inglesa, tendo participado ativamente das lutas políticas de seu tempo. Deflagrada a Guerra Civil, tomou o partido do Parlamento, cuja maioria presbiteriana liderava a oposição a Carlos I. Convertendo-se pouco a pouco em um dos principais ideólogos da luta contra os Stuart, o escritor não tardou em se decepcionar com os novos detentores do poder; inclinou-se, por conseguinte, cada vez mais para uma postura de apoio aos chamados independentes, dos quais ora se distanciaria, ora se aproximaria, tendo chegado mesmo a servir ao governo de Cromwell. Com a Restauração, Milton foi preso, mas não executado. Libertado, pôde dedicar o restante de seus dias à literatura, sabendo-se impotente diante de um regime que apenas o tolerava.

Há certa polêmica entre os autores quanto à *qualidade* e não, note-se, quanto à *relevância* - de Milton como pensador político. Denis Saurat,<sup>11</sup> cuja obra sobre o escritor inglês continua um referencial obrigatório, toma-lhe a defesa realçando a coerência que julga perceber entre as várias manifestações do pensamento miltoniano, buscando com isso demonstrar a sistematicidade deste; Kurt Schilling,<sup>12</sup> por sua vez, contesta a validade do procedimento de Saurat, e

---

11. cf. Denis Saurat, *Milton, Man and Thinker*, London, J.M. Dent & Sons, s.d., p. 152-61.

12. Kurt Schilling, *História das idéias sociais*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Zahar, 1974, p. 224.

resgata o cruel comentário, sobre Milton e seu inimigo Salmasius, feito por Thomas Hobbes, o qual afirmava não saber em qual dos dois encontrava a linguagem mais bela e os piores motivos. Em que pese, porém, todas estas divergências, não há como não reconhecer a contribuição das idéias do poeta e ativista puritano para o avanço das liberdades na Inglaterra - onde serviram inclusive para justificar intelectualmente a Revolução e a decapitação do Rei - e na América, onde - é ponto pacífico - exerceram uma enorme influência. Há que se levar em conta, ao lado disto, que *Areopagítica*, examinada à parte, possui indubitavelmente uma lógica interna, não sendo cabível lhe estender as críticas desdenhosas e precipitadamente generalizantes feitas por Schilling ao pensamento político de seu autor.<sup>13</sup> Com efeito, reconhecida por unanimidade como a mais convincente dentre todas as obras escritas por John Milton no campo da reflexão política, *Areopagítica* ainda figura no seletto conjunto dos livros que, por expressarem no nível máximo de coerência as idéias resultantes da sociedade e do período em que surgiram, conseguem conservar o interesse através das épocas, podendo sobreviver mesmo à parcial obsolescência de seus temas e argumentos.

Se na Idade Média e no século XVI algo como que uma elevação do homem à maioridade servira, nas doutrinas de alguns reformadores, para justificar o livre acesso a um livro tido então por repositório de informações verdadeiras, no século XVII se realizou, com Milton, uma ampliação desse modelo argumentativo de modo a abarcar não apenas uma questão na esfera religiosa, mas sim toda e qualquer situação em que se pudesse identificar uma transmissão de informações e de opiniões. Herdeiro legítimo de Hus, de Lutero e do "divino e admirável espírito de Wycliffe",<sup>14</sup> John Milton elaborou, visando a demonstrar a necessidade da liberdade de informação, uma construção teórica análoga à utilizada pelos primeiros na polêmica acerca da tradução das Escrituras, do que resultou constarem em ambas elementos semelhantes, quando não comuns. Da negação da onisciência da Autoridade e de uma valorização do indivíduo convergiu o poeta inglês, igualmente, para uma condenação dos meios

---

13. Ob. cit., p. 224. Segundo o autor, é "discutível do ponto de vista histórico querer encontrar" em John Milton "(...) uma idéia sistemática, isenta de contradições e coerente"

14. John Milton, *Areopagítica*. In: Charles W. Eliot (org.), *The Harvard Classics*, New York, P.F. Collier & Son, 1909, v. 3, p. 234.

empregados pelos poderosos para reter o fluxo de informações; rejeitando, assim como os três teólogos, as avaliações pessimistas da capacidade do homem comum, Milton acabaria também por reivindicar o respeito das autoridades ao que se lhe afigurava como o mínimo indispensável de autonomia individual, sem o qual o homem, ser pensante, teria a sua própria maturidade posta em questão:

*"Que vantagem há em ser um homem, em relação a ser um menino na escola, se apenas escapamos da palmatória para cair sob a vara de um 'Imprimatur'?"<sup>15</sup>*

A dívida de Milton para com os reformadores é evidente - acaso se poderia admitir como simples coincidência a similitude das construções teóricas a que acima se aludiu? Na verdade, jamais se conseguiria entender as posições assumidas por Milton em *Areopagítica*, sem um exame prévio dos vínculos entre estas e a religião protestante do escritor inglês.<sup>16</sup> A tendência à valorização do indivíduo que a idéia do sacerdócio universal traz implícita, por exemplo, certamente esteve na raiz da ocorrência de fenômenos como o da aparição, no pensamento miltoniano, de uma inclinação à defesa das liberdades dos cidadãos; suscitando, a partir da desmistificação da figura do clérigo, uma crescente antipatia pelo autoritarismo na Igreja, a inspiração igualizadora do princípio do sacerdócio de todos os crentes acabou por favorecer, em virtude da profunda simbiose entre os poderes espiritual e temporal na Inglaterra Stuart, o desenvolvimento, em pessoas como John Milton, de um sentimento de aversão pelos tiranos, desrespeitadores das liberdades.<sup>17</sup> É necessário observar, aliás, que o poeta não só recebeu e assimilou da tradição protestante o princípio

---

15. Milton, ob. cit., p. 222. *"What advantage is it to be a man over it is to be a boy at school, if we have only escaped the ferular, to come under the fescu of an 'Imprimatur'?"*

16. Não deixa de ser oportuno, aliás, lembrar aqui mais um indício da ligação entre o pensamento de Milton e o dos três reformadores: a posição do primeiro em face da questão do acesso ao repositório de informações verdadeiras representado pela Bíblia. O escritor puritano, ao dizer que *"todo o crente tem um direito de interpretar as Escrituras por si mesmo"* (apud Saurat, ob. cit., p. 153), revelava claramente haver assimilado da tradição protestante a construção teórica daqueles teólogos que, descartando a pressuposição autoritária da insensatez do homem comum, haviam reconhecido neste como que um direito de dispor do acesso supracitado.

17. cf. Saurat, p. 160. Milton opunha à idéia de tirano a de um "verdadeiro líder", o qual, embora pudesse dispor de poderes quase que absolutos, ao menos respeitaria "a liberdade do povo", que para o escritor se restringiria à liberdade intelectual e religiosa.

mencionado, como ainda o levou às últimas conseqüências. Com efeito, para ele, até "*o mais mesquinho dos artesãos tinha o direito de ser pregador*",<sup>18</sup> pois que todos os fiéis seriam sacerdotes, não passando os chamados "sacerdotes" de usurpadores abjetos.<sup>19</sup> O corolário de tal ponto de vista foi, é óbvio, aquela crença na "*igualdade do valor moral de todos os seres humanos*" que, segundo Macpherson, teria sido "*nitidamente fundamental no pensamento político puritano*".<sup>20</sup> Daí porque, ao se analisar *Areopagítica*, se faz tão conveniente recordar as origens religiosas dos pressupostos de sua argumentação - o mais importante destes pressupostos, afinal, foi justamente esta crença puritana, que corroe os pilares da justificação, por meio de preconceitos elitistas, da prática de se impedir que as informações chegassem ao homem comum, visto como "inferior" aos iluminados membros dos grupos dominantes.

Um outro importante ponto de contato entre o crente e o pensador político em John Milton foi a sua noção de liberdade, comum tanto às suas reflexões teológicas quanto a obras como *Defensio pro populo Anglicano* e *Areopagítica*. Nascida, afirma Kurt Schilling,<sup>21</sup> do dogma da predestinação de Calvino, a concepção miltoniana da liberdade teve sempre por núcleo a idéia de que os "eleitos" deveriam ser livres de quaisquer restrições.<sup>22</sup> Não obstante a adesão de Milton à tese do livre-arbítrio,<sup>23</sup> ao que tudo indica esta idéia central logrou sobreviver em seu pensamento, adaptando-se e se mantendo como fulcro de toda a sua argumentação em favor das liberdades. Por este motivo, não é difícil encontrar em obras de Milton, nem mesmo nas posteriores à sua mudança de substrato filosófico, passagens semelhantes à que vem a seguir extraída de *Areopagítica* - na qual se prega o respeito a uma liberdade (no caso, a "liberdade de saber") através da rejeição de todo e qualquer controle ou restrição sobre os "eleitos":

---

18. Hill, ob. cit., p. 377.

19. cf. Saurat, ob. cit., p. 154.

20. Macpherson, ob. cit., p. 14.

21. Schilling, ob. cit., p. 224.

22. cf. Hill, ob. cit., p. 168.

23. cf. Saurat, ob. cit., p. 19 e p. 63.

"Para' os puros todas as coisas são puras, não apenas as carnes e bebidas, como ainda todas as formas de conhecimento, refiram-se elas ao bem ou ao mal"<sup>24</sup>

O grande mérito de Milton, enquanto pensador político, não residiu, todavia, no fato de ter sabido se valer de seus conhecimentos de teologia à hora de enfrentar a problemática da liberdade individual em face do Estado - esse tipo de recurso, aliás, nada apresentava de original na Europa do século XVII. O que tornou o poeta inglês um referencial obrigatório foi, na verdade, a sua superação das limitações inerentes à visão de mundo de uma época dominada pelo espírito de seita. Com efeito, sem tal superação não lhe teria sido possível conceber uma idéia de liberdade de informação digna deste nome, um conceito que se referisse a todas as pessoas independentemente de credo e que extravasasse do campo religioso para atingir igualmente os planos político e cultural, podendo nestes ter vida própria. Como bem lembra Hill,<sup>25</sup> embora Milton geralmente fundasse na crença de que Cristo residia nos fiéis a defesa das liberdades *destes*, em *Areopagítica* o escritor exigiu o respeito à liberdade de informação não apenas dos fiéis, mas sim de todos os homens. As liberdades de expressão e de publicação, e a própria "liberdade de saber" ("*liberty to know*") - encaradas por Milton, por sinal, como meras facetas de uma mesma e única "*liberty*"<sup>26</sup> correspondiam, assim, para ele, não a um direito decorrente da condição de cristão, mas a um direito *do homem*, logo de *todos os homens*. Como um seu contemporâneo, o líder nivelador John Lilburne, Milton mostrava, com *Areopagítica*, haver finalmente percebido que as liberdades civis teriam de ser para todos, ou acabariam não sendo para ninguém.<sup>27</sup>

Ao se proceder à análise de *Areopagítica*, portanto, não cabe subestimar, ante a insistência de Milton em buscar sustentação teológica a seus argumentos,

---

24. Milton, ob. cit., p. 210. "*To the pure all things are pure, not only meats and drinks, but all kind of knowledge whether of good or evil*". A tradução da passagem é de Renato Janine Ribeiro, tendo sido extraída da p. 377 do livro de Hill.

25. Hill, ob. cit., p. 377.

26. cf. Milton, ob. cit., p. 238.

27. Sobre Lilburne, cf. Macpherson, ob. cit., p. 154.

a qualidade dos argumentos em si, através de um julgamento precipitado e comprometido pelo preconceito. Primeira obra a estabelecer claramente uma justificação da liberdade de informação, *Areopagitica* conserva ainda, desconsiderado o elemento religioso, uma inequívoca atualidade, que se comprova de modo irrefutável na sobrevivência dos pontos de vista de seu autor sob a forma de verdadeiros lugares-comuns no discurso político contemporâneo.

.....

A formulação por John Milton de um conceito de liberdade de informação deu-se em uma época na qual os jornais ainda eram raros e pouco influentes, desempenhando tanto os panfletos e livros quanto as "newsletters" regularmente enviadas de Londres um papel fundamental na circulação de notícias.<sup>28</sup> Não se deve estranhar, portanto, que a luta do escritor inglês por esta liberdade se tenha centrado antes no combate à censura prévia dos livros e panfletos que na crítica à censura dos jornais - a "imprensa", para a Inglaterra de Milton, consistia tão-somente em um *meio de difusão* de opiniões e informações, não em uma *instituição* ou um "quarto poder". Prova-o, aliás, o próprio texto da "Order" do Longo Parlamento através da qual ressurgiu a censura prévia; com efeito, não se fez ali sequer uma única menção direta aos jornais então existentes, tão pequena era a sua importância:

*"Nenhum outro livro, panfleto ou escrito, nem parte de livro, panfleto ou escrito serão doravante impressos (...) ou postos à venda (...), a menos que os mesmos sejam primeiro aprovados e licenciados ..."*<sup>29</sup> (grifos nossos).

---

28. cf. Trevelyan, ob. cit., p. 254. "Newsletters" eram cartas periodicamente enviadas a assinantes, em regra do interior do país, para informá-los dos acontecimentos em Londres e comunicar-lhes outras novidades. Este método de transmissão de informações, criado pelos mercadores na Idade Média, passou, com o tempo, a ser empregado por amplos setores da sociedade inglesa.

29. Inglaterra, "Order" de 14 de junho de 1643 do Parlamento. Estabelece o controle sobre as publicações, regulamenta-o e dá outras providências. In: Milton, ob. cit., p. 196. "*Nor other Book, Pamphlet, paper, nor part of any such Book, Pamphlet, or paper, shall from henceforth be printed (...) or put to sale unless the same be first approved of and licensed...*"



Até 1641, ano da abolição da famigerada "*Star-Chamber*", vigorou na Inglaterra o opressivo sistema de controle de publicações criado pela rainha Elizabeth; utilizado de forma implacável por Laud<sup>30</sup> contra os opositores das políticas externa e religiosa de Carlos I, tal sistema se fundava em uma regulamentação restritiva destinada sobretudo a preservar a ordem e a uniformidade na Igreja e no Estado. Havia, no entanto, mais um outro interesse, este de natureza econômica, por trás das restrições impostas - julgava-se conveniente proteger o monopólio dos vinte livreiros autorizados de Londres, permanentemente ameaçado por elementos estranhos à sua corporação. De fato, possibilitando, sem demandar despesas consideráveis,<sup>31</sup> o acesso a um segmento do mercado então em expansão contínua,<sup>32</sup> a edição e venda clandestina de livros constituía uma atividade bastante atrativa para os ingleses do século XVII, a despeito da perseguição governamental. Que tal perseguição não era suficiente para coibir todos os desrespeitos a seu monopólio, isto o podiam perceber os próprios livreiros londrinos; não obstante, eles a sabiam absolutamente indispensável para mantê-lo de pé. Daí o porquê de terem buscado obter do mesmo Parlamento que suprimira a "*Star-Chamber*" a reintrodução do sistema de licenciamento de obras que perecera juntamente com aquele órgão, graças à Revolução. Daí o porquê de terem proporcionado aos novos senhores do país um pretexto a mais para que se reinstituisse o controle de publicações, agora porém a serviço do partido presbiteriano.

A Revolução pretendia representar a negação do acentuado autoritarismo típico da monarquia Stuart e de sua versão religiosa, o anglicanismo intolerante do arcebispo Laud. Os líderes em Westminster não poderiam, ou não deveriam, conseqüentemente, "*ser tão opressivos, arbitrários e tirânicos como aqueles dos quais haviam libertado*" os ingleses.<sup>33</sup> No entanto, mal se apoderou do governo, o Parlamento passou a adotar procedimentos não

---

30. William Laud (1573-1645), Arcebispo de Cantuária, Grande Tesoureiro, ministro e favorito de Carlos I. Figura-símbolo do absolutismo inglês, comandou as perseguições aos puritanos e aos outros presbiterianos e lutou para fortalecer o poder real.

31. cf. Hill, ob. cit., p. 34.

32. Trevelyan (ob. cit., p. 254) descreve o período como de popularização dos hábitos de leitura.

33. Milton, ob. cit., p. 238.

muito diversos dos que haviam caracterizado o regime anterior como despótico. Em junho de 1643 a contradição interna do processo revolucionário inglês foi exposta claramente em uma "Order" através da qual se regulava a impressão de livros, panfletos e outros escritos. Determinando a prisão dos autores e impressores de obras não autorizadas bem como a apreensão das mesmas, a "Order" veio a restabelecer a censura prévia, propiciando aos presbiterianos meios legais para impedir a livre difusão de informações e de idéias. Tendo levado ao fim do sistema de licenciamento dos Stuart, o Parlamento decidia implantar o seu próprio,<sup>34</sup> confirmando-se assim, aliás, mais uma vez a identidade de interesses entre a autoridade estatal e a sempre prestigiada corporação dos livreiros, ambas unidas no desígnio comum de restringir a circulação de textos impressos.

A atitude do Longo Parlamento, embora nada representasse de incomum para a Europa de seu tempo, provocou enorme indignação em John Milton. Não que a "Order" houvesse implicado o desencadeamento de uma repressão sistemática e brutal à edição e venda clandestina de livros e outros escritos - a rigor, o controle pelo Parlamento nunca teve grande eficácia,<sup>35</sup> tanto que a própria *Areopagítica* pôde ser publicada sem a devida licença. O que revoltava Milton, na verdade, era a constatação do profundo divórcio existente entre as práticas políticas da oligarquia presbiteriana e o que ele julgava ser o espírito da Revolução. Para o poeta e ativista puritano, a luta pelo respeito às liberdades religiosa e intelectual do povo inglês constituía a razão de ser de todas as mudanças que o seu país atravessava; por este motivo, o futuro colaborador de Cromwell não hesitou em exigir dos antigos censurados que não se convertessem em censores, cobrando-lhes um mínimo de coerência com seu passado de combates ao despotismo.

*Areopagítica* foi esta cobrança; *Areopagítica* foi esta exigência. Mas foi também o veículo para a colocação de novas questões, muitas das quais serviriam à Teoria Política como um incitamento à conquista de um novo espaço para a reflexão. Com a obra de Milton, a problemática da liberdade de informação

---

34. cf. Meyer Howard Abrams (org.), *The Norton Anthology of English Literature*, 3ª ed., New York, W.W.Norton & Company, 1975, p. 662.

35. *Ibidem*; cf. Hill, ob. cit., p. 34.

veio por fim a ocupar um lugar central no clássico debate sobre o segredo e a transparência no Estado, tendo inclusive alguns dos argumentos do escritor seiscentista assumido a condição de autênticos alicerces do que mais tarde viria a se consolidar como uma concepção liberal de direito de informação. Naturalmente, nem todas as alegações contidas em *Areopagitica* podem ser dissociadas da conjuntura específica na qual Milton viveu e atuou; é mesmo forçoso admitir que muitas delas perderam todo o seu apelo, com o passar do tempo.<sup>36</sup> Isto, todavia, em nada reduz a importância de alguns dos modos de justificação da liberdade de informação propostos pelo autor inglês. Com efeito, ao se proceder ao exame dos argumentos de *Areopagitica* que puderam sobreviver ao século XVII, torna-se difícil não reconhecer a enorme influência que exerceram sobre o pensamento político liberal e sobre o próprio discurso político hoje dominante nas democracias ocidentais.

Realizar este exame é necessário. Há, entretanto, que se seguir nele um critério em certa medida pessoal, quer no prévio determinar de quais argumentos mereceriam a nossa atenção, quer na escolha da forma de apresentá-los. Consistindo *Areopagitica* em uma peça oratória, ainda que destinada à leitura, evidentemente as idéias de seu autor não se expõem à maneira ordenada de um ensaio; cumpre assim recolhê-las do texto em que não raro aparecem dispersas e organizá-las de acordo com o que cremos ser o grau de conexão entre elas existente. Neste trabalho, optou-se pela reunião em cinco grupos das alegações de que posteriormente se apropriaria o Liberalismo, cada qual orientado por uma idéia básica distinta, sintetizando uma das linhas mestras da argumentação de Milton:

---

36. Várias das alegações feitas por Milton estavam tão profundamente vinculadas às circunstâncias específicas do momento histórico em que *Areopagitica* surgiu que, passado este, perderam a sua razão de ser. Basta lembrar, por exemplo, as alegações resultantes do freqüente recurso do autor a uma espécie de argumento de autoridade às avessas, através do qual, muitas vezes, para criticar as práticas da oligarquia presbiteriana, mostrava a semelhança destas com as adotadas por aqueles que eram os grandes vilões para o inglês do século XVII: Laud, o Turco, a Inquisição espanhola e os "papistas" em geral. (cf. Milton, ob. cit., p. 202, 206, 208, 220, 229, 232 e 243).

a) A censura prévia é expressão do desprezo pelos governados e da superestima da capacidade das autoridades e seus agentes.

Percebendo que a censura de algum modo se vinculava a um "menosprezo por toda pessoa instruída",<sup>37</sup> Milton se viu levado a concluir que todos os sistemas de licenciamento de livros e outros escritos se fundamentariam, em última análise, em um juízo preconceituoso acerca da *totalidade dos governados*, vistos de forma indiscriminada como carentes de tutela, por força de sua própria condição. O substrato ideológico da censura prévia consistiria, portanto, em uma presunção inadmissível - a de que existiria como que uma superioridade moral e intelectual das autoridades e seus agentes em relação ao homem comum. Rejeitando esta idéia bizarra, o escritor inglês mostrou como ela implicava, na prática, a conversão dos primeiros em tutores e a desconsideração da maturidade dos governados, com a conseqüente recondução destes últimos à categoria dos incapazes, própria dos menores.<sup>38</sup> A imposição da censura prévia acarretaria, dessa forma, um verdadeiro rebaixamento de todos os cidadãos, num monstruoso "vilificar da nação inteira".<sup>39</sup>

Em *Areopagitica*, Milton demoliu a concepção elitista que buscava legitimar o controle governamental sobre as publicações, investindo exatamente contra o que ela apresentava de menos sustentável: sua premissa de constituir o censor, por definição, uma criatura superior aos autores vigiados e a todos os supostos beneficiários das práticas tutelares do Estado. Irônico, o escritor inglês observou que a profissão de censor requeria, indubitavelmente, "um homem acima dos padrões comuns";<sup>40</sup> um trabalho tão aviltante e tedioso como esse, no entanto, só seria capaz de atrair indivíduos estúpidos e desprezíveis,<sup>41</sup> o que levaria a censura a padecer de uma disfunção permanente. Levantando este ponto, o autor de *Areopagitica* fez da ridicularização dos censores um dos motivos condutores de sua obra, visando assim a desmistificar a instituição que representavam, até então tida por inatacável.

---

37. Milton, ob. cit., p. 224. "... it is a particular disesteem of every knowing person..."

38. *Ibid.*, p. 222.

39. *Ibid.*, p. 224. "... so to me it seems an undervaluing and vilifying of the whole nation".

40. *Ibid.*, p. 220. "... a man above the common measure".

41. *Ibid.*, p. 221.

Dentro desse quadro, não deixa de ser curioso registrar que, anos depois, para servir ao governo de Cromwell, o poeta inglês não hesitaria em assumir temporariamente a função de "licenser", envolvendo-se, dessa forma, com a mesma atividade que antes taxara de indigna.<sup>42</sup>

#### b) A censura é essencialmente liberticida.

Uma das táticas preferenciais de Milton em seus ataques à censura consistia em alertar seus leitores para os perigos que seriam ocasionados pela concessão, a uns poucos indivíduos, de um controle quase que absoluto sobre a circulação de informações e opiniões dentro da sociedade. Para o autor de *Areopagítica*, tal concessão, além de ilegítima, constituiria potencialmente uma grave ameaça às liberdades, porquanto não existiriam mecanismos eficazes de proteção contra eventuais abusos de poder por parte dos censores. Não tendo eles recebido "a graça da infalibilidade e da incorruptibilidade",<sup>43</sup> sua atuação acabaria por motivar, fatalmente, a ocorrência de arbitrariedades; por conseguinte, fazia-se necessário reconhecer o imenso perigo representado pelos "licensers" para a liberdade dos cidadãos e combater a censura como qualquer outro instrumento do despotismo.

Se o censor é sempre um pretense "protetor" da sociedade, a quem caberá, por sua vez, protegê-la contra ele?<sup>44</sup> - eis uma pergunta que talvez sintetize bem muitas das preocupações expressas em *Areopagítica*. Realmente, para Milton, o controle sobre as publicações nunca deixou de estar associado à idéia de um poder incontrolável, que deixaria inúmeros indivíduos à mercê das autoridades que desejassem "estender seu domínio aos olhos dos homens";<sup>45</sup> a

42. Não se deve interpretar tal fato como uma retratação; a rigor, o que nele se configurou foi apenas mais uma das incontáveis contradições de Milton, exemplo clássico de intelectual bem-intencionado mas incapaz de conciliar suas crenças e sua prática política.

43. Milton, ob. cit., p. 215. "... the grace of infallibility and uncorruptedness".

44. Norberto Bobbio pergunta: "Quem vigia o vigia?". Embora o pensador italiano lide com um tema incomparavelmente mais amplo, é conveniente lembrar que as questões aqui tratadas se inserem, de certa maneira, na problemática enfocada no 5º capítulo do seu *O futuro da democracia*. (V. Norberto Bobbio, *O futuro da democracia*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986).

45. Milton, ob. cit., p. 206. "... extended their dominion over men's eyes". Embora a passagem extraída aparentemente se refira às tentativas da hierarquia católica de controlar e uniformizar as opiniões dos homens através da censura, uma leitura mais atenta deixa perceber que a verdadeira intenção do autor era denunciar toda forma de censura prévia como instrumento de dominação. Para demonstrar como a censura instaurada pelo Parlamento em nada diferia da que a Igreja

censura prévia se caracterizaria, dessa forma, por uma irreprimível vocação liberticida, pronta a se manifestar sempre que se lhe desse a oportunidade de ser exercida.

**c) É a intolerância, e não a pluralidade de opiniões, que enfraquece o Estado.**

Despotismo e tolerância para com contestadores são, em princípio, mutuamente excludentes. A insistência dos governos autoritários em apresentar aos governados a diversidade de opiniões como uma doença do corpo social e como um elemento desagregador deve ser entendida como parte de sua estratégia de obter pretextos para perseguir a oposição e assegurar desse modo a sua própria sobrevivência.

Se Milton não chegou a conclusões como essas, esteve sem dúvida a um passo de fazê-lo. Autor de uma das primeiras apologias do pluralismo de que se teve notícia na Idade Moderna, o escritor seiscentista rejeitou taxativamente a tese de que a diversidade de opiniões constituísse um perigoso fator de enfraquecimento do Estado; com efeito, para o poeta inglês, a unidade eventual dos diferentes grupos religiosos e políticos de que se compunha uma nação livre parecia mesmo mais sólida que a unidade artificialmente induzida pela uniformização forçada das crenças.<sup>46</sup> A desunião debilitante seria, dentro desta linha de raciocínio, causada, em verdade, não pela coexistência de credos e tendências políticas diversas, mas sim pelos conflitos ocasionados em função das tentativas, por parte de autoridades intolerantes, de reduzi-los à homogeneidade.<sup>47</sup> Expediente utilizado em tais tentativas de homogeneização, a censura seria assim tão contraproducente e condenável quanto elas, representando um estímulo a mais ao facciosismo nos grupos perseguidos.<sup>48</sup>

---

Católica impunha, Milton lançou mão de um recurso bastante engenhoso: descreveu esta última se utilizando de palavras idênticas às da "Order" que instituíra a primeira (vejam-se as últimas linhas da p. 206).

46. Cf. Milton, ob. cit., p. 236.

47. *Ibid.*, p. 233.

48. *Ibid.*, p. 228.

**d) A censura prévia é ineficaz, considerados os fins a que se propõe.**

O quarto motivo condutor em torno do qual se desenvolve a argumentação de *Areopagitica* consiste, basicamente, na afirmação de que os sistemas de controle de publicações seriam incapazes de atender à finalidade que se lhes costumava atribuir:<sup>49</sup> a de favorecer a supressão das heresias e da subversão, impedindo os governados de adotarem opiniões vistas como deletérias. Segundo Milton, a idéia de que a censura prévia pudesse atuar eficazmente neste sentido resultaria, no fundo, de um superdimensionamento do poder de influência dos livros e escritos, sendo, portanto, totalmente infundada.<sup>50</sup> Além disso, de nada adiantaria permitir apenas a impressão de textos recomendáveis ou entendidos como tal: a um leitor estúpido sempre seria possível fazer pior uso deles do que um homem sensato poderia fazer de uma obra condenável.<sup>51</sup> Dessa forma, a censura padeceria de uma crônica ineficácia, considerados os fins a que se propunha;<sup>52</sup> não cumprindo ela a contento a função que constituía sua razão de ser, sua existência não teria realmente o menor sentido.

A inutilidade da censura prévia ficaria ainda mais evidenciada quando o seu escopo fosse o da proteção aos chamados bons costumes. Bastante irônico, Milton observou que não valia a pena "*fechar e fortificar um portão contra a corrupção*" deixando "*os demais escancarados*",<sup>53</sup> e ponderou que uma campanha governamental para coibir a imoralidade só poderia ter pleno êxito ao preço da imposição de um rigoroso controle não apenas sobre as publicações mas também sobre as próprias pessoas em seu dia-a-dia.<sup>54</sup> Esclarecendo, em seguida, que tal controle precisaria abranger desde as roupas usadas pelos governados até as

---

49. Desenvolvendo esta idéia ao longo de diversas passagens de sua obra, Milton a enunciou de forma clara nas páginas 215 e 219, embora em ambas, à primeira vista, ele pareça se referir apenas ao caso concreto que examinava, qual seja, o da "*Order*" de 1643.

50. Cf. Milton, ob. cit., p. 214 e p. 226.

51. *Ibid.*, p. 215.

52. *Ibidem.*

53. *Ibidem.* '*... to shut and fortify one gate against corruption, and be necessitated to leave others round about wide open*'

54. *Ibidem.*

mais triviais conversas entre indivíduos,<sup>55</sup> o escritor inglês demonstrou através de uma espécie de *reductio ad absurdum* - a total inviabilidade de sua aplicação. Dessa maneira, o respeito aos bons costumes não poderia ser assegurado pela atuação de mecanismos estatais de controle - todos estes, inclusive a censura, seriam de todo impotentes para fabricar homens virtuosos, que só poderiam mesmo surgir onde imperasse a liberdade.<sup>56</sup>

**e) A censura prévia constitui um obstáculo ao avanço do conhecimento e à renovação das mentalidades.**

De todas as acusações que lançou contra a censura, nenhuma parecia a Milton mais grave do que esta. Proporcionando imensos entraves à circulação de informações e opiniões,<sup>57</sup> os sistemas de licenciamento de obras dificultariam sobremaneira o desenvolvimento do saber,<sup>58</sup> acarretando a estagnação das mentalidades,<sup>59</sup> o sufocar da vida intelectual e a redução de todos ao mais estúpido conformismo.<sup>60</sup> Encarnações do obscurantismo, tais sistemas

55. Milton, ob. cit., p. 215

56. Anos depois de sua primeira investida contra o sistema de licenciamento, Milton diria, em sua *Defensio secunda pro populo anglicano*, que a liberdade era "a melhor escola da Virtude" (cf. Saurat, ob. cit., p. 158), sintetizando assim várias idéias já presentes em *Areopagitica*. Para o escritor puritano, ninguém se mostraria realmente virtuoso apenas por se comportar exemplarmente sob a tutela e o controle das autoridades (cf. Milton, ob. cit., p. 218); acreditava, por isso, que a censura seria absolutamente incapaz de aperfeiçoar moralmente os homens, pois ela os mantinha na ignorância do mal, quando a virtude só podia resultar do conhecimento e da rejeição deste (ibid., p. 212).

57. Prendendo-se a idéia de liberdade de informação, em *Areopagitica*, à de liberdade de conhecer ("*liberty to know*") as opiniões alheias, pode aqui parecer, à primeira vista, desnecessário o emprego simultâneo das palavras "informação" e "opinião", a despeito do fato de não existir entre elas uma real identidade de sentido.

Não obstante, cumpre ressaltar desde logo que tais conceitos são absolutamente distintos e inconfundíveis, apesar das opiniões poderem ser, eventualmente, veiculadas como informações, e como tal comunicadas a terceiros e a estes oferecidas como pontos de vista alternativos.

58. Interessando aqui, tão-somente, examinar o legado de Milton à tradição liberal, não é oportuno enfocar a dimensão religiosa desta sua linha de argumentação. É necessário, todavia, ter consciência de que às idéias miltonianas de "Verdade" e de "conhecimento" esteve sempre ligado um componente religioso, decorrendo disso, inclusive, o fato delas terem implicações no plano da Ética.

59. cf. Milton, ob. cit., p. 237.

60. ibid., p. 240. Na p. 226, o autor inglês invoca o exemplo da Itália para mostrar como uma nação pode mergulhar na decadência cultural em razão do estabelecimento de limitações às liberdades de pensamento, de expressão e de discussão.



inviabilizariam o intercâmbio de idéias, praticamente impedindo as pessoas de confrontarem seus pontos de vista em um debate imprescindível para a consecução de explicações mais perfeitas e de um embasamento mais sólido das convicções de cada um. Assim sendo, a censura prévia constituiria uma barreira aos avanços do conhecimento, capaz mesmo de obstar a própria busca da verdade.

A nocividade atribuída por Milton à censura prévia só pode ser dimensionada com precisão se se levar em conta a idéia que o poeta seiscentista fazia do processo de aquisição do conhecimento para ele, este se daria através de uma descoberta progressiva da verdade, em que o entrechoque de teses contrárias serviria como que para proporcionar uma depuração gradativa, em função da qual prevaleceriam sempre as proposições mais próximas do correto. Desempenhando, assim, o confronto de pontos de vista um papel fundamental no avanço rumo à verdade, qualquer obstáculo que se impusesse à difusão das opiniões representaria também, necessariamente, um obstáculo a este mesmo avanço em cada opinião, afinal, inclusive nas erradas,<sup>61</sup> existiria sempre um potencial de colaboração à reflexão que não deveria de modo algum ser desperdiçado, quanto mais porque os homens dependeriam do exercício da Razão para se libertarem da ignorância em que se encontravam mergulhados.

.....

Se à tradição liberal coube incorporar, no todo ou em parte, muitos dos argumentos apresentados por John Milton em sua crítica do controle governamental sobre as publicações, por outro lado ela sempre se manteve refratária ao que as reflexões do escritor seiscentista haviam gerado de mais provocador e revolucionário: o seu conceito de liberdade de informação. Demasiadamente entretido pelas polêmicas acerca da liberdade de imprensa, o Liberalismo negligenciou, ao desenvolver um conceito próprio, um aspecto fundamental da problemática das relações entre informação e cidadania - a questão da existência ou não de um efetivo acesso dos governados à informação. Neste particular, conseqüentemente, a noção liberal de liberdade de informação esteve sempre aquém da noção miltoniana; enquanto esta ao menos abria espaço

---

61. cf. Milton, ob. cit., p. 211.

para a elaboração de um conceito de *direito de ser informado*, aquela implicou uma sensível limitação dos horizontes teóricos, tendo impossibilitado por quase três séculos a construção desta essencial categoria jurídica.

Em vão se procurará em *Areopagítica* alguma passagem que se refira expressamente a uma "liberdade de informação" - seria, aliás, bastante ingênuo esperar de um escritor seiscentista o uso de uma terminologia adotada só recentemente. Apesar disso, não há como negar que Milton defendia em sua obra uma "*liberty*" na qual já se podiam vislumbrar os primeiros contornos da concepção moderna uma "*liberty*", por sinal, bem mais abrangente do que a simples liberdade de publicação, à qual alguns autores têm tentado reduzi-la:<sup>62</sup>

*"Dai-me a liberdade de saber, de me expressar e de  
arguir livremente de acordo com minha consciência,  
acima de todas as liberdades".<sup>63</sup>*

*Liberdade de expressar*, mas também *de saber* - Milton concebia a liberdade de informação como uma síntese indivisível das liberdades do sujeito emissor e do sujeito receptor. Impossível dissociá-las, como fariam os liberais, relegando uma delas a segundo plano. Impossível, também, ignorar sua interdependência. Se o escritor puritano conseguiu justificar a liberdade de publicação - núcleo da de imprensa - invocando a necessidade do respeito à "liberdade de saber", isto só foi possível porque, no fundo, ambas se apresentavam como simples faces de uma única liberdade.

Se em alguns aspectos a noção de liberdade de informação em *Areopagítica* constitui algo de único ou mesmo antecipa o conceito moderno, em outros ela assume nitidamente um feição pré-liberal. A caracterização, feita por Milton, desta liberdade como *liberdade individual e negativa*, bem o demonstra. Já dominado pela crença tipicamente liberal de que na "intromissão" estatal estaria a grande inimiga da liberdade humana, o escritor inglês entendia a liberdade de informação como um simples *não-impedimento*, correspondente a

---

62. V. Schilling, ob. cit., p. 226. Embora Milton realmente tenha sido o criador da idéia de liberdade de publicação, seu conceito de liberdade de informação era bem mais abrangente do que Schilling dá a entender.

63. Milton, ob. cit., p. 238. "*Give me the liberty to know, to utter and to argue freely according to conscience, above all liberties*".

uma situação de inércia por parte do Estado. Além disso, era incapaz de concebê-la fora de estreitos moldes individualistas. Fundando-se a sua noção de liberdade na idéia de que os "eleitos" deveriam ser livres de quaisquer restrições, Milton se via de certa maneira condicionado a adotar uma óptica individualista - afinal, como bem lembra Schilling,<sup>64</sup> "é sempre o indivíduo sozinho (...) que é o eleito".

Tendo conseguido, mesmo sem contar com o instrumental teórico adequado, realizar a difícil tarefa de construir o conceito de liberdade de informação, Milton aparentemente não chegou a conceber o seu reflexo no plano jurídico o direito à informação.<sup>65</sup> Não lhe foi possível, por conseguinte, estabelecer uma idéia clara de *direito de ser informado*; com efeito, se tal idéia, ou algo próximo dela, estava presente em *Areopagítica*, encontrava-se ali somente implícita na argumentação, inspirando o seu autor como um sentimento indefinido. Não obstante, é preciso reconhecer que na referência do escritor seiscentista a uma "liberdade de saber" já se traía uma preocupação com o problema do acesso efetivo das pessoas à informação, o que já o colocava no rumo que seria seguido em nosso século pelos formuladores da noção de *direito de ser informado*. Dessa forma, há que se ver *Areopagítica* não apenas como o momento de criação da idéia de liberdades essenciais relativas à informação, mas também, sob certo ângulo, como um verdadeiro prenúncio, no século XVII, das tendências do pensamento jurídico contemporâneo.

---

64. Schilling, ob. cit., p. 224.

65. É ponto pacífico que Milton não chegou a estabelecer um verdadeiro conceito de *direito à informação*. Até mesmo Kurt Schilling, que afirma que o escritor seiscentista teria defendido em *Areopagítica* um "direito soberano fundamental" correspondente à liberdade de publicação, acaba por admitir a impossibilidade de se secularizar a idéia de tal "direito soberano" e de formulá-la em termos claros. (ibid., p. 226).





## 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](mailto:dtsibi@usp.br)).